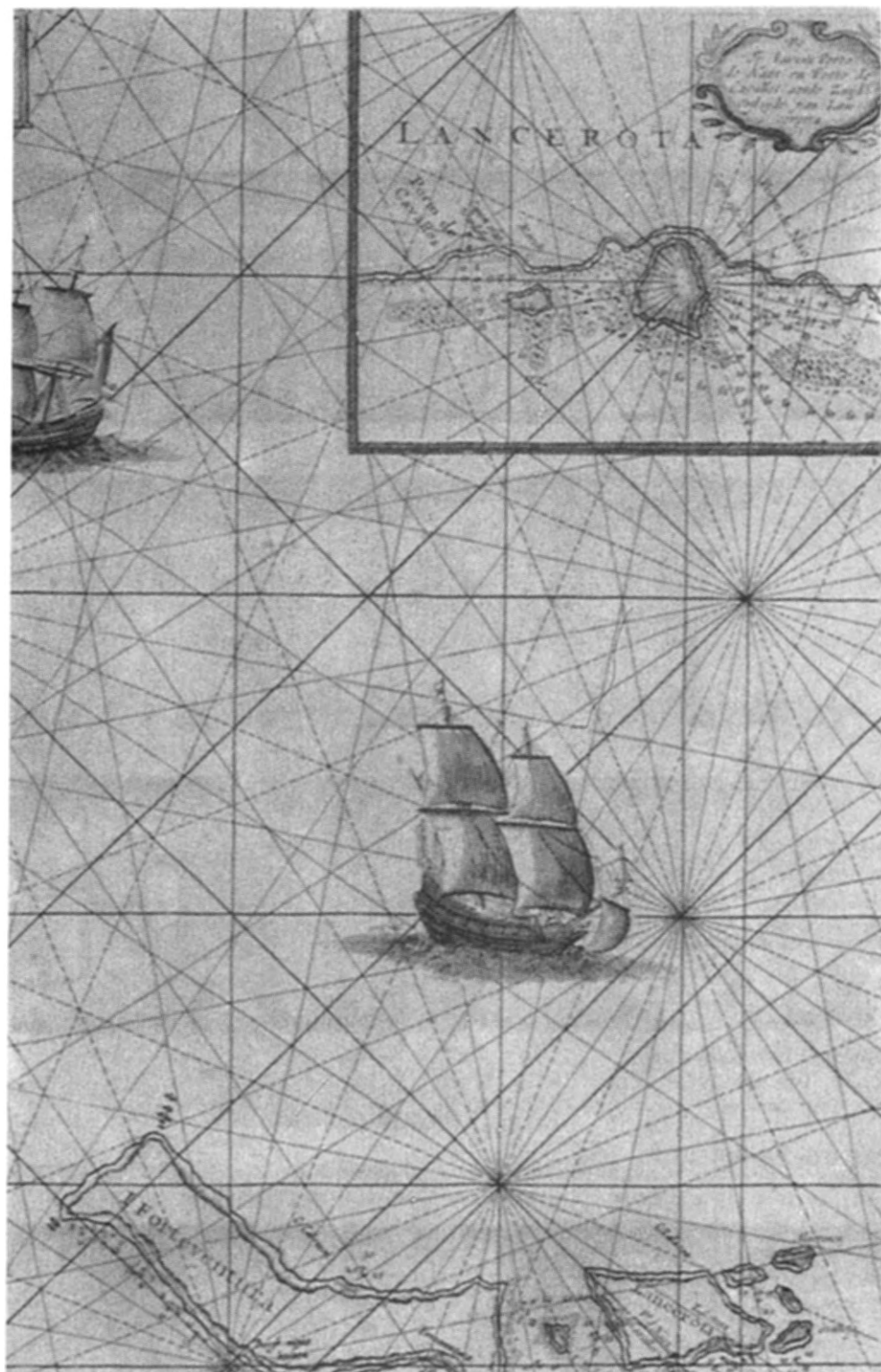


# Revista del Foro Canario



82

Las Palmas de Gran Canaria, 1991

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós  
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal  
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80  
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del  
Foro Canario*

### **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Salvador Trujillo Perdomo  
**Decano del Colegio**

Segundo Franco Vega  
**Diputado Primero**

Jaime Santana Castellano  
**Diputado Segundo**

Serafín García Zumbado  
**Diputado Tercero**

Tomás de Páiz Mora  
**Diputado Cuarto**

Juan Antonio Pérez de Paz  
**Diputado Quinto**

Domingo del Toro Augusto  
**Diputado Sexto**

Jaime Rubio López  
**Diputado Séptimo**

Micaela Domínguez Hernández  
**Diputado Octavo**

José María Palomino Martín  
**Bibliotecario-Contador**

José Díaz Henríquez  
**Tesorero**

Rafael Vera Cominges  
**Secretario**

### **COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO**

Óscar Bosch Benítez  
Micaela Domínguez Hernández  
Serafín García Zumbado  
M.<sup>a</sup> Teresa García Cuyás

### **COORDINACIÓN**

Juan Antonio Martínez de la Fe

### **REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN**

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6  
35001 Las Palmas de Gran Canaria

# Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL  
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIV

Mayo - Agosto

1991-II

## SUMARIO

|                                                                                                                                                                   | Págs. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <i>“El juicio oral por delitos en ausencia del acusado. Los artículos 793,1. y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”</i> por don JOSÉ VICENTE REIG REIG ..... | 9     |
| <i>“La protección del honor: Protección constitucional, penal y civil. Doctrina y jurisprudencia”</i> por don MANUEL ESPINOSA LABELLA .....                       | 55    |
| <i>“La nulidad de actuaciones en el proceso civil”</i> por don RICARDO MOYANO GARCÍA .....                                                                        | 103   |
| <i>“Interés legal y fiscal del dinero”</i> por don CARLOS LASARTE ..                                                                                              | 121   |

|                                                                                                                                                   | Págs. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <i>“Tráfico de influencias y sociedad democrática. La corrupción en el marco del estado de derecho”</i> por don JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR ..... | 139   |
| <i>“La responsabilidad civil del fabricante o productor por daños causados a terceros”</i> por doña CARMEN ROMERO LIMINANA .....                  | 171   |
| <i>“Juristas de La Palma”</i> , por doña NIEVES HENRÍQUEZ PÉREZ                                                                                   | 199   |

**EL JUICIO ORAL POR DELITOS EN AUSENCIA DEL  
ACUSADO. LOS ARTÍCULOS 793,1. Y 797 DE LA LEY  
DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL\***

**JOSÉ VICENTE REIG REIG**

TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA DE CANARIAS

**SUMARIO**

- I. PREÁMBULO Y PLANTEAMIENTO.
- II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
- III. LA LEY DE CONTRABANDO DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1904.
- IV. LA LEY DEL AUTOMÓVIL DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962.
- V. LA LEY DE ORDEN PÚBLICO DE 2 DE DICIEMBRE DE 1963.  
PROCEDIMIENTO ANTE EL JUZGADO Y TRIBUNAL DE  
ORDEN PÚBLICO.

---

(\*) Primer Premio de Estudios Jurídicos *FORO CANARIO*, relativo a Juristas.

VI. LA LEY DE 8 DE ABRIL DE 1967.

VII. LA LEY ORGÁNICA 7/1988 DE 28 DE DICIEMBRE.

1. EL ARTÍCULO 793,1. p. 2º.

A. Preámbulo.

B. El artículo 793,1. p.2.

2. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 797.

a. Naturaleza del recurso de anulación.

b. Quiénes pueden recurrir en apelación.

c. Sentencias que pueden ser recurridas.

d. Competencia, motivación y procedimiento.

e. Plazo para la interposición del recurso.

f. Efectos del recurso.

VIII. RESUMEN FINAL CRÍTICO.

1. El artículo 793,1. p.2.

2. El artículo 797.

IX. CONCLUSIONES.

## I. PREÁMBULO Y PLANTEAMIENTO

Hasta la aparición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 el procedimiento a seguir era puramente escrito, inquisitivo y secreto, ausente de las necesarias garantías para el individuo, con un discurrir de la marcha de la Justicia perezosa y lenta, no siendo extraño el caso de procesos que duraban años y que, para aumento del escándalo y como dice la Exposición de Motivos, solían terminar en la absolucón en la instancia, corruptela que hacía del ciudadano “a quien el Estado no podía convencer de culpable, una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia, en situación incómoda y deshonorosa, bajo la amenaza perenne de abrirse cualquier día el proceso a virtud de motivaciones bastardas, rencorosas o vengativas”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal instauró un sistema distinto al que, hasta entonces, había guiado a Jueces y Magistrados, buscando una mayor celeridad sin merma de las garantías que deben rodear al justiciable, suprimiendo arcaicas instituciones, dando entrada al principio acusatorio y dotando al proceso penal de los medios idóneos para asegurar, en lo posible, la más perfecta y completa actuación de la Justicia.

Con posterioridad a su publicación, la Ley Procesal fue retocada en diversos puntos y en numerosas ocasiones que sería prolijo enumerar y la aparición de la Constitución de 1978 determinó que, a fin de dar cumplimiento a sus preceptos programáticos, se perfilara el cuadro de garantías y requisitos buscando aquel ideal formulado por ALONSO MARTÍNEZ: “restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana, definiendo claramente los derechos de la acusación y la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos ni subordinar el uno al otro, antes bien, armonizándolos en una síntesis superior”.

Sería injusto y erróneo entender por ello que la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encontraba huérfana de garantías procesales y que fue la Constitución de 1978 el instrumento que vino a proporcionárselas.

Por el contrario, acertadamente ha escrito LUIS F. MARTÍNEZ que “la parcela de los Derechos Humanos que tiene relación con las garantías del individuo frente al Poder del Estado para investigar, perseguir y juzgar los delitos, poco o nada ha ganado con la Constitución de 1978 que no tuviese ya recono-

cido en el venerable texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882”; y RAMÓN BERMÚDEZ añade que “los derechos fundamentales para la recta administración de la Justicia Penal, complementados con las garantías del Convenio de Roma de 1950, están recogidos en nuestra liberal y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, verdadero texto modelo en materia de reconocimiento y garantía de los derechos y libertades individuales” <sup>(1)</sup>.

No otra cosa significan las normas relativas a la detención y a la asistencia letrada; la duración de la detención preventiva y de la prisión provisional, así como sus condiciones y finalidad; la puesta a disposición del detenido en el Juzgado dentro de las setenta y dos horas; la intervención de las partes en, prácticamente, todas las diligencias de la instrucción; el sistema de recursos establecido a lo largo y ancho de los diferentes procedimientos regulados en la Ley, y la introducción de los principios acusatorio y de contradicción, que deben presidir todas aquellas actuaciones, como señalaba ALONSO MARTÍNEZ y reitera la Jurisprudencia <sup>(2)</sup>.

En esta visión de conjunto de la centenaria Ley Rituaria que conduce a una conclusión crítica favorable, se han producido modificaciones, ya impuestas por el paso del tiempo bien devenidas de las, en apariencia, nuevas necesidades, y en algún caso tales innovaciones han sido determinantes de una alteración profunda de las prescripciones y del mismo espíritu de la Ley Procesal, hasta el punto que resulta dudoso que estas novedades puedan sostenerse en cuanto implican situaciones de posible irregularidad formal, atentatorias a las tradicionales garantías del justiciable y, muy seguramente, en oposición frontal con el contenido de la Carta Magna.

De entre ellas, el presente trabajo se va a ocupar de la posibilidad, desconocida en la Ley de 1882, de celebrar el juicio oral sin la presencia del acusado y de la consecuencia lógica que resulta de tal permisividad cual es el llamado recurso de anulación, igualmente ignorado por la Ley de Enjuiciamiento.

Sin embargo, diversas razones nacidas principalmente de la especial índole de ciertos delitos, su importancia y el entorno social y político del momento, lograron que se abriera brecha en este principio de la Ley Procesal, surgiendo excepciones al mismo, y que aparecieron en la Ley de Contrabando de 1904, la Ley de Uso y Circulación de vehículos a motor, de 1962 y en la Ley de Orden Público de 1963.

(1) MARTÍNEZ RUIZ, Luis F.; BERMÚDEZ, Ramón. *Revista del Poder Judicial*, nº 4, septiembre 1882, págs. 37 y 56.

(2) Entre otras, las sentencias de 21 de febrero; 6 de marzo y 26 de mayo de 1989.

Con un sentido y un alcance más general, del que habían carecido las disposiciones citadas, la reforma de 1967 introdujo en la propia Ley de Enjuiciamiento la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, siquiera con la doble exigencia de la constancia de la citación personal, y que la pena no sobrepasara un quantum determinado.

La Ley 10/80 de 11 de noviembre continuó esta vía excepcional consintiendo aquel enjuiciamiento en ausencia para los delitos flagrantes, con lo que era posible imponer al acusado no presente, penas de hasta seis años de privación de libertad.

El punto final, por ahora, de la evolución legislativa en esta materia, viene dado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre<sup>(3)</sup>.

A su amparo ha adquirido mayores posibilidades la celebración del juicio sin la presencia del acusado y se ha robustecido, desde la perspectiva legal, la excepción contraria al sistema tradicional de la Ley Rituaria al tiempo que, en lógico y obligado paralelismo y siguiendo la pauta del Derecho Comparado, el legislador se ha visto obligado a otorgar carta de naturaleza a un recurso para el enjuiciado en ausencia.

Estas dos situaciones se encuentran reguladas en los artículos 793,1. p. segundo y 797; su estudio constituye el punto central del presente trabajo en el que se examinarán las distintas cuestiones y problemas que, por mor de los mencionados preceptos se plantean, siempre dentro de los obligados límites de espacio.

Así y a manera puramente enunciativa, se analizarán las motivaciones que llevaron al legislador de 1988 a mantener e, incluso, ampliar la celebración del juicio en ausencia e instaurar la obligada secuela del recurso de anulación; la redacción que ambos artículos han recibido; el contenido de estos dos preceptos, integrado principalmente por las exigencias legales necesarias para su validez; la acomodación de las nuevas situaciones a los principios tradicionales inspiradores de nuestro Derecho Procesal; la posible colisión de estas normas con los postulados esenciales fijados por la Constitución y, finalmente, las consecuencias prácticas y los problemas surgidos de su aplicación positiva.

De modo previo parece procedente indicar, cuando menos, cuál fue el sentido y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia y hacer

(3) CALVO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: "con esta reforma el legislador ha desbordado las exigencias de la sentencia del TC 145/1988". *Revista del Poder Judicial*, nº 17, marzo 1990, pág. 18.

una referencia, siquiera también breve, a las leyes posteriores que, primero de forma especial y aislada y más tarde con carácter general, abrieron paso a la fórmula actual contenida en los artículos hoy vigentes.

## II. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Difícil de verdad resulta traer a colación la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 y resistir la tentación de no pronunciar alguno de los muchos elogios que merece este Código Procesal, cuyos principios siguen manteniendo plena vigencia no obstante los más de cien años transcurridos desde su publicación.

El mismo ALONSO MARTÍNEZ no pudo por menos de afirmar que se ha pasado de un sistema caduco y desacreditado a un Cuerpo legal en el que “son tan radicales las reformas introducidas que bien podría pasar por un Código completamente nuevo y tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento del Continente europeo”.

Los procesalistas españoles se han pronunciado en parecidos términos, y así ANDRÉS DE LA OLIVA entiende que esta Ley “sitúa a nuestra normativa procesal penal en posición avanzada”; DÍAZ PALOS la contempla como “una de las piezas legislativas más logradas del Derecho Procesal Comparado” y HERMOSILLA considera que “se trata de un texto que merece la pena conservar y que será muy difícil mejorar” <sup>(4)</sup>.

Una relación sucinta de las reformas llevadas a cabo por la Ley Rituaria justifica sobradamente aquellas frases elogiosas: sin ánimo exhaustivo, deben citarse la implantación de la instancia única; la oralidad del juicio y la separación de lo civil y lo penal; la creación de procedimientos especiales; la consideración del sumario como la piedra angular del juicio y la sentencia; la necesidad de otorgar su auténtico valor a las pruebas practicadas en el plenario y el reconocimiento de derechos preciosos al inculpado; la introducción del sistema acusatorio y la radical separación entre el Juez que instruye y el que pronuncia el fallo.

Tales son, entre otros, algunos de los aspectos más destacados de una Ley empeñada en la armonización, en una síntesis superior, de los derechos del

(4) OLIVA SANTOS, Andrés; DÍAZ PALOS, Fernando; HERMOSILLA MARTÍN, Ramón. *Revista del Poder Judicial*, cit., nº 4, págs. 17, 16 18.

Estado y del ciudadano; de la acusación y de la defensa; de la sociedad y del individuo.

Ya después de este breve al par que inevitable preámbulo y entrando de lleno en el tema, la postura de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era clara, concreta y rotunda: la celebración del juicio oral requería, como exigencia imprescindible, la presencia del acusado <sup>(5)</sup>.

Tan diáfana se ofrecía a los redactores de la Ley esta situación y sus consecuencias que no consideraron necesario hacer mención expresa de ello en la luminosa Exposición de Motivos; empero, de diversas afirmaciones se infiere, sin duda alguna, cuál era en torno a este punto el pensamiento legal.

Reiteradamente se alude a la conversión del juicio oral en el momento decisivo del procedimiento penal, huyendo del tradicional sistema que atribuía al sumario una importancia capital hasta el extremo de que la construcción del proceso operaba casi exclusivamente sobre la fase instructora, con la consecuencia que señalaba la Exposición: cuando el procesado, “llegado el plenario, quiere defenderse, no hace sino forcejear inútilmente”.

Para evitar esta anómala situación proclama la Ley que es en el juicio oral “donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba y donde los Magistrados han de formar su convicción”, pues este momento procesal es el arsenal donde acusador y acusado deben tomar sus armas de combate y defensa, sobre la base de los principios de publicidad, contradicción e igualdad, y que finalizado el juicio oral, el trámite en rigor está acabado “pues los jueces han oído al reo”.

Con meridiana claridad se desprende de las anteriores frases el carácter insoslayable de la presencia del procesado en el acto del plenario y, dado lo acertado de esta exigencia, forzoso es descubrirse ante las manifestaciones contenidas en la tantas veces aludida Exposición de Motivos, que revelan la profundidad de unos principios que no han sido superados con el paso del tiempo.

Por esto y a propósito de las últimas reformas, no está de más mencionar la postura de la doctrina en cuanto al sentido tradicional de la Ley, y el valor de las modificaciones posteriores:

Dice GIL-ROBLES que “las modificaciones introducidas apartándose de las orientaciones de la Ley, no han servido para resolver los problemas y sí para

(5) Las consecuencias de la no presencia desembocaban en la declaración de rebeldía regulada en los artículos 834 y siguientes.

disminuir las garantías del acusado, sin verdadero beneficio para la sociedad”, y VÁZQUEZ GUILLÉN se conforma con que el nuevo Código Procesal que se anuncia “represente, al menos, el mismo espíritu de modernidad que supuso la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace más de un siglo”.

Y escribe asimismo MANUEL PERIS que “su techo moral no ha sido superado, sino que se ha rebajado y tanto desde las leyes dictadas en la pasada época dictatorial como por aquellas que han visto la luz en la presente democracia”<sup>(6)</sup>.

Parece como si estas opiniones, vertidas al cumplirse el centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hubieran pronunciado al conocerse el nuevo procedimiento abreviado, surgido ocho años después de aquella efeméride.

Descartada pues, de manera absoluta, la posible celebración del juicio oral en ausencia, es claro que resultaba innecesaria y superflua cualquier mención a un posible recurso de “anulación” o de “audiencia” para quien así hubiera sido condenado, dada la imposibilidad legal de tal enjuiciamiento.

Sin embargo, diversas disposiciones posteriores introdujeron ambas situaciones excepcionales y en ellas deben buscarse los precedentes de los actuales artículos 793.1. y 797 aunque su posible influencia sea dudosa por el silencio que los redactores de la Ley 7/88 mantienen sobre cualquier referencia anterior que pudiera explicar o justificar la aparición de los preceptos actualmente vigentes.

### III. LA LEY DE CONTRABANDO DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1904

La primera manifestación, siguiente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de una disposición legal que amparase la celebración del juicio en ausencia del acusado con un posterior recurso para quien así hubiera sido enjuiciado, viene dada por la Ley de Contrabando de 3 de septiembre de 1904.

Se remitía esta Ley, en cuanto al procedimiento a seguir, al del juicio oral y única instancia de la Ley de Enjuiciamiento “con las modificaciones, exclusivamente de adaptación, que exige la índole especial de estos delitos”.

(6) GIL-ROBLES y GIL DELGADO, José M.; VÁZQUEZ GUILLÉN, Antonio; PERIS GÓMEZ, Manuel. *Revista* citada nº 4, págs. 16, 17 y 67.  
CALVO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Carmen, *ob. cit.*, pág. 14, entiende que “estas características, que hacían de nuestro sistema uno de los más avanzados, quiebran por las sucesivas reformas, con grave merma para las garantías del justiciable”.

El artículo 117 de la mencionada Ley de 1904 señalaba:

“La circunstancia de hallarse prófugos los reos no detendrá el curso del procedimiento, que seguirá en rebeldía con citación de aquéllos en estrados, recayendo a su tiempo la sentencia que corresponda”.

“Ésta se ejecutará en cuanto al comiso y demás penas pecuniarias si hubiere bienes, sin perjuicio de que se abra nuevamente la causa a instancia del reo, si lo reclamase dentro del año”.

“Con respecto a las personales, se oirá siempre a los reos cuando se presenten o sean habidos”.

Del estudio de la Ley de 1904 no es difícil colegir las razones que motivaron la excepción recogida en el artículo 117 transcrito, y que no son otras que la reparación de los perjuicios económicos que, en potencia, pudiera sufrir el Estado: se advierte cómo la preocupación máxima de la Ley es la celebración del juicio y la ejecución de la sentencia, consumando el comiso y las demás penas pecuniarias, finalidad que era dable conseguir al amparo de las medidas preventivas establecidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley.

Prima pues, y ante todo, un motivo puramente pecuniario, sólo paliado por la posibilidad de permitir la reapertura de la causa a instancia del reo.

Fórmula legal en exceso escueta ya que se omite en ella toda referencia a los motivos, medios y procedimiento a seguir para la revisión de la causa.

#### **IV. LA LEY DEL AUTOMÓVIL DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962**

El Preámbulo de esta Disposición se hacía eco en sus primeras palabras de la existencia de una realidad incuestionable, por desgracia aumentada con el paso de los tiempos: el uso, cada vez más frecuente, de vehículos a motor ha derivado en una situación de hecho “que constituye una seria preocupación para todos los Gobiernos, ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional”.

Ante ello pareció necesario al legislador de 1962 arbitrar una serie de medidas conducentes a evitar en lo posible estas funestas consecuencias y, a tal fin y en el artículo 30 de la Ley, dispuso:

“El juicio oral se celebrará, excepto en lo referente a la asistencia del acusado, ajustándose a la forma ordinaria, con las modificaciones que establece el artículo 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Resultaba evidente que la motivación determinante de esta innovación fue dispensar a las víctimas del delito una protección rápida y eficaz; razón, pues, plausible, como también debe reconocerse que el recurso “de audiencia en rebeldía” previsto en el artículo 32, se presentaba formulado de una manera más sencilla y pragmática que el actual contenido en el artículo 797.

“El condenado en rebeldía podrá comparecer dentro del plazo de un año después de dictada la sentencia, en recurso de rebeldía”.

“Éste se tramitará mediante presentación de un escrito de calificación, con proposición de prueba, que se practicará con intervención de las partes, celebrándose a continuación una comparecencia ante el Magistrado de lo Penal o el Tribunal colegiado, según los casos, quienes dictarán sentencia, confirmando, modificando o revocando la anterior”.

#### **V. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUZGADO Y TRIBUNAL DE ORDEN PÚBLICO**

La Ley de 2 de diciembre de 1963 creó un Juzgado y un Tribunal a los que atribuyó competencia privativa para el conocimiento de ciertos delitos, con competencia en todo el territorio nacional.

En el ámbito formal se prescribía que los mencionados órganos observarían los trámites abreviados del procedimiento de urgencia —regulado entonces por la Ley de 8 de junio de 1957 a la que sirvió de complemento la de 30 de julio de 1959— si bien y posteriormente tal remisión procedimental debía entenderse a favor de los capítulos primero y tercero del aludido procedimiento a virtud de las reformas que introdujo la Ley de 8 de abril de 1967.

El artículo 9, nº 1, letra b de la Ley expresaba:

“Cuando el procesado no se presente ni sea habido dentro del plazo fijado en las requisitorias y no acredite, a juicio del Juez o Tribunal, que la ausencia es debida a absoluta imposibilidad de comparecer por legítimo impedimento, continuará el juicio en rebeldía”.

Sólo en base a razones políticas íntimamente ligadas con el pensamiento y el entorno social dominante en la época, es comprensible semejante prescripción legal, atentatoria al espíritu tradicional de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero además, y esto es más grave, el juicio en rebeldía era válido cualquiera que fuese la pena procedente pues, conectando aquella posibilidad con la enumeración de los delitos señalados en el artículo 3 de la Ley, como de la competencia del Tribunal de Orden Público, podía llegarse en la imposición de penas para el ausente, a las cotas más altas de la escala general del artículo 27 del Código Penal.

De otra parte y al igual que los precedentes ya indicados, la prosecución del juicio en rebeldía era obligatoria para el órgano judicial: la fórmula legal “continuará” no dejaba resquicio a una facultad potestativa o discrecional del Tribunal, dotando al juicio oral de una sensación de automatismo difícilmente conciliable con los postulados superiores de seguridad, garantías procesales y arbitrio judicial.

Buscando justificar esta situación, la Exposición de Motivos afirma que: “no se produce merma alguna del intangible derecho de defensa del reo”, como también que la celebración del juicio en rebeldía “ha tomado estado en la legislación española y, desde hace años, figura introducida en el Derecho Procesal Comparado”.

Ninguno de tales argumentos es de recibo pues, en cuanto a la primera de estas aseveraciones, el derecho de defensa del reo, quiérase o no, se deteriora cuando no se encuentra presente para defenderse.

Y en cuanto a la segunda, el régimen vigente estaba constituido por la Ley de Enjuiciamiento, con sus reformas de 1957 y 1959, ninguna de las cuales dio entrada al juicio en rebeldía, con lo que el sistema procesal era todo lo contrario a la “toma de estado” a que aludía el Preámbulo.

La única explicación lógica la mencionaba el citado Preámbulo, y aparecía revestida de un acentuado matiz político: se trataba de delitos “singularizados por la tendencia, en mayor o menor grado, a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional”.

Tal vez por ello la propia Ley estimó conveniente permitir que la sentencia dictada en rebeldía pudiera ser revisada a instancia del condenado, mediante el procedimiento breve y sumario establecido en el artículo 10 de la Ley.

Este nuevo juicio oral limitaba su objeto al estricto de la revisión, y la sentencia recayente, confirmando o modificando la anterior, podía ser recurrida en casación.

Interpretando el aludido “recurso”, entendió la Jurisprudencia que “la sentencia dictada en juicio de rebeldía, condenatoria, es provisional y no definitiva, por resultar su contenido modificable por el propio Tribunal en juicio revisorio, no sometido a límites temporales de preclusión, y cuando se confirme la resolución condenatoria es cuando nace la facultad de someter al control de la casación la sentencia, ya definitiva, no siendo viable la anticipación de tal recurso” <sup>(7)</sup>.

#### VI. LA LEY DE 8 DE ABRIL DE 1967

La regla octava del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fruto de la reforma llevada a cabo por la Ley de 8 de abril de 1967, declaraba:

“Por la ausencia injustificada del acusado o del tercero civil responsable, que tuvieran domicilio conocido, no se suspenderá la celebración del juicio siempre que hubieren sido citados personalmente y el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgarlos”.

Aun cuando esta disposición queda sujeta a la crítica, para nosotros negativa, de permitir el enjuiciamiento en ausencia del acusado, no puede desconocerse que presenta una redacción hartó más sencilla y eficaz que los precedentes expuestos y, desde luego, que la fórmula legal vigente.

Así, se establece una regla general en la propia Ley Procesal, huyendo de la referencia a delitos especiales para los que el juicio en ausencia se fundamentaba en razones no siempre ortodoxas.

Como exigencias legales, habían de concurrir el carácter injustificado de la ausencia, con más la citación personal y el domicilio conocido; en lo relativo a la sanción penal, debía hallarse comprendida dentro de los límites del arresto mayor o multa, conforme al artículo 14 de la Ley Rituaria.

Era discrecional para el Juzgador continuar o no el procedimiento, con

(7) Sentencia de 30 de octubre de 1967.

lo que se reconocía la necesidad de dotar de la necesaria amplitud al arbitrio judicial y, por último, la Ley de 1967 rechazó el sistema de conceder un recurso a quienes fueran juzgados en ausencia; con ello lo que se perdía en cuanto a una posible disminución de la defensa del condenado, se ganaba en seguridad jurídica, al no dar pie a una situación de incertidumbre y pendencia que es, precisamente, uno de los graves defectos que se atribuyen al recurso de anulación<sup>(8)</sup>.

Nada dice la Ley acerca de los motivos que llevaron a sus redactores a introducir en el texto legal esta novedad, y el silencio es tanto más incomprensible cuanto que la Ley de 8 de junio de 1957 se cuidó de señalar que “no parece que sea preciso revolucionar nuestro Derecho Procesal con medidas que quebranten los principios que sirven de apoyo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Quizá por vía indirecta puedan obtenerse indicios para conocer el porqué de esta innovación.

La reforma de 1967 atribuyó, en efecto, competencia a un mismo órgano judicial para la instrucción y el fallo en caso de delitos “menos graves”, para los que el tratamiento procesal “resultaría desproporcionado, buscando la rapidez que siempre es deseable en la Administración de Justicia”.

Como quiera que esta unidad jurisdiccional parece que vino dada por la necesidad de incluir en el ordenamiento procesal general las figuras y el proceso de la Ley del Automóvil de 1962, y puesto que esta normativa preveía la posible celebración del juicio en ausencia del acusado, el legislador de 1967 traspasó a la Ley Rituaria la situación regulada en el artículo 30 de la Ley de 1962, si bien omitiendo toda explicación acerca de esta sensible modificación.

Parece, no obstante, que puede encontrarse en el mismo Preámbulo, al referirse a la búsqueda de la rapidez en la finalización de los procesos; de ahí que una vez más prevalecen las conveniencias del Estado frente al derecho de defensa.

A idéntica conclusión cabe llegar en cuanto al sistema que inspiró la Ley 10/80 de 11 de noviembre, dictada para el enjuiciamiento de los delitos dolosos menos graves y flagrantes, y que en su artículo 10. p.2., repetía, casi punto por punto, la regla de la Ley de 1967, con lo que resultaba la posibilidad de celebrar

(8) Al reiterarse esta postura en la Ley 10/80 desconociendo el recurso de anulación, podía dudarse, no obstante, de la constitucionalidad del juicio en ausencia, entiende RIVES SE-NA, Antonio. *Revista del Poder Judicial*, nº 19, septiembre 1990, pág. 55.

en ausencia del acusado juicios en los que la solicitud de pena podía alcanzar los seis años de privación de libertad, si se trataba de delitos flagrantes <sup>(9)</sup>.

## VII. LA LEY ORGÁNICA 7/1988 DE 28 DE DICIEMBRE

### 1. EL ARTÍCULO 793,1. p.2º.

Al amparo del precedente de la Ley de 8 de abril de 1967 y tras superar el Anteproyecto y el Proyecto elaborados <sup>(10)</sup>, el artículo 793,1. p.2º. de la Ley de Enjuiciamiento ha quedado del tenor literal siguiente:

“La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona que se refiere el artículo 789,4. no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuere de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años”.

A virtud de lo anterior se ha confirmado en nuestro Derecho Procesal Penal y ya de una manera general que, previos ciertos requisitos, el juicio oral no requiere la presencia del acusado y, ante la trascendencia de la consagración de este supuesto excepcional, el Preámbulo de la Ley ha creído conveniente —y ello ocurre por vez primera—, dar una explicación acerca de los motivos que han llevado al legislador a otorgar carta de naturaleza a esta situación:

“Se introduce la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves y bajo condiciones que garanticen, no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su abogado defensor, sino también el derecho a recurrir en anulación contra la sentencia dictada”.

“Se pretende evitar así dilaciones inútiles que puedan redundar en perjuicio de las víctimas, siguiendo una tendencia que se observa en el Derecho Com-

(9) CALVO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Carmen, *ob. cit.*, pág. 17: “empeora con esta Ley el ya confuso modelo procesal”.

(10) El Anteproyecto recogía la fórmula de la Ley de 1967; en cambio, el Proyecto señalaba casi exactamente la actual redacción.

parado y las orientaciones de la Resolución 75<sup>(11)</sup> y de la Recomendación R(87)18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa”.

Nunca es agradable la crítica adversa, máxime si como en el presente caso la censura no se ciñe al examen de los preceptos legales, sino que debe extenderse a las mismas razones que los autores de la Ley aducen para justificar tanto la presencia del artículo 793,1., como la del 797.

#### A.— Preámbulo

La expresión “se introduce la posibilidad del juicio en ausencia”, supone un desconocimiento de los antecedentes expuestos que dieron vida en nuestro Derecho a estas situaciones excepcionales, primero de forma aislada y, más tarde, con carácter general<sup>(11)</sup>.

Se apunta también, como doble finalidad a conseguir, “evitar inútiles dilaciones que puedan redundar en perjuicio de las víctimas”, y es muy dudoso que, en base a la normativa vigente, puedan cumplirse estas dos aspiraciones:

a.— De una parte, la creación del llamado recurso de anulación significa que la sentencia dictada en ausencia, aunque firme en principio, se encuentra sometida a este medio de impugnación extraordinario que, además, carece de límite temporal para su ejercicio, con lo que pueden transcurrir años hasta que el ausente, haciendo uso de la facultad que la Ley le concede, decida intentar la anulación de la sentencia condenatoria<sup>(12)</sup>.

b.— Por paridad de razones, la protección a los perjudicados por el delito es condicionada y pendiente de la voluntad del reo quien si recurre con éxito, podrá obtener la reversión de las reparaciones e indemnizaciones satisfechas.

De ahí que, en puridad de principios, hubiera que exigir a las víctimas resarcidas, ya un afianzamiento de lo percibido, bien la no disposición de ello durante un período de tiempo, a semejanza de lo dispuesto en la vía civil.

Finaliza el Preámbulo señalando la acomodación de los nuevos artículos a las directrices fijadas en las resoluciones que se citan, lo que tampoco es entera-

(11) GIMENO SENDRA, Vicente, opina que “se introduce por vez primera en nuestro país la figura de la contumacia”. *El nuevo Proceso Penal*, 1989, pág. 116.

(12) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “no existe razón que justifique que el sistema que se consagra ahora es superior al de la LECrim?”. *El Nuevo Proceso Penal*, pág. 248. Por su parte CONDE PUMPIDU TOURON, Cándido, en *La reforma del Proceso Penal*, 1990, pág. 182, se permite dudar de que “estos objetivos sean alcanzables, por cuanto la reforma deja sin solución muchos de los problemas que pueden presentarse”.

mente exacto ni se ajusta a la realidad; la resolución a que se remite la Ley contiene nueve reglas que ofrecen un lógico carácter rigorista no siempre recogido en nuestro Derecho Positivo <sup>(13)</sup>.

**B.— El artículo 793,1. p.2.**

Tres exigencias legales deben ser cubiertas para afirmar la válida celebración del juicio en ausencia del acusado:

a.— la no presencia del acusado, acompañada de la nota de injustificada.

b.— constancia de la citación, practicada en cualquiera de las formas que admite el artículo 793,1. en relación con el artículo 789,4.

c.— solicitud de una pena que no rebase el año de privación de libertad o, en su caso, los seis años si se trata de sanción penal de distinta naturaleza.

a.— *Prescribe la Ley*, y es lógico, que la ausencia del acusado carezca de justificación pues, si acredita la imposibilidad racional de asistencia al juicio oral, obvio es decir que faltará el elemento básico sobre el que construir, tanto la permisividad del enjuiciamiento como su secuela del recurso de anulación.

Ocurre, sin embargo, que la valoración de esta “no presencia” corresponde en exclusiva al órgano judicial, quien no posee más datos de valor que la no comparecencia del citado ya que, salvo casos excepcionales en que por parte del acusado se anuncie previa y oportunamente su imposible asistencia o, a la inversa, que se trate de un incompareciente contumaz, pocos por no decir ninguno serán los elementos de valor que permitirán afirmar al Juez que la ausencia es injustificada <sup>(14)</sup>.

Parece procedente en esta tesitura reaccionar tal y como demandan las recomendaciones citadas en el Preámbulo de la Ley:

La REGLA PRIMERA dice, en efecto, que “nadie puede ser juzgado si con carácter previo no ha sido efectivamente citado en tiempo hábil que le permita comparecer y preparar su defensa, salvo cuando se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la Justicia”; añadiendo a modo de complemento la REGLA TERCERA que “cuando el Juez compruebe que el

(13) Sin embargo, GIMENO SENDRA, V., *ob. cit.*, pág. 116, habla de que la reforma es “absolutamente respetuosa con estas recomendaciones”.

(14) Aparte de que el Juez de lo Penal carece de conocimiento acerca de la instrucción del procedimiento.

imputado que no comparece no ha sido citado, ordenará reiterar la citación si estima que la comparecencia personal es necesaria o hay razones para creer que tuvo impedimentos para comparecer”.

Claramente se desprende de estas normas una sensación de prudencia y una nota de restrictividad acerca de la celebración del juicio en ausencia que contrasta con la alegría dominante en la práctica judicial española, por lo que sería deseable que el espíritu de dichas recomendaciones se reflejase con mayor fidelidad en nuestro ordenamiento procesal.

b.— *Ha de existir constancia* de que el acusado ha sido citado en alguna de las tres formas que, a manera alternativa, indica el artículo 793,1.:

la citación personal.

designación del domicilio en que se harán las notificaciones.

determinación de la persona que las reciba en su nombre.

Es evidente que estas tres formas de citación, imprescindibles para la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, no pueden ser valoradas de manera idéntica, dada su diferente naturaleza.

Así, y si bien la citación personal al acusado no plantea problemas pues aunque no se le informe expresamente de la acusación, se le ofrece la oportunidad de conocerla, sobre todo si dicha citación antecede en breve tiempo a la celebración del juicio, la validez y eficacia de las dos formas restantes de hacer llegar aquel dato a conocimiento del imputado son más que discutibles.

De una parte por cuanto estas designaciones se realizan en la primera comparecencia, como exige el artículo 789, cuando aún no existe una imputación concreta, lo que unido al tiempo que todavía deberá transcurrir hasta el día del enjuiciamiento, logran que la efectividad de tales citaciones disminuya sensiblemente.

En segundo lugar, el domicilio designado adquiere valor en tanto que la Ley supone que el acusado mantendrá una relación con este aspecto domiciliario, del mismo modo que, siempre en un sistema presuntivo, piensa el legislador que existirá un contacto permanente del acusado con la persona por él nominada, y que ésta le mantendrá informado de los avatares del juicio, en lo que a él se refieran.

Dice CONDE-PUMPIDU <sup>(15)</sup>, “que la Ley no exige que se acredite que

(15) *Ob. citada*, pág. 186.

dicha persona ha informado efectivamente al acusado de la notificación, dándolo por supuesto al tratarse de la persona elegida por el acusado”, y a esta misma conclusión llegaba la doctrina del Tribunal Constitucional:

Las sentencias de 7 de julio de 1983 y 12 de marzo de 1986 proclaman que: “nadie puede alegar indefensión si ha sido originada por su propio comportamiento”, y las de 23 de abril y 27 de mayo de 1986 reiteran que “si las posibilidades de defensa resultaron mermadas o incluso reducidas a la nada como consecuencia de la propia inacción o falta de diligencia, no puede apreciarse indefensión en el sentido del artículo 24 de la Constitución, ni imputarse la misma a los actos de los Poderes públicos”.

Este criterio jurisprudencial se encuentra en franca evolución y así, las sentencias del mismo Tribunal, 92/87 de 3 de junio y 108/87 de 26 de junio, marcan ya un sentido diferente, que ha culminado en la reciente sentencia 142/89 de 18 de octubre; merece la pena destacar de ella el siguiente párrafo:

“Con mayor atención en el proceso penal, el emplazamiento y la citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación, como deber específico integrado en el de la tutela judicial (STC. 157/87), dado que el emplazamiento y, en su caso la citación no son un formulismo sino una garantía para el afectado por el procedimiento, y una carga que corresponde llevar al órgano judicial, que forma parte del derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española”.

En parecidos términos de cautela se pronuncia la REGLA NOVENA de la Resolución: “la persona juzgada en ausencia, pero regularmente citada, tiene derecho a ser juzgada de nuevo en la forma ordinaria si se acredita que su ausencia y el hecho de no haberla anunciado al Juez se debieron a causas ajenas a su voluntad”.

Afirma por ello CONDE-PUMPIDU <sup>(16)</sup> que la información de la fecha del juicio no puede acreditarse mas que “con la citación personal o sustituyendo en la persona designada su obligación de recibir notificaciones por la de comparecer en juicio para atestiguar que ha hecho llegar la notificación al acusado, de forma que si para la celebración del juicio se exige la acreditación de que la notificación llegó a poder de aquél, son prácticamente inútiles las notificaciones en la persona y en el domicilio a que alude el artículo 789,4”.

(16) *Ob. citada*, pág. 187.

En parecidos términos entiende ALMAGRO NOSETE <sup>(17)</sup>, que “la citación en la persona designada es insuficiente y que en todo caso debe acreditarse en las actuaciones que el acusado fue informado de la fecha del juicio”; conclusiones similares a las que apunta GIMENO SENDRA <sup>(18)</sup>: “si el Juez de lo Penal tuviera fundadas dudas de que el acusado ha cambiado su domicilio o que, en definitiva, la citación no ha podido llegar a su conocimiento, deberá suspender el juicio oral, no obstante la redacción del artículo 793, y proveer una segunda citación personal en su domicilio, real o efectivo”.

Ha tenido que ser la doctrina patria quien por lo expuesto, ha dado los primeros pasos para eliminar la situación de incertidumbre surgida de la excesiva amplitud del texto legal, reduciendo la exigencia de la citación a sus propios límites y validez.

c.— *Tercer requisito* es que la pena solicitada no exceda de un año, si fuere sanción de privación de libertad, o de seis años si se tratase de pena de distinta naturaleza.

Se marca así un criterio de limitación cuantitativo que trae su origen de la Ley del Automóvil y de la reforma de 1967, y que fue desbordado, en cambio por la Ley 10/80 de 11 de noviembre.

También en este punto la falta de claridad será fuente de dudas acerca de cómo y cuándo debe entenderse cumplido este requisito y prueba de ello es la aparición de una serie de problemas, planteados en los siguientes términos:

c'.— La regulación legal parece estar excluyendo, por falta de referencia expresa, la posibilidad del juicio en ausencia para aquellos delitos sancionados con penas pecuniarias, como señalan PORTERO, REIG y MARCHENA <sup>(19)</sup>, aunque una interpretación sistemática del apartado, puesta en conexión con los artículos 779 y sus concordantes, permite llegar a la conclusión de que la previsión del legislador para penas restrictivas de derechos o privativas de libertad es extensible a la sanción pecuniaria que, por su propia naturaleza, tiene menor gravedad que aquéllas.

c''.— Como segunda cuestión, la solicitud que autoriza en el sentir de la Ley la celebración del juicio en ausencia es la que tiene lugar al elevar, en el

(17) ALMAGRO NOSETE, José. *El Nuevo Proceso Penal*, pág. 203.

(18) *Ob. citada*, pág. 117.

(19) PORTERO, L.; REIG, José V.; MARCHENA, M.: *Comentarios a la reforma procesal penal*, 1989, pág. 85.

momento procesal oportuno, las conclusiones a definitivas: “el punto de referencia para la viabilidad del juicio en ausencia lo representa, no la respuesta punitiva señalada para el tipo delictivo con carácter general, sino la pretensión concreta que articula la acusación, y de ahí que sean las conclusiones definitivas las que hayan de ser tomadas en consideración para cuestionar o no la posibilidad de un juicio de estas características”<sup>(20)</sup>.

De este último punto resulta:

Si la pena inicialmente solicitada supera el tope de un año y a lo largo del plenario y como consecuencia de su desarrollo, la acusación disminuye la pretensión punitiva, como el acusado habrá debido estar presente en el acto del juicio oral gozará del recurso de apelación si la sentencia le fuere adversa, y con ello concluirán sus posibilidades de impugnación.

Por contra, si la pena inicial más tarde elevada a definitiva, se mantuvo dentro del año, si el acusado no estuvo presente en el enjuiciamiento podrá recurrir en apelación y, además, gozará del recurso de anulación.

Si a lo largo de los debates del plenario y por mor de ellos la sanción penal, en principio contenida dentro de los límites legales para la celebración del juicio en ausencia, se exaspera y excede de este máximo, sólo procederá, caso de ausencia, la suspensión del juicio.

c’’.— La defectuosa redacción legal ha dado pie a una cuestión de solución difícil, productora de discrepancias doctrinales, y que se plantea en los siguientes términos:

¿La celebración del juicio en ausencia es una posibilidad concedida en exclusiva a los Jueces de lo Penal —cuya competencia se extiende a delitos sancionados con pena que no exceda de seis años—, o también debe atribuirse a las Audiencias Provinciales —conocedoras de delitos sancionados con penas de seis años y un día a doce años por el procedimiento abreviado—, cuando el delito sometido a su competencia comporte una solicitud de pena no superior al año, a virtud de la degradación operada por el juego de las circunstancias concurrentes?

Las dudas surgen toda vez que el Preámbulo de la Ley se refiere a “delitos no graves”, mientras que el texto del artículo habla del “Juez o Tribunal”; aquél

(20) Ob. y pág. citadas.

supone una interpretación a favor de la primera de las alternativas, y el precepto legal, a favor de la segunda.

Ocorre que la expresión “delitos no graves”, acuñada por los redactores de la reforma, carece de apoyatura legal, pues el Código Penal admite dos categorías de infracciones: delitos y faltas, sin que para los primeros se establezca distinción alguna en “graves y menos graves”.

Sin embargo, la Ley 10/80 nacida para el enjuiciamiento de los delitos dolosos “menos graves y flagrantes”, apuntó ya un módulo diferencial cuantitativo al fijar los límites de aquéllos en prisión menor, coincidiendo con los artículos de la Ley Procesal que señalan este tope al referirse a los supuestos de posible conformidad del procesado, y la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 —artículo 16—, y el nuevo y futuro texto de Código punitivo todavía pendiente de discusión parlamentaria, recogen también la aludida distinción entre delitos graves y menos graves y, posiblemente, estos criterios hayan influido en el ánimo de los redactores de la Ley.

El artículo 797 pudiera aportar un elemento útil para la resolución de este problema: dicho precepto establece que el recurso de anulación que en él se regula, previsto para los casos de enjuiciamiento en ausencia, tendrá lugar “una vez notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación”, para añadir en el siguiente párrafo que la sentencia dictada en ausencia, “haya sido o no apelada”, es susceptible de ser recurrida en apelación.

A la luz del mencionado precepto es claro que deben excluirse del juicio sin la presencia del acusado las causas vistas ante las Audiencias Provinciales, por cuanto los fallos de estos órganos colegiados ni se dictan en primera instancia ni pueden ser apelados <sup>(21)</sup>.

No hay, sin embargo, criterio unánime en la doctrina sobre este punto, y así, PORTERO, REIG y MARCHENA sostienen que la Audiencia Provincial se encuentra privada de la competencia de fallar en ausencia pues “su marco competencial, a la vista de lo prevenido en el artículo 82,1 de la LOPJ en relación con los artículos 14,3 y 779 de la LECrim., tiene por base en el procedimiento abreviado, los delitos sancionados con prisión mayor y, por definición, superiores al límite de un año” <sup>(22)</sup>.

(21) Los antecedentes señalan que este juicio en ausencia sólo estuvo permitido a los órganos unipersonales, tanto por la Ley de 1967 como por la Ley 10/80.

(22) *Ob. cit.*, pág. 85.

A la misma solución y por identidad de razones, se inclina RIVES SENA<sup>(23)</sup>, añadiendo que la referencia del texto legal “al Tribunal” puede salvarse refiriéndola “a los casos en que un órgano colegiado conozca de delitos menos graves, por el procedimiento abreviado, caso de tratarse de persona aforada”.

Por contra, CONDE-PUMPIDU entiende que “al señalar el artículo 793 el límite de un año, no en función del delito sino de la pena, puede ocurrir que por las circunstancias convergentes, se degrade la pena hasta un año, continuando la competencia de la Audiencia Provincial”<sup>(24)</sup>.

Parecida es la opinión de ARAGONESES<sup>(25)</sup>, pues sobre la base de que “la expresión Juez o Tribunal impide circunscribirse a los límites de los Juzgados, ello obliga a entender que lo trascendente en este punto no es el hecho delictivo, castigado con pena inferior a un año, sino que éste es el máximo del castigo, solicitado por la acusación, que permite la celebración del juicio”.

ESCUSOL BARRA, ZARZALEJOS NIETO y GARCÍA ZARANDIETA opinan de forma similar y, con algunas vacilaciones, GONZÁLEZ-CUÉLLAR<sup>(26)</sup>.

De indudable trascendencia es la postura adoptada por la Fiscalía General del Estado en su importante Circular 1/89, al manifestar que “si bien parece deducirse que, en principio, este juicio en ausencia estaba previsto para los delitos menos graves, la cita expresa en el texto legal “Juez o Tribunal” y el remitir la condición a la entidad de la pena y no a la que castiga el delito, como ocurre en los demás preceptos relativos a la competencia<sup>(27)</sup>, obliga a admitir que también la Audiencia pueda celebrar estos juicios en tanto se den los requisitos del artículo 793, lo cual es lógico pues no va a estar vedado al Tribunal Superior lo que se permite al Juez de lo Penal”<sup>(28)</sup>.

d.— *Las exigencias del artículo 793,1* finalizan con una doble puntuación:

- la solicitud de la acusación, con audiencia de la defensa.
- la decisión del Juez, resolviendo lo procedente.

(23) RIVES SENA, Antonio. *Revista del PJ*. citada, pág. 54.

(24) *Ob. citada*, pág. 188.

(25) ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Actualidad Penal*, nº 3 de 1990, pág. 32.

(26) ESCUSOL BARRA, Eladio. *El Proceso Penal por delitos*, pág. 235. ZARZALEJOS NIETO, *El nuevo proceso abreviado*, 1989, pág. 180. GARCÍA ZARANDIETA, S. *Estudio sistemático del Procedimiento Abreviado para delitos menos graves*, 1989, pág. 52.

(27) Aunque la razón aducida es que en el Proyecto se hablaba de “recurrida o no”.

(28) RIVES SENA, Antonio, *ob. cit.*, tampoco está conforme con el punto de vista mantenido por la Fiscalía General del Estado: “resulta ciertamente discutible”, pág. 53.

A semejanza del resto de la fórmula legal, la aparente sencillez de estos postreros requisitos no ha dejado de producir cierta desorientación en los procesalistas españoles.

d'.— Se desprende del mencionado párrafo que la petición, en sentido positivo, de la acusación o de las acusaciones, si fueren varias, abre la puerta a la decisión del Juez permitiéndole pronunciarse sobre la celebración del juicio: “sólo la petición del Ministerio Fiscal o de la acusación particular relativa a la celebración del juicio en ausencia permite al órgano judicial resolver sobre la conveniencia o rechazo de tal sugerencia” <sup>(29)</sup>.

Si el Fiscal aparece como única acusación, no deberán surgir dificultades; podrán, no obstante, producirse cuando sean varias las acusaciones y éstas presenten posturas divergentes y contrarias.

En orden a determinar la primacía de una u otra acusación, a efectos de provocar una decisión judicial, el proceso penal tanto común como abreviado, parecen decidirse por una preeminencia del Fiscal, manifestada en la petición de diligencias, que deberán ser atendidas; la solicitud de sobreseimiento, también de efectos decisorios; la retirada de la acusación, determinante de una sentencia absolutoria, entre otras. Aun así, es dudoso que la petición fiscal vincule al Juez cuando sea opuesta a la de la acusación particular, a virtud de las amplias facultades que posee el órgano judicial para resolver sobre las pretensiones de las partes.

d''.— Más clara se ofrece la solución para el caso de que las acusaciones se muestren contrarias a la celebración del juicio en ausencia.

En esta tesitura no sería posible que por parte del Juzgador se acordase la continuación del proceso, aunque la defensa fuera proclive a tal prosecución, “pues el tenor literal del precepto lleva a colegir que la negativa de las acusaciones, pública o privada, obstaculizaría el expediente habilitado por el legislador” <sup>(30)</sup>.

Con ello se está dando a entender de modo indudable que la posición y petición de las acusaciones prima frente a la postura de la defensa, quien no tiene más alternativa que “ser oída” <sup>(31)</sup>, con lo que esta redacción legal da pie al planteamiento de dos cuestiones:

(29) PORTERO, REIG y MARCHENA, *ob. cit.*, pág. 84.

(30) *Ob. y pág. citadas.*

(31) Por lo menos, la defensa tiene derecho a ser oída, ya que en el Anteproyecto ni siquiera figuraba esta posibilidad de audición.

si esta situación se presenta ajustada a los principios constitucionales y, en particular, a los de igualdad y tutela judicial.

cuáles sean las consecuencias de una interpretación flexible del artículo en cuestión.

En orden al primero de estos dos puntos, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 1.914/90, formulada sobre la posible oposición frontal del artículo 790 del Procedimiento Abreviado con el artículo 24 de la Constitución, desestimándola, parece concluyente y aplicable, por analogía, al presente caso: no está desamparada ni desprovista de la tutela judicial la parte acusada por la posición, en apariencia inferior, en que la coloca el artículo 793,1. p.2.

En cuanto al segundo, bien pudiera estimarse como no definitiva la interpretación que, al amparo del texto legal, rechaza la posibilidad de continuación del juicio si lo interesa la defensa, en contra del parecer de la acusación; se ha afirmado que el letrado defensor es quien se encuentra en mejores condiciones para conocer las armas y medios de su patrocinado, por lo que su opinión debería recibir una mayor consideración que la asignada por el legislador.

Sin embargo, siendo las partes acusadoras las depositarias del principio fundamental en nuestro ordenamiento procesal penal cual es el acusatorio, la negativa de las mismas a solicitar la continuación puede, y debe, ser valorada como una renuncia provisional y transitoria al ejercicio de este principio, de donde hay que concluir la irrelevancia de la petición de la defensa frente a la postura negativa de la acusación.

En cualquier caso, bueno sería ante la falta de jurisprudencia práctica que permitiera la resolución de éste como de los demás problemas que se producirán a consecuencia de las deficiencias legales, ir provocando estas situaciones no previstas a fin de que, llegando a instancias superiores, recibieran o no el refrendo de un órgano judicial que, a través de doctrina reiterada, fuera estableciendo criterios uniformes y armónicos, deseables en materias tan delicadas como las expuestas.

d'''.—Quizá uno de los pocos puntos merecedores de una crítica favorable sea la afirmación, que tiene su precedente en la Ley de 1967, de la facultad discrecional del Juez para pronunciarse en el sentido de admitir o denegar la celebración del juicio oral: será factor decisivo “que estime que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento”.

De esta guisa, será la preparación judicial la que, ponderando las peculiares características de cada caso concreto; la naturaleza del delito perseguido; las dificultades de prueba; la personalidad del delincuente; el conjunto de factores convergentes y, en particular, las posibilidades de defensa del ausente, amén claro está, del cumplimiento de las exigencias legales, le ayude a tomar una decisión, sin olvidar la vieja afirmación de la Ley de Enjuiciamiento de no subordinar nunca los intereses de la defensa a los del Estado, antes bien armonizándolos en la medida de lo posible.

d''''.— Tomada que sea la decisión judicial, ya de prosecución del juicio, bien de suspensión, guarda silencio una vez más la Ley <sup>(32)</sup> sobre un punto de importancia: cuáles sean los recursos que, en previsión de tales resoluciones, puedan ejercer las partes insatisfechas con el acuerdo del Juzgador por lo que, ante este vacío legal deberá acudirse a las normas generales de la Ley y, de manera especial, a las establecidas para el procedimiento abreviado.

A su amparo resulta, y así lo señala el artículo 787, que contra los Autos del Juez de Instrucción y los del Juez de lo Penal podrá interponerse recurso de reforma y, en su caso, de queja, con más el de apelación cuando proceda.

Conectando estas disposiciones con la resolución judicial decisoria del que podría llamarse incidente de celebración o no del juicio oral, es factible llegar a estas conclusiones ante la falta de reglas legales:

Si el Juez accede a la celebración del juicio, ello se documentará en la misma acta y tal decisión no será susceptible de recurso pues se impone por analogía la aplicación de la norma que señala que contra los autos que decidan la apertura del juicio oral, no se concederá ningún recurso.

Para el caso de que el Juez, no obstante la solicitud positiva de las acusaciones, estime procedente la no continuación y disponga la suspensión del trámite, habrá que acudir de nuevo al procedimiento analógico: contra los autos denegatorios del juicio oral cabe el recurso de apelación.

Empero, el problema surge por cuanto tal recurso de apelación sólo se admite "cuando proceda", dice el artículo 787, y esté concedido por la Ley respecto de la resolución de que se trate, y como nada de esto sucede en el supuesto

(32) Incomprensible el silencio legal desde el momento que la LOPJ, en su artículo 248,4 señala que deberá indicarse si la sentencia es o no firme; recursos, plazos y órganos ante quienes puede interponerse.

que se contempla, únicamente cabría acudir al recurso de reforma y, subsidiariamente, al de queja<sup>(33)</sup>.

## 2.— EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 797

El Procedimiento Abreviado instaurado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre ha corrido suerte diversa y merecido fortuna varia entre los autores; se han reconocido sus ventajas, que las tiene, mas también se han puesto de relieve sus inconvenientes y defectos, ciertamente no de escasa trascendencia<sup>(34)</sup>.

Dentro de estos últimos destaca con luz propia el artículo 797 mediante el cual se ha incorporado a la Ley Procesal el llamado “recurso de anulación” y que es uno de los aspectos de la nueva normativa que, con razón, ha recibido más severa crítica por parte de la doctrina patria.

El citado precepto dispone:

“En cualquier momento en que comparezca o sea habido el condenado en ausencia le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o apelación a efectos del cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del órgano competente y del plazo para ello”.

“La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”.

Pocas veces un precepto legal ha sabido concitar de manera tan unánime como el transcrito la crítica adversa de los especialistas en Derecho Procesal que, con razón, acusan al legislador de una falta total de sistemática, ambigüedad en la redacción, empleo de fórmulas contradictorias, ausencia de claridad en su contenido y presencia de vacíos legales.

(33) De ahí que se sostenga por algunos autores la importancia adquirida por éste de queja, al haber disminuido las posibilidades de la apelación. PORTERO, REIG y MARCHENA. *Ob. cit.*, pág. 57.

(34) SERRANO GÓMEZ, Alfonso, formula una severa crítica. *Actualidad Penal*, marzo 1990.

La misma Fiscalía General del Estado en su Circular 1/89, extensa y amplia como pocas por la importancia y singularidad del tema, se veía obligada a declarar que “aceptando el fundamento y la necesidad del recurso, hay que agregar que la excesiva parquedad de su regulación deja subsistentes un gran número de problemas”.

“La Ley se limita a señalar apenas el plazo, que es el mismo de la apelación, y el día inicial de su cómputo, que será el momento en que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia, conocimiento que debe dársele en todo caso a través de la notificación prevista en el artículo 797,1 cuando comparezca voluntariamente o sea habido, y a los requisitos, trámites y efectos, para lo que se remite al recurso de apelación”.

“Todo lo demás queda entregado al juicio del intérprete, como siempre sometido a la decisión de los Tribunales que son quienes tienen la potestad constitucional de interpretar y aplicar las leyes”.

La perplejidad que emana de estas frases del propio órgano encargado de unificar los criterios de las respectivas Fiscalías marcha en lógico paralelismo con las manifestaciones doctrinales.

Con entera razón indica CONDE-PUMPIDU: “que los Tribunales tengan la potestad constitucional de interpretar y aplicar las leyes no releva al legislador de procurar que las normas legales sean claras, y que las nuevas instituciones aparezcan diseñadas con la suficiente precisión, de forma que permitan su aplicación sin excesivos conflictos y con un mínimo de uniformidad. Ello no se cumple con el establecimiento del nuevo recurso, que parece más sugerido que verdaderamente regulado”.

“Buena prueba de esto es que la escasa doctrina existente hasta el momento presenta opiniones dispares sobre su naturaleza, contenido y efectos y que por no decir, ni siquiera expresa la Ley cuál es el órgano competente para conocer del recurso”<sup>(35)</sup>.

El examen del artículo 797 impone una visión por separado de los distintos supuestos y cuestiones que de él emanan, todos presididos por el denominador común de ser fuente de discrepancias doctrinales y semillero de dudas y confusiones, para llegar a una valoración final conjunta.

Hay que señalar de entrada que la precipitación en la labor legislativa, la

(35) *Ob. cit.*, pág. 223.

falta de un estudio ponderado y sereno y la escasa claridad de pensamiento de los redactores de la Ley 7/88 son factores que han desembocado en un resultado lamentable que, muy posiblemente, llevará a una modificación de los preceptos que se contemplan, so pena de querer seguir manteniendo una situación difícilmente sostenible.

Es triste consignarlo así mas, como se verá del análisis del llamado recurso de anulación, son tantas las lagunas, contradicciones y dudas existentes en la regulación legal que no parece defendible, por mucho tiempo, la doctrina contenida en este precepto.

#### a.— Naturaleza del recurso de anulación

Punto de importancia trascendente es el que se refiere a cuál sea la naturaleza de este medio de impugnación por cuanto la competencia, los motivos del recurso y el procedimiento a seguir son cuestiones íntimamente ligadas a la previa catalogación de la facultad que al condenado concede el artículo 797.

También aquí la Fiscalía expresa la duda de “si se trata tan sólo de un juicio rescindente encaminado a anular una sentencia firme si se acredita que no se dieron en ella las condiciones exigidas por la Ley para celebrar el juicio en ausencia, o es un juicio rescisorio que permite reexaminar el proceso en que el ausente estuvo representado y defendido por su abogado y la sentencia en él recaída, como en cualquier otro recurso de apelación, en que el Tribunal ad quem adquiere la plenitud del enjuiciamiento”.

Entiende ARAGONESES <sup>(36)</sup> que “debe descartarse el carácter ordinario de la anulación ya que los recursos ordinarios proceden contra las resoluciones que no han ganado firmeza; mas también hay que rechazar su carácter de extraordinario contra resoluciones definitivas, para concluir afirmando que se trata de un recurso “excepcional”.

La misma calificación de excepcional le atribuye ESCUSOL <sup>(37)</sup>, sobre la base de que “las facultades del recurrente y del Tribunal ad quem no aparecen recortadas”.

Por su parte, PORTERO, REIG y MARCHENA, al amparo de que el legislador alude a la notificación de la sentencia “aún no prescrita a efectos del

(36) *Ob. cit.*, pág. 35.

(37) *Ob. cit.*, pag. 233.

cumplimiento de la pena”, llegan a idéntica conclusión acerca de la naturaleza excepcional de este recurso <sup>(38)</sup>.

Frente a GONZÁLEZ-CUÉLLAR, que entiende que el recurso en cuestión sólo tiene naturaleza rescisoria <sup>(39)</sup>, CORTÉS DOMÍNGUEZ opina que “supone en todo caso un iudicium rescindens, que decidirá si la sentencia debe rescindir por alguno de los motivos contemplados en la Ley, y un iudicium rescissorium, que enjuiciará de nuevo los hechos a que se refiere la sentencia rescindida” <sup>(40)</sup> y a parecidas conclusiones llega RIVES SENA <sup>(41)</sup>.

Esta incertidumbre trae causa de la misma regulación legal por cuanto el legislador no determina de manera diáfana en qué casos puede prosperar el recurso, limitándose a decir con frase amplia y ambigua que “toda sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación”.

Con ello y como apunta con toda razón CONDE-PUMPIDU, “el legislador deja deliberadamente en la sombra la cuestión de si el recurso de anulación se ajusta a las recomendaciones de la resolución aludida en el Preámbulo que, particularmente en la REGLA SÉPTIMA dispone que “toda persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes, de haber estado presente”.

Y añade que “la cuestión debió haber sido resuelta por el legislador, pues en la situación actual debe conciliarse un máximo de respeto al derecho de defensa del ausente con la necesidad de que este recurso no se convierta en fuente de injustificados privilegios” <sup>(42)</sup>.

#### **b.— Quiénes pueden recurrir en apelación**

Frente al sentido amplio de la recomendación arriba mencionada, el artículo 797 limita el ejercicio de este medio de impugnación exclusivamente al condenado; la citada expresión se reitera en la Ley lo suficiente para que no quepan

(38) *Ob. cit.*, pág. 104.

(39) GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio. “Los recursos en el Procedimiento Abreviado”. *La Ley*, nº 2.234, 1989.

(40) *Ob. cit.*, pág. 249.

(41) *Ob. cit.*, pag. 57.

(42) *Ob. cit.*, pág. 232.

dudas de que el recurrente debe poseer esta condición para su legitimación activa <sup>(43)</sup>.

Junto a esta delimitación lógica y plausible, merece en cambio severo comentario la posición legal que excluye del ámbito de este recurso excepcional, al tercero civil responsable que no hubiera asistido a juicio.

El olvido es tanto más lamentable cuanto que en la redacción del artículo 793,1 se incluye como parte a este tercero, que puede ser juzgado en ausencia, previo cumplimiento de las exigencias legales y recibir, por ende, un fallo adverso; sin embargo, y de manera inexplicable, se le deja al margen de la posibilidad del ejercicio del recurso de anulación, y el vacío legal resulta aún más incomprensible si se piensa que la pena impuesta al condenado ausente no será ejecutada hasta que se presente o sea habido y haya transcurrido el plazo previsto para interponer el recurso de anulación.

Por contra, las responsabilidades civiles son exigibles desde que se dicte la sentencia en primera instancia o en apelación de suerte que el tercero civil, condenado en ausencia, se ve impotente para impugnar el fallo que le fue desfavorable y no tiene más salida que la esperanza de la posible comparecencia del condenado ausente quien, si interpone con éxito el recurso de anulación, puede beneficiar de carambola al repetido tercero civil.

Se produce así una auténtica discriminación que choca de manera frontal con los principios de igualdad y tutela judicial que consagra la Carta Magna, y que está llamada a ser planteada ante el supremo intérprete de la Constitución.

#### **c.— Sentencias que pueden ser recurridas**

Es claro, tal y como resulta del texto legal, que la sentencia dictada en ausencia precisa para encajar en el nuevo medio de impugnación, introducido por la reforma de 1988, sentido condenatorio y, además, encerrar una sanción penal que no exceda del año.

Mas, y previamente a estas condiciones generales que vedan el acceso al recurso de anulación de aquellos fallos que no sean condenatorios o que sobrepasen el límite cuantitativo señalado, existe un principio básico de estricta ob-

(43) No obstante, CORTÉS DOMÍNGUEZ considera conveniente la concesión de este recurso al que hubiera sido absuelto, y RIVES SENA estima que debería admitirse en los casos de exención de la responsabilidad criminal, mas no de la civil a tenor del artículo 20 del Código Penal. *Ob. cit.*, págs. 250 y 53.

servancia que ilumina toda la problemática relativa al trámite de admisión de las sentencias dictadas en ausencia del acusado, y que no es otro que la ausencia del imputado ha de estar totalmente justificada, lo que obliga a que dicho acusado acredite la imposibilidad racional de su presencia, y que el órgano judicial se haga eco de las razones expuestas, de forma que si el condenado no puede justificar su falta de presencia, debe rechazarse de plano la admisión del recurso previsto en el artículo 797.

Ciertamente que la Ley no alude al mencionado requisito con la debida expresividad pues se limita a referirse “al que hubiera sido condenado en ausencia”, para añadir en el segundo párrafo que es susceptible de ser recurrida en anulación “la sentencia dictada en ausencia”<sup>(44)</sup> pero esta falta de citación concreta no es obstáculo para conocer cuál sea el espíritu de la Ley: el acusado que, sabedor de la acusación y del juicio que contra él iba a celebrarse, y citado personalmente, dejó voluntariamente de comparecer al acto de la vista oral, no podrá accionar con éxito el recurso de anulación.

Otra cosa sería un claro abuso del Derecho, que CONDE-PUMPIDU señala acertadamente: “la ausencia injustificada no puede convertirse en fuente de privilegio, permitiendo al no asistente voluntario un tercer recurso que está vedado a los ciudadanos que sí estuvieron presentes en el juicio, ya que no parece ni siquiera respetuoso con el principio de igualdad que el ausente de modo injustificado, y regularmente citado, goce de un derecho de repetición del recurso”<sup>(45)</sup>.

Se trata, en cualquier caso, de una cuestión que por su delicadeza, ha de ser cuidadosamente ponderada por el órgano jurisdiccional, quien “deberá evitar, de un lado que los recursos devengan imposibles por la dificultad de justificar la incomparecencia y, de otro, que la anulación se convierta en un instrumento fraudulento en manos de quien, voluntariamente, se evadió de la acción de la Justicia”<sup>(46)</sup>.

La simple visión de la realidad de las cosas hace que no pueda ser distinto el criterio que sustenta la Fiscalía General del Estado en la reiterada Circular: “la ausencia voluntaria e injustificada del reo no puede convertirse en un privilegio ni en una fuente de fraude legal. De no ser así, podría producirse el fraude de quien, incompareciendo voluntariamente y agotando, a través de su letrado

(44) Siguiendo las directrices de las Recomendaciones aludidas en el Preámbulo.

(45) *Ob. cit.*, pág. 234.

(46) ARAGONESES, Sara. *Ob. cit.*, pág. 36.

todos los recursos, utilice últimamente esta vía para dilatar el proceso o la ejecución de condena.

El fraude de ley y la lealtad procesal son argumentos bastantes para fundamentar esta interpretación”.

**d.— Competencia, motivación y procedimiento**

Epígrafe íntimamente relacionado con los anteriores y en el que, también, la deficiente regulación legal y la ausencia de referencias prácticas obstaculizan una respuesta correcta y adecuada a las distintas cuestiones que pueden plantearse.

No resulta así extraño que ante la defectuosa técnica legislativa aparezcan muestras de desorientación en los procesalistas patrios; basta citar, a título de ejemplo, las siguientes opiniones:

Comenta ARAGONESES que, dado el silencio legal y al ser “la anulación un sistema de impugnación que pretende dejar sin efecto los resultados del juicio en que recayó condena, deben distinguirse las dos fases: el juicio rescindente y el juicio rescisorio; el primero a seguir por las directrices de la apelación; el segundo supone un nuevo juicio de acuerdo a las normas legales”.

“De otra parte y al amparo del sistema escalonado de nuestro proceso, en que la competencia se atribuye a órganos jurisdiccionales superiores y distintos, es dable llegar a estas conclusiones:

“la falta de indicación expresa —con la sola referencia a la apelación—, indica la naturaleza vertical de la anulación: el recurso ha de ser resuelto por un órgano jerárquicamente superior al que dictó el fallo impugnado”.

“el artículo 57,1 de la LOPJ dispone que la Sala Segunda del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios —excepcionales—, que establece la Ley”.

Por lo que “la fase rescindente ha de ser atribuida en todo caso a la Sala Segunda, lo que ofrece la ventaja legal del apoyo del artículo 57,1 citado, y de ser congruente con la propia naturaleza del recurso”.

Aun así, “en la práctica ello puede resultar desmesurado, por lo que bueno sería asignar sólo al Tribunal Supremo la competencia cuando el recurso se plantease contra sentencias dictadas por las Audiencias en única instancia,

mientras que las de los Juzgados debieran ser impugnadas ante su superior jerárquico, sin que ninguna de estas soluciones sea satisfactoria ni esté exenta de crítica”<sup>(47)</sup>.

Con el mismo criterio vacilante se expresa ZARZALEJOS al indicar<sup>(48)</sup>, que “el recurso de anulación procede contra sentencias dictadas por el Juez de lo Penal, normalmente, aunque también es posible que el órgano sentenciador sea la Audiencia, si bien el órgano competente para la resolución de este recurso, por su naturaleza extraordinaria, será la Sala Segunda del Alto Tribunal”, y GARCÍA ZARANDIETA distingue, no con entera convicción, “que será competente la Audiencia Provincial cuando el fallo sea dictado por el Juzgado de lo Penal, y la Sala Segunda del Tribunal Supremo si emana de la Audiencia”<sup>(49)</sup>.

Idénticas vacilaciones aparecen en GONZÁLEZ-CUÉLLAR pues, si bien comienza admitiendo que el mentado recurso procede contra todas las sentencias, ya procedan del Juzgado, bien de la Audiencia, más adelante observa que “la cuestión no es tan pacífica y resulta dudoso que puedan recurrirse en anulación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y, de admitirse esta posibilidad, la competencia debe ser atribuida a la Sala Segunda del Tribunal Supremo”<sup>(50)</sup>.

Y es que, resumiendo el parecer general, señala CONDE-PUMPIDU que este precepto “se limita a establecer que, al notificar la sentencia al condenado se le hará saber su derecho a interponer el recurso, con indicación del plazo y el órgano competente, delegando así en el encargado de la notificación una determinación que debería haber efectuado con toda precisión el legislador, máxime al tratarse de un recurso nuevo: la norma debería establecer con toda claridad el órgano competente en lugar de crear una situación de inseguridad”<sup>(51)</sup>.

Ante esta falta de claridad legal se va acentuando en la doctrina patria el criterio de distinguir el origen de las sentencias dictadas en ausencia, de forma que si éstas traen causa de los Juzgados de lo Penal, será órgano competente para conocer de ellas en anulación la Audiencia Provincial, con base en la remisión que el artículo 797 hace a los requisitos y efectos del recurso de apela-

(47) *Ob. cit.*, pág. 37.

(48) *Ob. cit.*, pág. 180.

(49) *Ob. cit.*, págs. 52 y siguientes.

(50) *Ob. cit.*, pág. 6.

(51) *Ob. cit.*, pág. 229.

ción, así como a lo dispuesto en el artículo 82,2 de la LOPJ reformado precisamente por la Ley 7/88.

Cuando sea la Audiencia Provincial quien haya dictado el fallo sin la presencia del acusado, el condenado podrá recurrir en anulación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que tiene igualmente su apoyatura legal en el artículo 57,1 de la misma LOPJ <sup>(52)</sup>.

Sería erróneo, sin embargo, pensar que con esta sencilla parcelación quedan resueltos los problemas derivados de la asignación de competencias; antes bien aparecen cuestiones de no fácil solución.

a.— Cabe preguntarse si, ante la expresión legal “haya sido o no apelada”, el recurso de anulación puede interponerse directamente —per saltum—, o bien una vez agotadas las vías de impugnación previstas en su caso, y es indudable que se impone una respuesta negativa ya que el carácter excepcional de este recurso significa la firmeza de la sentencia pronunciada en ausencia, sin que pueda admitirse, a posteriori de la anulación, un recurso ordinario <sup>(53)</sup>.

b.— Apelada la sentencia dictada por el Juez de lo Penal, si a continuación se interpone recurso de anulación es, cuando menos, discutible que pueda conocer de su fondo la Audiencia Provincial, por cuanto debería evitarse en lo posible el “bis in idem” que se produciría al tener que resolver el mismo órgano dos veces y por el mismo procedimiento, la misma cuestión <sup>(54)</sup>.

c.—Apunta ARAGONESES <sup>(55)</sup> la falta de un criterio para resolver el supuesto, no frecuente pero sí posible, de que el Alto Tribunal haya conocido por la vía del Procedimiento Abreviado de una causa contra un aforado, en la que se haya dictado sentencia en ausencia <sup>(56)</sup>.

d.— Tampoco está previsto en la Ley, señalan PORTERO, REIG y MARCHENA, el caso de haber desestimado la apelación la infracción de garantías procesales, generadoras de indefensión, con lo que surge la pregunta de si podrá ser retirada por el condenado, en el recurso de anulación, aquella infracción.

(52) Criterio seguido también por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/89.

(53) Aunque ARAGONESES se plantea esta cuestión la sentencia de 30 de octubre de 1967 lo aclara sin lugar a dudas, y la misma opinión sustenta RIVES SENA.

(54) También lo entiende así la Circular aludida de la Fiscalía General.

(55) *Ob. cit.*, pág. 37.

(56) De la sentencia 110/88 del TC se desprende que la propia Sala tendrá facultades para decretar la nulidad de la sentencia por ella dictada.

Si la respuesta es negativa y, por ende, se rechaza un replanteamiento de la cuestión ya debatida en apelación, tampoco se expresa qué órgano habrá de fundamentar la negativa: si el Juez de lo Penal, ante quien se entabla el recurso, no admitiéndolo a trámite, o la Audiencia Provincial, llamada a resolverlo.

Como indican aquellos autores, “el frontal rechazo del recurso de nulidad como atípica tercera instancia favorecedora precisamente de quien no ha ejercido su derecho a ser oído, y la inadmisión a trámite de cualquier impugnación de nulidad que persiga dilatar la ejecución del procedimiento fallado en ausencia, constituyen los principios rectores que han de informar la respuesta a estas y otras parecidas interrogantes”<sup>(57)</sup>.

Examinada la competencia en orden al recurso de anulación, persiste el silencio legal y, por tanto, las dudas sobre los motivos que deben sustentar la interposición del mencionado medio de impugnación.

Tal estado de incertidumbre deriva de que el recurso de anulación, mal reglado, está simplemente insinuado en la Ley, que se limita a una criticable asimilación al recurso de apelación que la misma establece, siendo especialmente censurable la falta de delimitación real del recurso, esto es, de los motivos de impugnación y de los efectos que de él puedan derivarse.

Y es que “nunca pueden ser iguales los requisitos causales del recurso de nulidad en los casos de ausencia, y los del recurso de apelación pues, de admitirse ello se llegaría al absurdo de que el ausente gozaría de una tercera instancia a través del recurso de anulación.

De hecho, debe descartarse la posibilidad de que el recurso de nulidad permita una revisión integral de la sentencia dictada en primera instancia en base a un error en la apreciación de las pruebas, y tampoco sería admisible un recurso de anulación que pretendiera la revocación de la sentencia al amparo de una genérica infracción de un precepto legal o constitucional.

En definitiva, sólo las alegaciones sobre quebrantamiento de normas y garantías procesales pueden viabilizar un recurso de anulación, siempre que tengan por objeto la eliminación de un motivo de indefensión”<sup>(58)</sup>.

Algún sector de la doctrina patria entiende que serán admisibles, y esto a virtud de la remisión y asimilación al recurso de apelación, aquellas diligencias

(57) *Ob. cit.*, pág. 104.

(58) *Ob. cit.*, pág. 105.

de prueba que no se pudieron proponer en la primera instancia; aquellas otras que debidamente propuestas, fueron indebidamente denegadas siempre que se hubiere hecho constar la oportuna protesta, y la práctica de las admitidas y no llevadas a cabo por causas que no sean imputables al recurrente, exponiendo las razones por las que se ha producido indefensión <sup>(59)</sup>.

Fácil es colegir de lo expuesto dos tendencias en los autores, una de sentido amplio y otra de significado restrictivo, opinión que compartimos, y a cuyo tenor, la función del recurso instaurado por la Ley 7/88 debería reducirse, única y exclusivamente, al examen de la regularidad procesal de la celebración del juicio en ausencia, como recurso totalmente extraordinario, que sería de la competencia de la Sala Segunda. De prosperar el recurso interpuesto, en esta acepción restringida, implicaría una alternativa que puede defenderse como una interpretación correctora para evitar los inconvenientes que, en torno a la seguridad jurídica, implica el recurso de anulación, concebido como una especie de apelación.

En punto al procedimiento, la sustanciación del recurso está en función de la causa indicada para fundamentarlo de suerte que, si tiene lugar por incumplimiento de los requisitos legales del juicio en ausencia, o por acreditar el acusado la imposible comparecencia, no existirá más alternativa que decretar la nulidad del juicio, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno y disponiendo una nueva celebración.

Si se admite el sentido amplio de este recurso, procederá, además, el examen de los nuevos motivos alegados.

En opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ <sup>(60)</sup>, dos criterios son en este punto de inexcusable observancia:

a.— “ambas fases, rescindente y rescisoria, han de encontrarse totalmente separadas, siendo la primera determinante de la segunda: sólo se abre un iudicium rescissorium si prospera el rescindens.

b.— tanto uno como otro iudicium no pueden estar atribuidos al mismo órgano judicial; ello quiere decir que el rescindens se seguirá ante la Audiencia Provincial y el rescissorium será de la competencia del Juez de lo Penal que dictó la sentencia en primera instancia”.

Los problemas pueden hacer acto de presencia ante la remisión que el texto

(59) Así lo entiende, entre otros, ESCUSOL BARRA, Eladio. *Ob. cit.*, pág. 234.

(60) *Ob. cit.*, pág. 252.

legal hace al recurso de apelación; concretamente, si se pueden dar o no por reproducidas todas o parte de las pruebas practicadas en el juicio anterior.

El mismo autor entiende que el acusado, que por supuesto ha de hallarse presente en el nuevo enjuiciamiento <sup>(61)</sup>, no debe verse limitado en cuanto a las pruebas que quiera y pueda presentar, mas de otra parte los principios de concentración, inmediación y oralidad que rigen el juicio oral no pueden quedar relegados al olvido, lo que viene a constituir una antinomia a superar por la doctrina y la práctica judicial.

Más acentuadas son las dudas cuando se trata de señalar el procedimiento a seguir, pues el artículo 797 se remite al recurso de apelación mientras que, y así lo veía la doctrina, el recurso de anulación se considera como un recurso excepcional, lo que es determinante de una diferente manera de proceder.

En efecto y al amparo de la norma legal habrá que seguir los pasos del recurso de apelación, siendo el superior jerárquico el llamado a resolver la impugnación. En consecuencia, si estima infracción de las garantías de defensa dispondrá la nulidad del juicio y la nueva celebración de éste por el órgano que resolvió en primera instancia.

Si, por el contrario, aprecia algún otro motivo distinto, dictará la sentencia que proceda en base a las nuevas pruebas practicadas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 795 y 796.

En cambio, si se toma como punto de partida la naturaleza excepcional de la anulación, el órgano superior se limitará a rescindir el fallo si lo estima procedente, y devolverá siempre la causa al Juez o Tribunal de donde provenga, para la celebración del juicio, pues tal es el sistema arbitrado por la Ley en orden a un recurso excepcional como es el de revisión <sup>(62)</sup>.

Ésta parece ser la solución más conforme con los fines y la naturaleza de la anulación, y donde una vez más el silencio legal origina la lógica falta de acuerdo en los comentaristas.

#### **e.— Plazo para la interposición del recurso**

En este punto concreto el artículo 797 contiene dos previsiones, en apa-

(61) ESCUSOL BARRA, Eladio, *ob. cit.*, pág. 235, ya que de no ser así procedería la declaración de rebeldía.

(62) A tenor de lo dispuesto para el recurso de revisión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 954 y ss.

riencia contradictorias, que han llamado la atención al par que la crítica negativa de la doctrina, si bien en este caso de forma en exceso rigurosa.

El párrafo primero de este controvertido artículo expresa que:

“en cualquier momento que se presente o sea habido el condenado en ausencia, se le notificará la sentencia dictada en primera instancia o en apelación”.

“al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso, con indicación del plazo para ello y el órgano competente”.

Frente a lo anterior, el párrafo segundo establece que:

“el plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”.

La contradicción, aparente, entre ambas expresiones legales, ha movido y no sólo a la doctrina, a buscar, y encontrar, un nuevo motivo de censura que añadir a los que ya contiene la fórmula legal, señalando los serios inconvenientes de una redacción que induce a confusiones.

Incluso la misma Fiscalía, en su repetida Circular, se ha preocupado por esta situación contradictoria, preguntándose cuál es el momento en que el penado tiene conocimiento de la sentencia y que marca precisamente el instante iniciador del cómputo para la interposición del recurso: el formal, derivado de la notificación, o el material, resultante de haber conocido por otros medios el penado, el fallo que le condenó en ausencia.

No hay en realidad, y bueno será manifestarlo en medio de tan numerosa crítica adversa, verdadera oposición entre ambos aspectos del texto legal; prueba de ello es la facilidad con que los autores que se han ocupado de este tema han encontrado una solución unánime y armónica.

Ocurre, sencillamente, que el pensamiento del legislador está claro pero, al tratar de expresarlo —y esto es frecuente por falta de preparación jurídica—, no ha sabido hacerlo con la suficiente claridad.

Lo que pretendieron los redactores de la Ley es que el momento para el cómputo del plazo comience desde que el condenado sabe el contenido de la sentencia, no del mero hecho de conocer que contra él existe una resolución condenatoria, y este conocimiento se acredita ante todo, por la notificación.

Sin embargo, si el penado ha adquirido por otros medios la certidumbre

del fallo, dicho momento, de más difícil prueba, será el apto y válido para comenzar a contar los diez días de plazo para instar el recurso de anulación.

Cabe, por lo expuesto, llegar a las siguientes conclusiones:

a.— el plazo para la interposición del recurso inicia su cómputo desde la notificación formal de la sentencia.

b.— el órgano judicial no admitirá a trámite el recurso si se presenta transcurridos diez días desde la notificación formal del fallo condenatorio.

c.— rechazará el recurso si en el iudicium rescindens se prueba que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia con anterioridad.

d.— excepcionalmente, si conocida la sentencia pero no el contenido del fallo el condenado comparece dentro de los diez días, solicitando su notificación, “el plazo se interrumpe y vuelve a contar de nuevo desde la fecha de tal notificación, pues no es dable afirmar en tal caso ni conocimiento de la sentencia ni tampoco actitud torticera o de retraso de la Justicia”<sup>(63)</sup>.

Es preciso, aunque no lo señale de forma expresa el legislador, que la notificación a que se alude ha de ser o realizarse “personalmente”, en contra de la amplitud de fórmula que contiene el artículo 789,4 al que se remite el 793,1; de esta manera aparece una desviación del criterio tradicional que se justifica en este punto, señalan PORTERO, REIG y MARCHENA, “por el tenor literal del mismo precepto que se refiere al condenado que se presente o sea habido, no menos que por las importantes consecuencias que derivan del acto mismo de la notificación”<sup>(64)</sup>.

Posiblemente algunos de los inconvenientes apuntados, o de la aparente confusión, pudieran haberse obviado si el texto legal hubiera seguido la orientación de la REGLA SEXTA de la resolución indicada en el Preámbulo, que expresa que: “la sentencia en ausencia debe notificarse al inculcado según las reglas de la citación, y los plazos del recurso sólo correrán desde el momento en que el condenado tenga conocimiento efectivo de la sentencia notificada, salvo que se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la Justicia”.

#### f.— Efectos del recurso

La sentencia dictada en ausencia del acusado, ya sea en primera instancia,

(63) CONDE PUMPIDU, *ob. cit.*, pág. 230.

(64) Regulado en los artículos 774 y concordantes de la LEC.

bien en la subsiguiente apelación, goza de una relativa firmeza, como reconoce la misma Fiscalía General del Estado:

“Puede decirse que las sentencias dictadas en ausencia del reo tienen su firmeza sometida a una condición resolutoria. Mientras la condición no se dé, la firmeza produce todos sus efectos e, incluso, puede ser ejecutada salvo en lo relativo al cumplimiento de la pena personal.

Pero al darse la condición se resuelve la firmeza, queda sin efecto y hasta puede modificarse su contenido en todo aquello que la nueva sentencia varíe la anterior, con lo que lo ejecutado deberá retrotraerse y quedar sin efecto”.

Innecesario es resaltar que estas notas que acompañan a la sentencia pronunciada en ausencia del acusado provocan una sensible inseguridad jurídica ante la posibilidad de que el juicio celebrado devenga inútil y, sobre todo, despliegan su incertidumbre en lo que se refiere a las indemnizaciones y reparaciones de carácter civil que se hayan acordado en el fallo, ya sea en primera instancia bien en apelación.

Y es que así como la pena personal impuesta no es susceptible de ejecución en el ausente, no ocurre lo propio cuando se trata de dar aplicación a las normas que la Ley Procesal y el Código Penal contienen en lo tocante a los comisos y en lo relativo a la responsabilidad civil.

Tan es así la situación de inseguridad jurídica que se cierne sobre esta materia, nacida de la más que defectuosa redacción legal, que parece preferible a cualquier comentario personal o doctrinal trasladar las palabras que la Circular de la Fiscalía dedica a este delicado punto y que son trasunto fiel del parecer de los autores y reveladoras de las de la dificultad de solucionar muchas de las realidades que pueden presentarse.

“En el paralelo recurso civil de audiencia al rebelde <sup>(64)</sup>, la Ley señala un plazo transcurrido el cual ya no puede ser ejercitado y desaparece la situación de pendencia; igualmente prevé que el demandante que hubiera obtenido sentencia favorable, no puede disponer de las cosas recibidas por la sentencia hasta que transcurra dicho plazo con lo que, al producirse la revocación de la situación jurídica, la restitución de las cosas al rebelde es factible en el mismo proceso, sin graves perjuicios para ninguna de las partes.

Nada de esto se encuentra en el artículo 797,2. No existe límite temporal para el uso del recurso que queda supeditado a la presentación o captura del condenado en ausencia, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la sen-

tencia, ni se prevén medidas o cautelas para evitar los perjuicios que la eventual revocación de la ejecución del fallo de la sentencia anulada pudiera producir”.

“Surge entonces la cuestión de cómo proceder en orden a las indemnizaciones civiles ya satisfechas, a los bienes adjudicados en subasta, a las piezas de convicción y efectos del delito que cayeron en comiso y fueron enajenados en los términos del artículo 48 del Código Penal, etc.”.

“Todas estas cuestiones pueden resolverse en la nueva ejecución de sentencia o han de deferirse a la vía civil, debiendo el reo en ausencia que obtiene la revocación del fallo acudir a dicha vía para conseguir, frente a los perjudicados o terceros adquirentes de los efectos, la restitución de la cosa si procede, conforme a las normas civiles”.

“La cuestión es compleja pues juegan preceptos sobre la irreivindicabilidad de las cosas adquiridas en subasta pública; la tutela de terceros de buena fe en la Ley Hipotecaria, los de prescripción adquisitiva de buena fe con justo título; el artículo 464 del Código Civil y, en fin, una serie de normas privadas tuteladoras del tráfico de muebles e inmuebles cuya complejidad parece conducir a que sean los Tribunales de este orden y no los penales los que resuelvan las cuestiones que, respecto a las situaciones creadas al amparo de la nueva sentencia, puedan surgir”.

Nada cabe añadir a lo señalado que refleje con mayor claridad la gravedad, complejidad y difícil solución de los problemas que en el importante campo de la satisfacción al perjudicado, originan las sentencias dictadas en ausencia del condenado.

#### **VIII. RESUMEN FINAL CRÍTICO**

El Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1988 señala la íntima relación existente entre los artículos 793,I. p.2. y 797; ambos no pueden aplicarse por separado desde el momento en que el juicio en ausencia del acusado puede devenir en una sentencia condenatoria y, para este caso, entra en juego el recurso de anulación concedido al que obtuvo un fallo adverso sin estar presente en el juicio oral.

Parece, pues, procedente, realizar una crítica de estos preceptos por separado para concluir en una visión de conjunto, si bien sentando ante todo la afirmación reiterada por el Tribunal Constitucional:

“La comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se le impone, no un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye” (STC. 87/1984 de 27 de julio).

**1.— El artículo 793,1. p.2.**

El mencionado precepto ofrece a la consideración del procesalista defectos de monta que se han ido exponiendo a través del examen del texto legal.

Sólo a título de recordatorio, cabe señalar: la inseguridad jurídica dimanante de la forma de las citaciones admitidas por la Ley; las dificultades para la valoración de la ausencia injustificada; las dudas acerca de qué órganos judiciales pueden conocer del pleito en ausencia, con las dificultades así originadas en la práctica; la situación de la defensa, simple espectadora en el debate sobre continuación o no del procedimiento; el olvido en la mención de los recursos que pueden interponerse, en tal caso, por y contra las resoluciones que se pronuncien por el Juez o Tribunal, por citar únicamente los aspectos negativos más destacados de una regulación legal carente de sistemática, claridad y sentido jurídico, con su secuela de vacíos normativos productores de dudas y vacilaciones.

Bajo tres puntos de vista debe enfocarse el artículo en cuestión, a fin de llegar con la mayor fidelidad a un resumen objetivo e imparcial:

a.— Desde el plano de los principios informadores del Derecho Procesal, el artículo 793,1. p.2. supone una postura frontalmente contraria a los fundamentos clásicos de nuestro ordenamiento procesal penal:

desaparece el buscado equilibrio entre acusación y defensa, dando primacía a los intereses del Estado y sacrificando a él los del individuo. Quiérase o no, la ausencia del acusado disminuye sus posibilidades de lucha.

la finalidad de la pena, cuyo éxito radica en “seguir de cerca a la culpabilidad para su debida ejemplaridad”, queda relegada al olvido por simple imposibilidad física de aplicación.

el deseo, también reflejado en la Ley de Enjuiciamiento, de convertir el juicio oral en piedra angular del proceso penal, y que se reafirma en el procedimiento abreviado, no será posible de lograr desde el momento en que el acusado no estará presente en esta fase decisiva.

por idénticas razones, los principios básicos de inmediación, contradicción y oralidad, carecerán de aplicación.

b.— Atendiendo a las consecuencias prácticas del juicio en ausencia, bien puede decirse que sus ventajas pasan desapercibidas; por el contrario:

pierde toda su eficacia la sanción penal en su triple aspecto de castigo, reinserción del delincuente y satisfacción de la alarma social.

no cabe acudir al expediente de la conformidad, que la citada Circular de la Fiscalía alienta y promueve, pues supondría una mayor facilidad para el desenlace del proceso. La ausencia del acusado lo hace impracticable.

por lo mismo, tampoco podrá entrar en juego el instituto de la remisión condicional, instrumento que se ha revelado apto e idóneo para la consecución de la doble finalidad de protección del delincuente primario y resarcimiento de los perjudicados.

c.— Desde una perspectiva constitucional, el artículo 793,1 es objeto de serios reparos:

el principio de igualdad ante la Ley puede devenir conculcado al sancionar el precepto que se comenta el absurdo de conceder mayores medios de impugnación al condenado en ausencia, frente al que se somete desde un principio a la jurisdicción del Tribunal.

la tutela judicial, con el acompañamiento de derechos que contempla el artículo 24 de la Constitución, no sale airosa por la celebración del juicio en ausencia; de modo particular, la interdicción de la indefensión y el derecho a ser informado de la acusación se resienten por el enjuiciamiento sin la presencia del acusado.

## **2.— El artículo 797**

Lamentablemente el juicio crítico de esta institución marcha paralelo a las consideraciones vertidas a propósito del artículo 793,1.

Dejando a un lado las divergencias doctrinales surgidas en torno a la naturaleza del recurso de nuevo cuño introducido por la reforma de 1988, nacen del texto legal una serie de problemas y cuestiones, ciertamente no de escasa trascendencia y respecto de cuya solución el legislador ha pasado olímpicamente.

Así, no está resuelta la problemática acerca de qué tipo de sentencias son susceptibles de acogerse a este novedoso medio de impugnación; es inconcebible el olvido del tercero civil responsable, apartado sin explicación alguna del

ámbito de este recurso; guarda silencio la Ley en torno a los órganos competentes para conocer de la anulación de las sentencias dictadas en ausencia, de los motivos de impugnación y del procedimiento a seguir en cada caso; puede inducir a confusión la determinación del momento a partir del cual se inicia el cómputo para la interposición del recurso; se pregunta la doctrina si a continuación de la anulación podrá interponerse algún otro recurso y, por último, los perjudicados por el delito que, milagrosamente, han sido resarcidos o indemnizados, ven en precario las cantidades recibidas o las cosas restituidas, creándose con ello un clima de inseguridad jurídica, insostenible en un Estado de Derecho.

Cuando los factores de un producto son negativos, difícil es que el resultado sea distinto, salvo para devenir a peor, y esto es lo ocurrido con los artículos de referencia. Malo fue permitir la celebración del juicio en ausencia, pero más penoso ha sido el remedio aportado por los redactores de la Ley 7/88.

#### IX. CONCLUSIONES

Aunque los frutos de la reforma legislativa se hayan hecho merecedores de una crítica negativa, ésta debe ir acompañada de la debida aportación de soluciones; es fácil censurar sin presentar una construcción positiva que remedie el caos legislativo.

Es necesario, y con carácter urgente, una modificación en profundidad de los artículos 793,1. p.2. y 797, cuando no una derogación de los mismos, que sería quizá lo procedente en razón de los múltiples defectos que en ellos se aprecian.

Mas, de no optarse por esta solución radical, la devolución a nuestro Derecho Procesal Penal de su fisonomía tradicional —con lo que lleva de respeto a los derechos del individuo y el mantenimiento de la seguridad jurídica imprescindible—, pasa por estos cambios:

1.— Admitir el juicio en ausencia para delitos señalados con penas de menor duración, como podría ser de hasta seis meses de privación de libertad y teniendo en consideración no la sanción solicitada, sino la asignada al tipo delictivo, con lo que quedaría reducida la posibilidad legal a causas cuyo conocimiento correspondería a los Jueces de lo Penal.

Con ello se lograría el enjuiciamiento sin la presencia del acusado para infracciones de menor gravedad, como expresa el Preámbulo de la Ley.

2.— Exigir la citación personal como requisito indispensable para el enjuiciamiento, al ser la única forma segura de hacer llegar a conocimiento del imputado la acusación que contra él existe, y siendo el momento más lógico para ello darle traslado cuando las partes acusadoras formulen su escrito en tal sentido; no sería desdeñable la idea de hacer comparecer al acusado en el Juzgado para cumplir el trámite de la notificación.

3.— Suprimir, no obstante los inconvenientes de índole constitucional, el recurso de anulación, que se ha revelado como fuente de inseguridad e incertidumbre jurídicas; se evitaría que la Justicia quedara paralizada en función de la voluntad del condenado al tiempo que tampoco los perjudicados resarcidos se verían abocados a una situación de pendencia derivada de la interposición de un recurso, siempre en base del libre arbitrio del ausente.

Como mal menor, debería marcarse un plazo, concreto y breve, para la interposición transcurrido el cual devendría firme la sentencia dictada en ausencia, y con indicación clara del órgano ante quien recurrir, de los motivos y del procedimiento.

4.— En esta línea de admisión, adoptar las medidas precisas para garantizar la situación de los perjudicados que hubieran sido resarcidos en el fallo dictado en ausencia.

Posiblemente estas conclusiones —por supuesto puramente personales—, pudieran en algún punto parecer excesivas, sobre todo en lo tocante a la supresión de los artículos de referencia, mas es bueno indicar que la doctrina patria se ha mostrado igualmente rigurosa con este sistema legal.

Opina ARAGONESES <sup>(65)</sup> que “es preocupante que una reforma legal tan significativa como la operada por la Ley 7/88 ofrezca un resultado tan desolador por falta de sistemática en la ordenación normativa y vacíos legales, en materia tan específica como la ausencia del acusado”, y CORTÉS DOMÍNGUEZ considera que “sólo razones de dudosa economía procesal pueden justificar la existencia de las normas examinadas”, añadiendo que “la práctica dirá, a la vista del juego de los artículos 793,1 y 797, si no se ha escogido un sistema procesalmente mucho más caro en medios y tiempo, y mucho menos eficaz en la práctica.” <sup>(66)</sup>.

(65) *Ob. cit.*, pág. 29.

(66) *Ob. cit.*, pág. 248.

Para CALVO SÁNCHEZ, “parece evidente que en materia de la regulación de la ausencia no sólo hemos retrocedido respecto de la legislación anterior, sino que nos estamos alejando de posiciones más moderadas y modernas” y RIVES SENA, en similar sentido, reprocha a la Ley la parquedad de la regulación “al haber dejado todo o casi todo a la improvisación, lo que es en extremo censurable”<sup>(67)</sup>.

Como resumen final, puede afirmarse con PORTERO, REIG y MARCHE-NA que “una hábil utilización del recurso de nulidad que la Ley concede al condenado en ausencia puede conducir, en la práctica, a una exasperante dilación del proceso penal, opuesta a los principios constitucionales que informan aquél. De ahí que buena parte del éxito o del fracaso, no ya del proceso abreviado sino del propio sistema de justicia penal va a depender, en buena medida, de la creatividad interpretativa de que sean capaces los Tribunales a la hora de aproximarse a las normas reguladoras de tan controvertido recurso”<sup>(68)</sup>.

En cualquier caso lo que sí se muestra evidente es que la doble finalidad perseguida por la Ley —evitar inútiles dilaciones y proteger a las víctimas del delito—, está muy lejos de conseguirse a través de los artículos que, en aras de estas aspiraciones, instrumentó la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre.

(67) CALVO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Carmen, *ob. cit.*, pág. 24. RIVES SENA, Antonio. *Ob. cit.*, pág. 66.

(68) *Ob. cit.*, pág. 105.

# LA PROTECCIÓN DEL HONOR: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, PENAL Y CIVIL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

**MANUEL ESPINOSA LABELLA**  
MAGISTRADO

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DEL HONOR.
- II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HONOR:
  - A) PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.
  - B) PROTECCIÓN PENAL:
    - 1. Tipicidad.
    - 2. Antijuricidad.
    - 3. Culpabilidad.
    - 4. Punibilidad.

### C) PROTECCIÓN CIVIL:

1. Derecho comparado.
2. La problemática de la regulación conjunta del honor, la intimidad y la propia imagen.
3. La prejudicialidad penal.
4. Caracteres del derecho al honor que tutela la Ley Orgánica 1/1982.
5. Examen de los supuestos de intromisión ilegítima.
6. El problema de la exceptio veritatis en los ilícitos civiles que atenten contra el honor.
7. Legitimación para ejercitar las acciones civiles contra los autores de intromisiones ilegítimas.
8. Procedimientos para hacer efectiva la tutela judicial.
9. Medidas cautelares tendentes a evitar más intromisiones y proteger al perjudicado.

### III. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN:

1. La solución al conflicto en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona.
2. La solución al conflicto en el Derecho español.
3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

### IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE AUTORIDADES, POLÍTICOS Y CARGOS PÚBLICOS.

### V. LA ELECCIÓN DE LA VÍA MÁS ADECUADA.

### VI. LA INDEMNIZACIÓN POR LESIÓN DEL HONOR.

### VII. CONCLUSIONES.

Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DEL HONOR

El estudio del honor en nuestro Ordenamiento jurídico requiere una valoración sobre el propio concepto del honor, pues este bien jurídico no siempre ha tenido la misma consideración a lo largo de nuestra historia. Desde el honor como bien justificador de causas propias como ajenas, que permite la motivación de una existencia conforme a formas de vida medievales y quijotescas, pasando por el honor calderoniano que lo entiende como patrimonio del alma, hasta el honor como derecho fundamental de la persona, se ha producido una evolución que lógicamente tiene que influir en la regulación normativa de aquél.

Por tanto una de las primeras tareas que se imponen al estudiar este derecho es definir lo que es el honor. Siguiendo a Muñoz Conde en su tratado de Derecho Penal<sup>(1)</sup> se pueden distinguir dos tipos de conceptos, el honor individual o subjetivo, entendido como lo que cree un sujeto que opinan de él los demás, y el honor objetivo o lo que realmente opinan los demás de uno. Para el citado autor lo objetivo conduce a lo subjetivo, de modo que exijo lo que creo que opinan los demás, aunque finalmente domine lo subjetivo como lo acreditan las normas procesales incluidas en el C. Penal (necesidad en principio de querella, validez del perdón del ofendido...).

Para Quintero Olivares<sup>(2)</sup> el derecho al honor viene marcado desde un punto de vista conceptual por las palabras que configuran los tipos penales que se ocupan de la protección del honor en este ámbito, de modo que el honor aparece como lo contrario a la deshonra, descrédito o menosprecio, fórmulas procedentes del siglo XIX —según el citado autor— y no válidas actualmente tras la promulgación de la Constitución de 1978. Además el honor se encuentra incluido dentro del concepto más amplio de dignidad, que puede ser atacada sin necesidad de atentarse contra el honor de una persona y éste se presenta como la cristalización personalísima de aquel valor fundamental del ordenamiento jurídico y de la convivencia.

Nos encontramos, pues, con que el concepto del honor va unido a las circunstancias históricas y a los valores dominantes en una sociedad. Por ello ese sentimiento tradicional en la humanidad se ha convertido con el reconocimiento

(1) Muñoz Conde, Francisco *Derecho Penal-Parte especial*, Sevilla. 1982. pág. 97.

(2) Quintero Olivares, Gonzalo: "La intervención del derecho penal en la protección del honor", en *Poder Judicial*. N.E. XIII. pág. 65.

progresivo de la dignidad del hombre en un derecho de la personalidad recogido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 12, y en diversos textos constitucionales. Así por ejemplo la Constitución de Bulgaria (1971) dice en su art. 50 que todo ciudadano tiene derecho a ser protegido contra todo atentado a su honor y a su reputación. La Constitución de Portugal (1976) reconoce en su art. 33 a todos el derecho al buen nombre y reputación y la de Irlanda (1937) matiza en su art. 40 que “el Estado protegerá con sus leyes en la medida de lo posible ... el buen nombre... del ciudadano frente a todo ataque injustificado”. A pesar de los anteriores ejemplos lo cierto es que, como señala Zubiri de Salinas, aunque el derecho al honor está universalmente reconocido, sin embargo no ha tenido por lo general expresa consagración universal en el ámbito constitucional, lo que se comprueba examinando los textos de la Leyes fundamentales de gran parte de los países occidentales<sup>(3)</sup>.

En nuestro Derecho la Constitución de 1978 le otorga el rango de derecho fundamental (art. 18) y le otorga la importancia de ser uno de los límites de la libertad de expresión, cosa que no sucede en otros textos fundamentales, cuestión que trataremos más adelante.

En los códigos que resultan de la corriente codificadora del pasado siglo, el honor, sin embargo, se encuentra olvidado en el Código Civil (por no haberse plasmado las teorías sobre los derechos de la personalidad, construida por la doctrina), y protegido en el C. Penal con una regulación que la doctrina en general considera defectuosa (por ejem. Quintero Olivares, García de Pablos, Pablo Salvador, entre otros). La razón no puede ser otra que la evolución social del concepto del honor y su valoración, unida a la necesidad de adaptar la legislación penal a los valores dominantes en la sociedad actual. Téngase en cuenta, además, que la teoría del derecho al honor ha ido destilando la conceptualización del mismo hasta diseccionar a este bien jurídico (véase el caso de la obra de Sáinz Cantero *El contenido sustancial del delito de injurias*).

Ahora el honor no es un bien individual sino que hay que considerarlo (como sucede con la mayoría de los derechos) en relación con los demás miembros de la sociedad. Ya no se trata sólo de reclamar que se proteja mi honor, o mejor dicho, la idea que yo tengo sobre el mismo, sino de relacionar lo anterior con la conceptualización que los demás tienen de mi, que sin duda influye en mi propia idea del honor, y hasta qué punto la sociedad puede entender que

(3) Zubiri de Salinas: *Libertad de expresión y derecho penal*. Madrid. 1985. (Publicaciones del Inst. de Criminología-con otros autores).

ese derecho individual ha sido lesionado. A diferencia del honor calderoniano este bien jurídico ya no es defendible individualmente (aunque se deje el inicio y continuación de su defensa a los particulares por vía judicial) sino que su protección se encuentra condicionada por la valoración media que la sociedad otorgue a esta faceta de la dignidad. Por otra parte, es posible que la sociedad considere en determinados momentos que este derecho de la personalidad se tenga que sacrificar en beneficio de bienes jurídicos colectivos, como veremos más adelante. Entiendo que la plasmación de esas valoraciones sociales medias se produce a través de los estados de opinión, que a su vez influyen en los encargados por el Estado de proteger, frente a ataques de terceros, el honor de las personas, o sea, los jueces.

Para concluir se puede afirmar que jurídicamente aparece desfasada la definición que nos ofrece el diccionario sobre el honor: “gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas”, de claro matiz subjetivo e individualista.

Me atrevería a definir a este bien jurídico, con arreglo a lo expuesto anteriormente, como el derecho que tiene toda persona a que se respete su reputación y se le proteja frente a los ataques de terceros que merezcan esa consideración en la valoración social.

En cualquier caso, no se puede olvidar la trascendencia que el tema del honor y su protección tienen hoy día en la sociedad y en los medios de comunicación de masas, en donde periódicamente están apareciendo casos sonados de supuestas lesiones al buen nombre de personajes más o menos públicos (por ejem. el caso de la *Gaceta Regional* de Salamanca, en donde se acusaba —14 de Octubre 1984— a la esposa de un militante de un partido político de conseguir un puesto de trabajo gracias a las influencias de su marido: “de la nada a las 800.000 pts. mensuales”. “Hay esposas consorte, con verdadera sorte”. “Venga impuestos para sostener tal cantidad de enchufes”. Este caso fue resuelto por la vía civil por la Audiencia Territorial de Valladolid, que revocando la sentencia de primera instancia, otorgó una indemnización de 500.000 pts. a los demandantes, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo —citada por Pablo Salvador y otros<sup>(4)</sup>. Quizás de los asuntos más sonados fue la sentencia dictada por el T. Supremo con motivo de las controvertidas palabras del Alcalde de Jerez de la Frontera sobre la Justicia, pasando por la serie

(4) Pablo Salvador, M.T. Castiñeira, D. Felipe y otros en *¿Qué es difamar?. Libelo contra Ley de Libelo*. Civitas. 1987.

de querellas interpuestas por el Fiscal General del Estado contra varios medios de comunicación por las críticas políticas vertidas por varios periodistas y que fueron mayoritariamente desestimadas cuando no admitidas a trámite, y terminando por la Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se absolvía al periodista Juan Luis Cebrián por llamar a una persona de “exaltado e irascible”, mientras que en otra sentencia del mismo tribunal se condenaba al también periodista Pedro J. Ramírez por haber llamado a la misma persona “cachondo mental y maleducado” (ABC, 24-II-1990). Como se ve el honor ha dado origen a verdaderos ríos de tinta, sobre todo en medios periodísticos a través de la crítica política, la noticia sensacionalista o la llamada “prensa del corazón”, habiéndose planteado menos casos a través de los medios de comunicación oficiales en los últimos años, quizás por su propia naturaleza y brevedad informativa, y por los propios medios de depuración del sistema (piénsese el caso del presentador de un programa televisivo que fue destituido de su puesto por considerarse que se habían producido intromisiones en la vida privada de ciertos personajes públicos).

No puedo cerrar esta introducción sin hacer mención a la influencia que la jurisprudencia americana (E.U.A.) ha ejercido sobre la propia doctrina española y, a través de ella, sobre nuestra jurisprudencia, bastando ahora con señalar el caso de *New York Times v. Sullivan* (1964) y que constituye una de las sentencias más citadas en nuestra cultura, en palabras de Pablo Salvador y otros, y en la que se inicia la teoría de la inversión de la carga de la prueba cuando se trata de ataques o difamaciones dirigidas contra cargos públicos, cuestión que analizaremos con más detalle en otro lugar de este trabajo. Pero no sólo la jurisprudencia norteamericana ha influido sobre la praxis judicial española, también nuestra pertenencia al marco europeo determina la influencia de instituciones supranacionales, como la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, cuya jurisprudencia sobre la libertad de expresión y los límites a la misma ha influido sin duda en la elaboración de las actuales teorías sobre el tema (sentencias *Hadyside*, de 7 de Diciembre 1976, *Sunday Times*, 26 de Abril 1989, *Barthold*, 25 de Marzo 1985,... etc.), citadas por Clemente Auger<sup>(5)</sup> y referidas a la libertad de expresión y sus límites, de modo que se entiende —según señala el citado autor— la libertad de expresión y de información como el principio general y los límites y restricciones las excepciones a aquel principio.

(5) Clemente Auger Liñán: “La protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y la propia imagen”, *P. Judicial*. N.E. XIII.

## II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HONOR

Al hablar de protección jurídica de este derecho de la personalidad me refiero al derecho de toda persona a la tutela judicial de éste cuando se produce una lesión o ataque por parte de personas físicas o jurídicas, el Estado o sus organismos. No obstante, para que se produzca esa tutela es necesaria la proclamación teórica del derecho en un texto legal y los medios necesarios para la efectividad de ese derecho, en este caso, para su protección, o medios para la acción o defensa del derecho ante los órganos destinados al efecto, y al haber desaparecido de nuestro derecho los llamados tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26 de la Constitución), normalmente serán los Tribunales de justicia los encargados de otorgar la tutela efectiva. En consecuencia existe una protección en el ámbito del derecho sustantivo y del procesal, y a su vez dentro del primero podemos distinguir una protección penal y civil.

### A) PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

El art. 18 de la C.E. garantiza el derecho al honor junto al derecho a la intimidad, diferenciándolos claramente. No se olvide que en la doctrina alemana —como señala Aurelia M. Moreno— durante mucho tiempo el derecho a la intimidad se trató conjuntamente con el derecho al honor y se confundió con él. Sin embargo, como señala la citada autora<sup>(6)</sup>, honor e intimidad son dos bienes distintos, aunque una misma acción puede lesionar los dos al mismo tiempo. El honor es el derecho a ser respetado. El derecho a la vida privada es el derecho a la salvaguardia de toda injerencia ajena.

También menciona la C.E.<sup>(7)</sup> al honor al tratar de la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas u opiniones, y al tratar de la libertad de información, (arts. 20 1.a) y d) de la C.E.) otorgándole la importante misión de ser un límite a estos derechos. Consecuentemente se originan tensiones entre aquellos derechos fundamentales y el derecho al honor al encontrarse este limitado para ser un límite o freno de la libertad de expresión e información, problemática que analizaremos en su momento.

(6) Aurelia M. Romero Coloma: *Los bienes y derechos de la personalidad*. Trivium, 1985. págs. 57 y ss.

(7) Constitución Española.

Sobre el reconocimiento del derecho al honor en los textos constitucionales de otros países se puede afirmar con Zubiri de Salinas, —obra citada— que son pocos los países que reconocen este bien jurídico de una forma expresa. En este sentido se puede afirmar que la Constitución española se encuadra en los textos fundamentales más modernos adonde ha tenido entrada la consideración del honor como derecho de la personalidad de carácter fundamental, equiparado a la dignidad y que se otorga a toda persona por el hecho de serlo, sin que ningún texto constitucional en la historia de nuestro país le otorgase dicho rango. Tan sólo en *Las Partidas* se hablaba de deshonra punible y no punible, al regular las injurias, (A.M. Romero, obra citada), de donde emana sin duda la regulación de los códigos penales del siglo XIX.

Pero también la Constitución consagra una protección de este derecho fundamental en un sentido procesal o adjetivo al establecer en su art. 53.2 un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el T. Constitucional, como medios de defensa de los derechos fundamentales, como es el honor. Hoy día este procedimiento ante los Tribunales de Justicia se ha desarrollado en la Ley 62/1978 de 26 de Diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, aunque como señala O'Callaghan<sup>(8)</sup> esta Ley, al ser preconstitucional, no se elaboró lógicamente para desarrollar el citado artículo, por razones obvias, y por eso el R. Decreto legislativo de 20 de Febrero de 1979 amplía los derechos en el art. 1-2, de la citada Ley.

Pero además de la protección ordinaria en vía judicial, existe la posibilidad del recurso de amparo, desarrollada por la L.O. del T. Constitucional de 3 de octubre de 1979, que prevé el citado recurso sólo para las violaciones de los derechos fundamentales efectuadas por los poderes públicos. Pero como señala el citado autor, la limitación al recurso de amparo para las lesiones a derechos fundamenales de particulares se ha obviado mediante la ficción creada por dicho Tribunal, de que el objeto del recurso de amparo no es la lesión proveniente del particular, sino la lesión impugnada que no dio lugar a aquella demanda en que se reclamaba responsabilidad por la lesión de un derecho fundamental. En el mismo sentido se pronuncia Clemente Auger (trabajo citado), quien afirma que cuando los bienes de la personalidad son violados por particulares, no cabe recurso de amparo ante el T.C., argumentando en favor de su tesis lo siguiente:

(8) Javier O'Callaghan Muñoz: "El recurso preferente y sumario del artículo 53 de la Constitución". *Poder Judicial*. N.E. VI.

— Es coherente con lo que el recurso de amparo ha venido significando a lo largo del tiempo.

— Se corresponde con el pensamiento de muy prestigiosos juristas extranjeros.

— Tiene claro respaldo en nuestras leyes.

— Es sostenida, en fin, por la práctica totalidad de la doctrina española.

Sin embargo el T.C. ha estimado el recurso de amparo en casos en que se llegó a ventilar no la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la sentencia, sino también la adecuación o inadecuación de la aplicación de la norma positiva (como por ejem. —según el referido magistrado— sucedió en el caso de muerte de Paquirri en la enfermería de Pozoblanco).

La Ley de Protección Jurisdiccional que analizamos *otorga una triple protección*, ante la jurisdicción civil, penal y contenciosa-administrativa.

En la *protección civil* podemos señalar con O'Callaghan como datos de mayor interés la necesidad de este recurso con carácter previo al recurso de amparo, su naturaleza sumaria y preferente que se traduce en la vía de los incidentes con algunas modificaciones y prioridad ante otros procedimientos del órgano judicial (?) (—¡bastaría con que se cumpliesen los plazos!—).

La *protección penal* tiene especial interés para nosotros porque además de la preferencia y sumariedad y remisión a las normas de la L.E. Criminal, introduce importantes modificaciones en el tratamiento procesal de los delitos de injurias y calumnia, bastando en los casos de cometerse el delito escrito y con publicidad, o ante un grupo de personas, denuncia del ofendido o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación; además se otorga relevancia al perdón del ofendido, y se extiende lo anterior a las injurias constitutivas de falta (art. 4). En cuanto al procedimiento a seguir, la creación del llamado procedimiento abreviado no impide aplicar las normas del Sumario ordinario en base al art. 779 de la L.E.Cr. en su redacción dada por la Ley 7/1988 de 28-XII-1988 en donde se dice: “Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales..”, lo que entiendo otorga vigencia a los procedimientos de los arts. 804 y ss. de la L.E.Cr.

Finalmente la *protección contenciosa-administrativa* supone una lesión de alguno de los derechos fundamentales legalmente recogidos en el R.Decreto de 1979 y los ya contemplados en la Ley de 1978, incluyéndose por tanto el honor.

Como notas características podemos indicar: se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto expreso impugnado, o a los veinte días desde la solicitud del interesado, sin necesidad de denuncia de la mora y pudiendo pedirse en el escrito de interposición del recurso la suspensión del acto administrativo impugnado, que se acordará por la Sala salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Como ha señalado la Sentencia del T.C. de 20 de febrero de 1984, pueden utilizarse simultáneamente el proceso de la Ley 62/78 y el ordinario.

### B. PROTECCIÓN PENAL

Las normas sustantivas se recogen en los artículos 453 y ss. del C. Penal, en el título X del Libro II, bajo el epígrafe “De los delitos contra el honor”. No se pretende aquí hacer un estudio pormenorizado de los delitos de injurias y calumnias, sino en cuanto suponen una lesión del honor de las personas y la trascendencia que hoy día tienen estos ataques en nuestra sociedad. No obstante seguiré la tradicional disección del hecho delictivo conforme a la teoría analítica del delito (Beling, Mezguer).

1. *Tipicidad*.— Lo primero que resalta de los tipos penales, como corresponde a la antigüedad de nuestro Código, es la utilización de una terminología en cierto modo arcaica y desfasada que ha seguido manteniendo el concepto de honor que inspiraba la regulación de las injurias y las calumnias en el Fuero Real, el Fuero Juzgo y Las Partidas, de modo que la calumnia es la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a un procedimiento de oficio (art. 453 del C.P.), y la injuria es toda acción ejecutada o expresión proferida en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona (art. 457). Para Muñoz Conde y otros la calumnia sería un caso específico de injuria: se imputa un delito y con ello se atenta a la reputación de la persona.

Como consideraciones críticas a la actual normativa se podrían referir, siguiendo a Quintero Olivares (trabajo citado, supra) las siguientes:

a) La definición legal de la injuria procede del siglo XIX y responde a un concepto de la dignidad distinto del concepto democrático que debería tener, según el citado profesor.

b) Hay un predominio de la concepción subjetiva del honor, como se aprecia en el art. 458-2º del C.P., “imputación de falta de moralidad cuya consecuencia pueda perjudicar el interés del agraviado”, como modalidad de injuria grave.

Otras veces se atiende a criterios objetivos pero sin atender al principio de igualdad de las personas ante la ley. Así sucede en el art. 458 del C.P. cuando permite al juzgador calificar las injurias como graves atendiendo a la "dignidad y circunstancias del ofensor y del ofendido".

c) La existencia de la Ley Orgánica 1/1982, o protección civil del honor, evidencia que la regulación penal debió parecer insuficiente al legislador una vez que se promulgó la Constitución, pero yo entiendo que no sólo la variación del concepto del honor en la sociedad influyó en la innovación legislativa, sino también los cambios introducidos en esa sociedad moderna por la proliferación de los medios de comunicación de masas y los debates políticos consustanciales al régimen democrático, en donde la libertad de expresión y de información adquieren una especial importancia.

Mención especial merece la necesaria referencia al sujeto activo y pasivo del delito puesto que influye en la tipicidad. En efecto, si el sujeto activo es una autoridad y el pasivo tiene el mismo carácter, alguna sentencia ha entendido que no se puede cometer el delito de desacato, entendido como una modalidad de la injurias y las calumnias (SS. T. Supremo 12 de Junio de 1889, 28 de Octubre de 1930 y 29-XII-1969, entre otras ver —C.P. comentado, Aranzadi—).

El sujeto pasivo reviste especial interés en cuanto que puede ser el Jefe del Estado, (Cap. I del Título II del C.P.) o los altos Organismos de la Nación (Sec. II del citado capítulo) o bien la Autoridad, sus agentes u otros funcionarios públicos (Cap. VIII del Título II del L. II del C. Penal), planteándose aquí la controversia sobre la subsistencia en un futuro código penal de estos tipos específicos por el carácter del sujeto pasivo. La mayoría de la doctrina es contraria a la subsistencia de estos tipos penales, partiendo incluso de la idea de considerarlos como protectores del sistema político dominante y del principio de autoridad<sup>(9)</sup>.

Para finalizar el tema del sujeto pasivo, dos referencias a las personas fallecidas y a las jurídicas.

(9) En esta materia parece oscilar la doctrina desde planteamientos huidizos de un régimen autoritario, solicitando una supresión del "privilegio", en cuanto tienen estos tipos una connotación poco democrática —Quintano Olivares, Ruiz Vadillo...— hasta afirmarse que no por el hecho de tener un cargo público se debe renunciar a la dignidad y al honor, o que al menos deberían reducirse las penas para estos delitos. Para Muñoz Conde (obr. cit.) no debe entenderse que estas faltas de respeto que se realizan a través de la injuria, la calumnia o la amenaza, son simples cualificaciones de estos delitos comunes en razón del sujeto pasivo afectado, pues el bien jurídico atacado no es el mismo; en el desacato se produce un ataque moral al principio de autoridad, así como el atentado supone un ataque material a ese principio. Sin embargo considera que hay algo sospechoso en la subsistencia de estos tipos penales.

Los difuntos en sí no pueden considerarse sujetos pasivos de injurias y calumnias sino los familiares en cuanto trascienda a ellos la afrenta (Pacheco, C. Penal concordado y comentado, Madrid 1948-49) pues el vivo tendrá por sí un derecho propio. Como fundamento de lo anterior se encuentra el art. 466 de la L.E.Cr., el cual otorga la acción al heredero en todo caso, haya o no trascendido a él la calumnia o la injuria, lo que parece dar a entender que el honor del difunto constituye un bien de la personalidad que se incluye en el caudal hereditario.

Las personas jurídicas tampoco pueden ser objeto del delito de injurias o calumnias, sino tan sólo en la medida en que trasciende el ilícito a los individuos que las dirigen o representan (St. T.S. 9-XII-1919 y 12-VI-1929) —citadas por A.M. Moreno, obr. citada—. Para Pablo Salvador y otros —obr. citada— las personas jurídicas carecen de reputación o de intimidad, especificando la C.E. la intimidad como personal y familiar, aunque no así el honor, que podrá ser tutelado en cuanto se ataquen las finalidades legalmente permitidas y estatutariamente asumidas por el ente y los medios u organización para conseguirlos (pág. 40). Por el contrario, Eduardo Estrada<sup>(10)</sup> entiende que la atribución del derecho al honor de las personas jurídicas se encuentra lejos de la concepción normativa y es exclusivo de la dignidad humana, por lo que las lesiones a su dignidad deben repararse por la vía del 1.902 del C. Civil, sin perjuicio de que las personas físicas, en cuanto componentes de personas jurídicas, puedan sentirse menospreciadas en su honor individual.

La Jurisprudencia actual confirma lo anterior a partir de la sentencia del T. Constitucional de Junio de 1988 a propósito de unas injurias graves vertidas contra clases del Estado, en concreto, los jueces. Según esta sentencia, luego seguida por el T. Supremo en las Salas 1ª y 2ª, es inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, de las que hay que hablar de dignidad, prestigio o autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor... y por ello en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública. En la misma línea, la sentencia del T. Constitucional de 22 de febrero de 1989.

(10) Eduardo Estrada Alonso: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en *P. Judicial*. N.E. 13. págs. 101 y ss.

En mi opinión estos planteamientos jurisprudenciales suponen un desprecio al honor de las personas que componen el grupo o clase (por ejemplo colegios profesionales, asociaciones, etc...), que individualmente pueden sentirse tan afectadas con estos ataques como lo estarían si la ofensa fuera individual, en cuanto trascienda al trabajo desempeñado por las mismas en favor del órgano, colectivo, institución o clase del Estado, constituyendo en muchos casos el prestigio y el honor de su profesión su único patrimonio personal. Pero es que además, estos planteamientos repercuten en las propias instituciones políticas que posibilitan un régimen democrático al derivarse un desprestigio, en cuanto se subordina aquél a la libertad de opinión o de expresión.

Volveremos a analizar este tema al tratar del honor de los cargos públicos, políticos y autoridades, y la colisión con la libertad de expresión y de información, bastando aquí mencionar la querella interpuesta por el Fiscal General del Estado contra un famoso humorista, que en un chiste editado en un periódico de difusión nacional, calificó al T. Constitucional como Tribunal prostitucional. La querella fue desestimada en base a los propios razonamientos jurídicos del maltratado tribunal<sup>(11)</sup>.

2. *Antijuricidad*.— La conducta del sujeto activo de la injuria o calumnia debe ser contraria al tipo penal, a la norma jurídica, y no estar justificada. No se trata aquí de analizar si se debe dar el *animus iniuriandi*, elemento subjetivo del tipo que incide en la culpabilidad, ni tampoco si es posible la comisión culposa de estos delitos, negada por la mayoría de la doctrina.

La concurrencia de una causa de justificación no afecta a la culpabilidad, a no ser que admitamos la teoría de los elementos negativos del tipo. Cuando concurren otros *animus* como el *criticandi*, el *narrandi*, el *retorquendi*, el *iocandi*, etc..., se puede eliminar la culpabilidad. Cuando concurren causas de justificación, se elimina la ilicitud de la conducta. (La admisión del *animus retorquendi* ha sido rechazada por Ignacio Berdugo, y en general la mayoría de la doctrina). La cuestión ha sido tratada con profundidad por el último de los autores citados<sup>(12)</sup> al analizar las causas de justificación en los delitos contra el honor, partiendo de la existencia en nuestro derecho de los elementos negativos del tipo, de modo que "si el tipo es la exteriorización de aquellos comportamientos que quieren ser evitados por el legislador, es coherente con esta idea suprimir la distinción entre no prohibido y prohibido pero permitido, en particular

(11) Véase Auto del Juzgado Central Nº5 de 5 de Marzo de 1990.

(12) *Honor y libertad de expresión*. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Tecnos. 1987.

si se tiene en cuenta que, en este último caso, no se trata de que una acción concreta deje de estar prohibida, sino de que toda acción que realiza el supuesto de hecho abstractamente descrito de una causa de justificación deja de estar prohibida". Partiendo de esta base estudia la legítima defensa, el consentimiento, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho, como concretas causas de justificación.

En particular la legítima defensa ha quedado poco perfilada en la jurisprudencia en los casos de lesiones al honor por la frecuencia con que el T. Supremo ha aplicado la teoría del *animus retorquendi* en el delito de injurias, como uno de los elementos que desplazan el *animus injuriandi*, por lo que según Berdugo (obra citada) se centra el problema en el elemento subjetivo del injusto que requiere este delito, en vez de hacerlo dentro de la antijuricidad, como un caso de legítima defensa, pues en cuanto la agresión ha cesado si se injuria a la otra persona se comete otro delito autónomo, pues el *animus retorquendi* no es excluyente del *animus injuriandi* sino complementario. En consecuencia se admite la posibilidad de la legítima defensa del honor como medio de protección de la persona agraviada que no se resigna a ser la víctima del delito (o la falta), si bien se requiere la actualidad de la agresión (si ésta se produce al finalizar el ataque, estaríamos ante un caso de retorsión); además, la necesidad del medio utilizado para la defensa del honor restringe la intensidad de la respuesta. Quizás la solución, como señala Berdugo, estaría en un precepto similar al art. 199 del C. Penal alemán que excluye la punición por parte del Juez en los casos de injurias mutuas.

En cuanto al estado de necesidad parece de difícil aplicación a los delitos contra el honor, sí en cambio el consentimiento que puede operar como causa de justificación en cuanto el honor sea considerado un bien jurídico disponible, como lo demuestra el artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo.

No haremos aquí un estudio del ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación que excluiría la antijuricidad de la conducta que atente al honor por afectar especialmente al problema de la colisión entre el honor y la libertad de expresión, que trataré especialmente en otro apartado. Baste aquí mencionar que ya no se puede afirmar, como señalaba Alonso Álamó (Protección penal del honor<sup>(13)</sup>), "que nuestra doctrina no se ha planteado el expediente de las causas de justificación en torno al conflicto entre el honor y la

(13) Alonso Álamó, M. "Protección Penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1983.

libertad de expresión, ni que el T. Supremo sólo acude al criterio del *animus injuriandi*, de modo que si el otro *animus* no desplaza al primero se apreciaría el delito. Como veremos, la evolución jurisprudencial en este tema ha sido importante.

3. *Culpabilidad*.— Siguiendo con el estudio analítico del delito examinaremos la culpabilidad en los delitos contra el honor. Ya se ha adelantado la necesidad de un especial *animus*, el *iniuriandi*, en el delito de injurias al igual que en las calumnias (ver S.T.S. 19 de Mayo 1989) lo que se corresponde con la tesis de Muñoz Conde de entender la calumnia como un caso específico de injuria. Además se exige que el autor de la calumnia conozca el carácter falso de la imputación, aunque basta que tenga intención o conocimiento del carácter lesivo de su conducta para el honor del otro individuo, sin necesidad de que exista sólo una especial intencionalidad o fin único de lesionar el honor ajeno.

No es posible la comisión culposa de estos delitos al exigirse un especial *animus* o intencionalidad que configura el dolo específico. Aquí podría plantearse la posibilidad de que la injuria y la calumnia se hubiesen efectuado a través de un medio de comunicación y el autor de la noticia o el artículo no hubiese realizado la comprobación de la veracidad de su información, con lo que puede incurrirse en una negligencia, que sería profesional en el caso del periodista. De momento la jurisprudencia del T. Constitucional al abordar la responsabilidad del periodista por el ejercicio de su profesión ha sido bastante complaciente con la misma en cuanto se ha otorgado protección constitucional a la información, aunque sea errónea o no probada, todo ello en aras de la libertad de información y de formación de la opinión pública (más bien desinformación). Así se expone en la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Enero de 1988, en donde se sostiene que “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre..., de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”. No debemos de olvidar que la Constitución española protege la información veraz (art. 20), por lo que no se entiende muy bien esta especie de patente de corso, justificable sólo en cierta medida.

4. *Punibilidad*.— Partiendo de la base de que la *exceptio veritatis* opera como causa de exclusión de la pena, siguiendo a T.S. Vives<sup>(14)</sup>, surge la cuestión de si aquélla es aplicable a las injurias y no sólo a las calumnias, pues es

(14) T.S. Vives. *Derecho Penal. Parte especial*. Con otros autores en UNED. pág. 689.

sabido que en éstas se admite de un modo genérico, a diferencia de aquéllas, en que sólo se admite prueba sobre la veracidad de las imputaciones cuando éstas fueran dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, o cuando tengan derecho a perseguir el delito imputado por ser de los que no se persiguen de oficio (art. 461 del C. Penal). Para el citado autor, la *exceptio veritatis* puede operar en las injurias siempre que la imputación se refiera a hechos públicos, ya que la veracidad subjetiva excluye, al igual que en la calumnia, la tipicidad de la conducta. Por el contrario, cuando se divulguen hechos privados, su divulgación afectará al honor con independencia de que sean falsos o verdaderos.

En general la doctrina se pronuncia por una ampliación legal del campo de aplicación de la *exceptio*, como ya se evidenciaba en Quintano Ripollés, quien la extendía a las autoridades para evitar que éstas tengan un privilegio frente a simples funcionarios; o Muñoz Conde (obr. cit.) quien opina que sería aplicable no sólo respecto a personas concretas, ya que puede ser irregular la conducta de un organismo político y demás entes, porque, además, el art. 467-3 incluye a las clases del Estado, y porque es necesaria la denuncia en un estado de derecho. Para Antonio García Pablos<sup>(16)</sup> los países latinos son más proclives a proteger el honor por vía de reducir la aplicación de la *exceptio*, frente a los germanos en los que cabe prueba de la verdad en el delito de injurias. Para este autor, en nuestro derecho no pudo contemplarse la *exceptio veritatis* y las causas de justificación con unas miras más amplias debido a la presencia en su tiempo de los intereses individuales frente a los intereses generales reconocidos hoy por la Constitución, como el derecho a recibir información veraz, la libertad de expresión y de opinión... etc.

### C. PROTECCIÓN CIVIL

Los cambios políticos derivados de la Constitución de 1978 pusieron de manifiesto la insuficiencia de la protección penal en un sistema democrático, en donde se reconoce la libertad de expresión como derecho fundamental y la prensa pasa a ocupar un papel muy importante en la formación de la opinión pública. Como consecuencia de lo anterior, el honor pasa a ser un bien jurídico más vulnerable en cuanto la libre expresión de ideas y opiniones alcanza mayor intensidad y variedad de temas, algunos tradicionalmente vedados a la opinión

(16) García Pablos de Molina, en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. pág. 205.

pública y a la crítica, a lo que habría que añadir los excesos propios de quien estrena una facultad o posibilidad de actuación.

Como respuesta a aquella insuficiencia y a las nuevas necesidades, se promulga la Ley O. 1/1982 de 5 de Mayo, de protección del honor, la intimidad personal y la propia imagen.

Para un mejor estudio de la materia, y siguiendo a Eduardo Estrada<sup>(17)</sup>, distinguiremos:

1. *Derecho Comparado*.— Como ya se ha señalado anteriormente al hablar de la protección penal, los países latinos tienden a efectuar una mayor protección del honor, admitiéndola, incluso, aunque los hechos que se consideran lesivos para el honor, sean verdaderos. Así sucede con la legislación italiana, en donde sólo existe la protección penal del honor, sin posibilidad de operar la *exceptio veritatis* salvo en los casos excepcionales que señala el art. 596 del C. Penal italiano.

El ordenamiento jurídico francés dispone de una Ley de libertad de prensa de 29 de Julio de 1881, en donde se tipifican los derechos contra el honor, admitiéndose la *exceptio veritatis*, si bien hubo que esperar a la Orden de 6 de Mayo de 1944 para que aquélla tuviese aplicación práctica, si bien se excluyen algunos casos de la posibilidad de la prueba de la veracidad: hechos concernientes a la vida privada de una persona, o que se remonten a más de diez años, o que hubiesen sido amnistiados o no tuviesen ya responsabilidad penal sus autores por prescripción o cancelación de la infracción. La Ley de 17 de Julio de 1970 se ocupa en exclusiva del derecho a la intimidad privada.

En el derecho alemán la prueba de la verdad de las imputaciones excluye la injuria salvo casos en los que el carácter injurioso se derive de la forma o circunstancias en que se hayan proferido las imputaciones.

Finalmente, el derecho inglés y el norteamericano se caracterizan por la libre jurisprudencia, de modo que son las resoluciones judiciales las que determinan qué hechos o expresiones tienen el carácter de injuriosos, exigiéndose para dicho carácter una especie de malicia, entendida como ausencia de buena fe o de creencia de que se está ejerciendo un derecho o cumpliendo un deber

(17) Para Pablo Salvador y otros. —obr. cit.— también se incluiría aquí el caso del apartado 4 como un tipo agravado: los datos que se divulgan son conocidos por el cargo del que atenta contra la vida privada. El cuarto supuesto, no contemplado por la Ley de 1982, sería el de tergiversación de los hechos por vía de resaltar lo negativo y que podría subsumirse en el apartado 3 del art. 7 citado, (págs. 104. y ss.

por parte del autor de las imputaciones. En U.S.A. este planteamiento arranca del ya referido fallo del asunto *New York Times v. Sullivan*, en donde la jurisprudencia americana cambia su orientación en favor de la libertad de expresión, salvo la “actual malice” o conocimiento de la falsedad del hecho, o especial negligencia sobre la averiguación de la veracidad.

2. *La problemática de la regulación conjunta del honor, la intimidad y la imagen.*— Como señala Eduardo Estrada, que cita a Bajo Fernández, no debía haberse efectuado una regulación conjunta de estos derechos, a pesar de que vengan juntos en el art. 18 de la Constitución, porque en la Ley se protegen dos derechos fundamentales, la intimidad (entendida como derecho a la imagen, al secreto o al domicilio) y el honor. Para el primer autor citado el honor y la intimidad son derechos próximos pero no coincidentes. Las consecuencias de ese tratamiento legal conjunto se pueden apreciar en los siguientes casos:

a) El art. 2-2 de la Ley permite el consentimiento del particular a la intromisión ilegítima, lo que equivale a la renuncia posible al honor. Pero como señala Estrada, “el honor se tiene o no se tiene, y si se dispone de él probablemente no vuelva a recuperarse”. Esto iría en contra, incluso, de la propia definición del honor como derecho de la personalidad equivalente a la reputación o dignidad humana que debe ser protegida por el Estado frente a agresiones o ataques ilegítimos.

b) La posibilidad que contempla el art. 2-3 de la Ley de renunciar al consentimiento a la intromisión previamente prestado, en cuanto otorga un carácter patrimonial y mercantil al derecho al honor que repugna a su propia naturaleza, siendo esto más propio de la propia imagen y de la intimidad.

c) El consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su honor, previsto en el art. 3 de la Ley. Como dice Estrada, “si parece sorprendente que en ocasiones, el representante legal del menor o del incapaz consienta una agresión ilegítima en la intimidad o en la imagen de su representado, no cabe imaginar que autorice, amparándose en la Ley, un ataque contra su honor”, lo que es extensible al informe previsto del Ministerio Fiscal y a la resolución del Juez.

3. *La prejudicialidad penal.*— La cuestión surgió al presentarse demandas en esta Ley y oponerse por el demandado la excepción dilatoria del 533-1º de la L.E.C. en base al art. dos de la Ley que dice: “Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el C. Penal. No obstante serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsa-

bilidad civil derivada de delito''. Se alegaba, pues, que el tribunal civil no podía conocer del asunto hasta que se resolviese por el tribunal penal que los hechos no eran constitutivos de delito. Ya algunos juzgados de primera instancia resolvieron el problema en base al art. 112-2º de la L.E.Cr. que establece: ''si se ejercitase sólo la acción civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querella particular, se considerará extinguida, desde luego, la acción penal'', lo cual implica que existe posibilidad de opción por parte de los perjudicados por el delito de acudir a la vía civil o a la penal. Finalmente la polémica fue resuelta por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Marzo de 1987 que concreta el tema de la incompetencia de jurisdicción del siguiente modo: ''... pertenecen (las injurias y calumnias) a la categoría de los denominados *delicta privata* y, por tanto, no perseguidos de oficio, razón por la cual queda dentro de las facultades del particular ofendido optar por el ejercicio de la acción penal conjuntamente con la civil (art. 112 de la L.E.Cr.), o solamente por la última, posibilidad ésta que se sigue conservando, aun después de promulgada la Ley 62/1978 de 28 de Diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona...''.

Pero no se termina aquí la polémica porque un sector doctrinal entiende que no se trata de casos de incompetencia objetiva sino de un problema de prejudicialidad penal. Como indica Pablo Salvador y otros (obra citada) puede decirse con Cabedo Nebot que cada orden jurisdiccional entiende sólo de lo que es propio y de oficio, incluso debe apreciar su falta de jurisdicción indicando el orden competente, so pena de nulidad, pudiendo alegarla también la parte. Pero este planteamiento parte de la base de entender a la acción penal como no renunciable y sin posible extinción (arts. 106 y 112 de la L.E.Cr.). En cambio Muñoz Machado distingue entre delitos perseguibles de oficio y a instancia de parte, de modo que si la imputación constituye uno de los primeros o de los segundos (imputación que atente al honor) sería obligatorio o facultativo acudir a la vía penal o a la civil, manera de proceder de los jueces de 1ª instancia, para terminar concluyendo que no es una cuestión de incompetencia de jurisdicción, sino de prejudicialidad penal, existiendo una confusión entre ambos conceptos por parte de los citados jueces.

En mi opinión habría que distinguir entre hechos que atenten al honor que sean delitos perseguibles de oficio (desacato, injurias a agente de la Autoridad,...) en donde se apreciaría una incompetencia de jurisdicción, de aquellos hechos que pueden ser constitutivos de un delito perseguible a instancia de parte (calumnias e injurias) en donde hay posibilidad de elegir por el perjudicado

entre la vía penal y la civil, sin que pueda alegarse en ésta la incompetencia de jurisdicción ni la prejudicialidad penal en base al citado art. 112 de la L.E.Cr. Como apoyo de lo anterior nos encontramos con el carácter subsidiario del Derecho Penal, al cual hay que acudir cuando se pretende proteger los bienes jurídicos más valiosos frente a ataques que tengan la consideración de graves o importantes, y — como indica García-Pablos— (obr. cit.), “cuando se muestren ineficaces o insatisfactorios los otros resortes de naturaleza no penal de que dispone el Estado”, lo cual enlaza con la teoría de la despenalización de todos los ataques al honor, dejando sólo la vía civil, y que analizaremos más adelante.

4. *Caracteres del derecho al honor que tutela la Ley O. 1/82 de 5 de Mayo.*— Según el art. 1-3 de la Ley, “el derecho al honor, a la intimidad y de la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible”. Sin embargo ya vimos que la posibilidad del consentimiento a la intromisión ilegítima supone en definitiva la posibilidad de la renuncia al derecho e incluso su disponibilidad patrimonial, lo que es contrario a la dignidad humana y a la propia Constitución, en cuanto que, como señala Estrada, ésta sigue la concepción normativa del honor, equivalente a dignidad humana y a derecho a ser protegido frente a los ataques contra ella.

Otro punto crítico lo origina el art. 2-2 de la Ley al establecer que “la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia. Esto supone subordinar la protección del honor a los usos sociales conforme a la orientación hoy día existente en la doctrina (García-Pablos, Quintero Olivares...) que entiende que por vía del art. 14 de la Constitución se puede entender que ésta ha introducido una generalización, democratización y socialización del honor y la intimidad, de modo que el honor no es un derecho absoluto sino relativo y alejado de las concepciones aristocráticas o calderonianas. En cambio, para Eduardo Estrada (obr. cit.) esta postura iría en contra del propio art. 14 de la Constitución porque no se otorgaría el mismo honor a toda persona, dependiendo aquél de los usos sociales y del ámbito de su vida privada, cuando todos los seres humanos por el hecho de serlo tienen derecho al honor.

Con independencia de disquisiciones doctrinales, entiendo que hoy día domina una concepción socializadora del derecho al honor, según se desprende de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, que, ante el vacío legal, son los encargados de perfilar los límites de este derecho de la personalidad, sobre todo cuando entra en colisión con otros derechos, como son la libertad de

expresión y de información, que no son bienes jurídicos subordinados al honor ni jerarquizables. Por otra parte, no cabe duda que la valoración social o media del honor influye en las decisiones judiciales por no estar sustraídos los jueces de aquella influencia. Se podría hablar de un honor medio protegido aunque ello traiga consigo una devaluación del honor en la sociedad.

5. *Examen de los supuestos de intromisión ilegítima.*— Vienen recogidos en el art. 7 de la Ley en sentido positivo y en sentido negativo (no tendrán este carácter) en el art. 8.

Los casos de intromisión podemos clasificarlos en dos grupos: conductas *preparatorias* o de riesgo para la intimidad o el honor de las personas, y conductas de *divulgación* o revelación de los hechos privados de una persona y conocidos a través de las conductas preparatorias o por otra vía.

En el primer grupo se encuadrarían los números 1, 2 y 5 del art. 7 de la Ley: la simple colocación de los aparatos de filmación, grabación o de otro tipo, la utilización de los mismos, siempre que exista un fin: para captar o reproducir la vida privada o la imagen o hechos privados de una persona.

En el segundo grupo se incluirían los números 3, 4, 6 y 7 del citado artículo de la Ley: la divulgación, revelación, captación o divulgación de datos sobre la vida privada de una persona o de su imagen.

Los posibles atentados al honor vienen recogidos en los apartados 3 y 7: “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias y otros escritos personales de carácter íntimo”. “La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

Como se puede apreciar existe una coincidencia entre estos ataques al honor y los que suponen los delitos de injurias y calumnias.

Para Pablo Salvador y otros (obr. cit.) se deben distinguir cuatro tipos básicos de lesión a la intimidad de una persona:

a) Apropiación de la imagen o de la apariencia de una persona. Comprende los casos del art. 7-5 de la Ley, y el 7-6. No es necesario el ánimo de lucro pero sí la publicación de la imagen, “y esta última lesione la reputación del afectado (le ridiculice, desprestigie o desmerezca)”.

b) Intrusión en la vida privada o íntima. Aquí no hay difamación y se encuadrarían los apartados 1 y 2 del art. 7 de la citada Ley. Lo que se protege es la intimidad o vida privada entendida como el derecho de toda persona a desarrollar aquélla sin tener que aislarse con medidas excepcionales de los modernos medios de grabación y escucha.

c) Revelación o divulgación de hechos relativos a la vida privada o íntima. Encuadraría los casos de los apartados 3 y 7 del citado art. y que suponen los verdaderos ataques al honor<sup>(18)</sup>.

6. *El problema de la exceptio veritatis en los ilícitos civiles que atentan contra el honor.* — La prueba de la verdad de las imputaciones constituye el caballo de batalla de los procesos por difamación civiles. Del examen de la jurisprudencia derivada de las sentencias de los jueces de 1ª Instancia de Madrid se deduce que existe una especie de responsabilidad objetiva en los casos en que se realizan las conductas de los apartados 3 y 7 del art. 7 de la Ley de 5 de Mayo de 1982, lo que es criticado por la doctrina, que se inclina por un mayor protagonismo de la verdad sobre el honor (Muñoz Machado, Eduardo Estrada, García-Pablos...) al igual que sucede en el ámbito penal. Aquí, una vez más, se aprecia la tradición existente en los ordenamientos jurídicos de los países latinos de proteger el honor por encima de la verdad.

Como ejemplos de la llamada jurisprudencia menor tenemos la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia. nº 3 de Madrid de 27 de Noviembre 1984 (caso Pablo Porta-Jose Mª García) en donde se expone: “ni en la tipificación que de las intromisiones ilegítimas se hace el citado art. 7 se hace referencia a la verdad o falsedad de los hechos divulgados... ni tampoco se incluye la *exceptio veritatis* entre las causas de justificación del art. 8”. Este artículo permite la intromisión ilegítima en base a una autorización legal con acuerdo de la Autoridad, y cuando predomine un interés histórico, cultural o científico relevante, exponiéndose en el apartado 2º casos en que la intromisión en la imagen privada de una persona no constituye una intromisión ilegítima. Los requisitos son rigurosos y hacen pensar hasta qué punto la prensa española no está respetándolos, pues se necesita que el sujeto pasivo tenga el carácter de persona pública o notoria y la imagen se capte en un lugar público. Tratándose de un particular su imagen deber ser accesorio de un suceso público. La caricatura sólo se permite conforme al uso social.

(18) Véase la sentencia del T.S. de 28-10-86, caso de la filmación de la intervención médica en la plaza de toros de Pozoblanco, con la agonía del torero Paquirri.

No obstante la doctrina ha tratado de delimitar los supuestos a fin de *excluir en algunos casos la responsabilidad civil casi objetiva* que se deduce del análisis de la jurisprudencia, exigiéndose:

a) Que no medie una determinada conducta del sujeto pasivo que permita la intromisión o al menos reducir el *quantum* indemnizatorio. (sent. del J. de 1ª Inst. nº5 de Madrid de 10 de Julio de 1985 en la que se desestimó la demanda por las manifestaciones públicas del demandante sobre sus ideás políticas. Otro ejemplo, la S. del T.S. de 25 de Mayo de 1972 en que se condenó al director de un periódico por un artículo sobre un parricida a la pena de un mes de arresto mayor y multa de 5.000 pts., como autor de un delito de injurias). En realidad sería una aplicación del art. 2-1 de la Ley que limita la protección del honor al ámbito que mantenga cada persona reservado por sus propios actos.

b) Que la conducta sea muy ofensiva para una persona razonable y el público no tenga un interés legítimo en su conocimiento.

c) Que la materia acerca de la que se informa pertenezca a la esfera de lo privado.

d) Que se trate de hechos y no meras opiniones o juicios de valor.

Estos tres últimos supuestos (Pablo Salvador..., el último también por Estrada) no tienen una base legal, pero sí la han alcanzado jurisprudencial por vía de la colisión del derecho al honor con la libertad de expresar ideas y opiniones y la libertad de información (art. 20 de la Constitución) pues, como veremos más adelante, la jurisprudencia más reciente entiende que deben predominar estos derechos, cuando se dan ciertos requisitos, en beneficio de la información y la formación de la opinión pública, aunque en última instancia sean los Tribunales los que tengan que concretar si efectivamente debe sacrificarse alguno de los bienes jurídicos en conflicto.

7. *Legitimación para ejercitar las acciones civiles contra los autores de intromisiones ilegítimas.*— Viene determinada en los arts. 4, 5 y 6 de la Ley de 1982, que la otorgan al heredero testamentario, en primer lugar, y subsidiariamente a determinados parientes, y en última instancia al Ministerio Fiscal durante un plazo de ochenta años a contar desde el fallecimiento del perjudicado. Los parientes y herederos, indistintamente pueden ejercitar las acciones civiles.

Los casos anteriores (que vienen recogidos en los arts. 4 y 5) se refieren a ataque al honor de una persona ya fallecida y del que serían sus defensores sus herederos (por incluirse éste en el caudal hereditario) y sus parientes (en

cuanto que trascienda a ellos la afrenta). Por el contrario, el art. 6 alude a los casos en que el ataque al honor se produjo cuando vivía el interesado y afectado, pero por las circunstancias en que la lesión se produjo no pudo aquél ejercitar la acción, (piénsese en casos de ausencia o de larga enfermedad del ofendido) o simplemente falleció cuando dichas acciones se estaban ejercitando. También en estos casos se otorga legitimación a los parientes y herederos testamentarios (v. art. 4) para ejercitar las acciones o continuarlas. Lo anterior hay que relacionarlo con el plazo de caducidad para ejercitar estas acciones que señala el art. 9: cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

8. *Procedimientos para hacer efectiva la tutela judicial.*— Se contemplan en el art. 9 de la Ley y son tres: el juicio declarativo ordinario, el juicio incidental de la Ley de 26 de Diciembre de 1978, y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Me remito a lo ya expuesto al estudiar la protección judicial del honor, añadiendo con Estrada que los procesos se hacen muy largos debido a la admisión de la casación y a la admisión del recurso de amparo (O’Callaghan) contra resoluciones judiciales, lo que convierte al Tribunal Constitucional en una tercera instancia.

9. *Medidas tendentes a evitar más intromisiones y a proteger al perjudicado.*— Se contemplan en el apartado 2 del citado art. 9 y consisten en potestades cautelares que se otorgan a los jueces para poner fin a la intromisión o reparar el perjuicio causado tales como, requerimientos, secuestro de la publicación, publicación de la sentencia,... etc. También se otorga a los particulares *el derecho de rectificación*, que se podrá ejercitar en la forma que prevé la Ley Orgánica 2/84 de 26 de marzo mediante un escrito que se dirigirá al medio de información, en donde se expondrán los hechos que se desea rectificar debiendo efectuarse la remisión dentro de los siete días siguientes (naturales) al de la publicación que se desea rectificar.

Finalmente, el citado artículo 9 de la Ley de 5 de Mayo de 1982 se refiere a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la intromisión ilegítima, lo que trataremos en un capítulo aparte.

### III. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 20 de la Constitución dice: “Se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante

la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (apartado 1,a) y también a “comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (apartado 1,d). Pero añade el apartado 4: “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Por su parte el art. 18-1 de la carta magna garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Así, pues, se plantea la colisión entre los derechos fundamentales en cuanto que la libertad de expresión y de información tienen una tendencia expansiva por su propia naturaleza y la realidad social, sobre todo en un régimen democrático, pero estos derechos tienen como límite el honor y la protección de la juventud y la infancia, de modo que cuando por la libertad de expresión o información se comprimen el honor o la intimidad de una persona la tutela judicial se hace necesaria para reponer los primeros en sus justos límites. *¿Pero dónde se encuentra la línea divisoria entre el derecho a la información y el derecho al honor?* Porque como indica García-Pablos (obr. cit.) libertad de expresión, honor e intimidad no son bienes jurídicos jerarquizables.

Además aparecen otros aspectos que complican la solución por cuanto que, como señala Ruiz Vadillo<sup>(19)</sup> “el tema de la libertad de información y, por consiguiente, del periodismo, corresponde al Estado, por afectar sustancialmente a la sobrevivencia de las estructuras sociales”. Es decir, que la libertad de expresión es consustancial al sistema político democrático en cuanto es vehículo para la formación de la opinión pública.

En principio, la solución al conflicto viene dada por la necesaria ponderación (García-Pablos), buscando el equilibrio entre estos derechos fundamentales (Ruiz-Vadillo), tarea que viene encomendada a los Tribunales de Justicia. Pero es necesario fijar un mínimo de casuismo para que aquella tarea no suponga una excesiva arbitrariedad, que atentaría contra el principio de legalidad.

1. *La solución al conflicto en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona.*

a) El caso inglés.— Se ha matizado la responsabilidad por difamación al excluirla cuando se emiten ciertas frases por cargos públicos o políticos en base

(19) Ruiz Vadillo: “Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas”. En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Madrid. 1985.

a lo que se denomina “absolute privilege”, recogiendo algunos casos en la Defamation Act de 1952. Sólo cuando se puede apreciar una “express malice” se estaría obligado a responder del ataque al honor, salvo que se hubiese actuado con buena fe, o en cumplimiento de un deber (Ver. caso *Horrocks v. Lowwe* de 1985, citado por Estrada, obra cit. pag. 173).

b) La solución de la jurisprudencia norteamericana.— Hasta 1964 los tribunales condenaban los ataques al honor sobre la base del principio de que el demandado publicaba a su riesgo, de modo que respondía si la información difamatoria no era verdadera y además tenía la carga de la prueba de su verdad (Prosser, citado por Pablo S. —obra cit.—). Pero a partir del caso *New York Times v. Sullivan*<sup>(20)</sup> el Tribunal Supremo norteamericano consideró que la ley del estado de Alabama era inconstitucional por atentar a la libertad de expresión consagrada en las enmiendas I y XIV de la Constitución. Ahora se invierte la carga de la prueba en cuanto que el demandante ha de probar que el demandado actuó con malicia real, entendida como conocimiento de que los hechos eran falsos o con indiferente desconsideración de si eran falsos o no. Además se parte del carácter de servidor público del demandante y el tratarse de hechos referentes a su cargo, para desestimar la demanda. Pero este carácter del demandante ya no se exige a partir del caso *Rosenblatt v. Baer* (1966) en donde sólo se exige que la persona tenga capacidad de decisión sobre asuntos públicos, con independencia de que sea o no un político, un funcionario, un profesor, etc... Lo importante es que a la sociedad puedan interesar los comportamientos de esa persona en cuanto que su conducta repercute en la sociedad.

El examen de otras resoluciones posteriores permite a Pablo S. y otros —obr. cit. pag. 76— afirmar que: “a) Los cargos públicos sólo pueden reclamar por difamación dolosa o gravemente negligente. El mismo trato reciben las figuras públicas. b) Los simples particulares pueden reclamar con tal de que haya habido negligencia, no admitiéndose la responsabilidad objetiva”.

Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1988 establece el procedimiento para someter a una persona a responsabilidad por difamación en Estados Unidos, y que resume así Clemente Auger (obr. cit. pag. 94):

— En primer lugar, apreciar si se está ante hechos u opiniones, pues éstas son libres.

(20) Sullivan se sintió atacado en su honor por un anuncio publicado en el *New York Times* en el que se narraban los ataques de la policía contra los estudiantes de color que defendían la causa de Martin Luther King. El demandante tenía el cargo de comisionado de la policía y entendía que en el citado anuncio se contenían afirmaciones no exactas.

— En segundo lugar, si hay afirmaciones de hecho, determinar si son falsas.

— En tercer lugar, determinar si nos encontramos ante una persona pública o privada y en el ámbito del debate público o no.

— En cuarto lugar, una vez que se establezca responsabilidad, afrontar la cuestión de la reparación de daños.

## 2. La solución al conflicto en el derecho español.

Las posibles vías que otorga el derecho español se pueden resumir en la necesidad de concretar los casos en los que la expresión o la información no deben originar una responsabilidad penal o civil, o ambas a pesar de producirse una lesión aparente del honor.

Se podría haber recurrido al *animus iniuriandi*, porque al faltar aquél no se podría incurrir en un ilícito penal o civil. Pero ya vimos que este elemento subjetivo del tipo puede coexistir con otros *animus* sin llegar a desplazarlos. Para Quintero Olivares, la imprecisión de este concepto y su difícil prueba lo hacen en la práctica poco útil (obr. cit. pag. 76).

Otra fórmula sería la prueba de la verdad. Pero aquí tropezamos con la poca operatividad que la *exceptio veritatis* tiene en nuestro derecho penal, y la casi nula aplicación práctica que aquélla tiene en el ámbito civil, en donde no tiene una base legal. Además, para Quintero Olivares no se debe ampliar su ámbito tal y como está estructurado el derecho vigente, pues “supondría en muchos casos fomentar las irrupciones en la vida privada o en la intimidad”. Esto también sería extensible a la distinción entre hechos y opiniones, que tan sólo puede servir para matizar en ciertos casos la responsabilidad o no del autor de aquéllos. La Ley de 5 de Mayo de 1982 no distingue entre hechos y expresiones (art. 7-3).

Finalmente se halla la solución del ejercicio de un derecho, es decir, se aplica la eximente del art. 8-11 del C. Penal, que como causa de justificación destruye la antijuricidad de la acción. Se precisa entonces delimitar qué conductas estarían amparadas en dicha causa de justificación porque se está ejerciendo el derecho a expresar libremente ideas u opiniones, o se está informando en ejercicio de la profesión periodística, pues como matiza Ruiz Vadillo, “tampoco existirá delito si falta la culpabilidad, esto es, la posibilidad de reprochar la acción a título de dolo o de culpa” (obr. cit. pag. 101).

Para Marc Carrillo *los criterios que hay que tener en cuenta para resolver los eventuales conflictos entre el derecho a la información con otros derechos de la personalidad serían* <sup>(21)</sup>: “a) La personalidad y trascendencia pública de la persona que es objeto de una información, b) El interés científico o cultural de la información emitida, c) El carácter lesivo para la reputación del individuo o el ánimo informativo o de desvelar hechos presuntamente delictivos, d) Que la información afecte exclusivamente a aquellas actividades del sujeto realizadas en virtud de su proyección pública o bien que incidan en su propia actividad.

En cualquier caso, en estas, como en otras cuestiones, la decisión última corresponde a los Tribunales de Justicia.

Procede por tanto examinar la postura del T. Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la tutela del derecho al honor frente a la libertad de expresión y de información.

### 3. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional*

El Tribunal Supremo español ha modificado su jurisprudencia en los casos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, aunque ya la idea había sido matizada desde antiguo en el sentido de “no traspasar los límites racionales de la censura” (S. 8 de mayo de 1910).

Por una parte su protege el honor como derecho fundamental utilizando la vieja fórmula del *animus iniuriandi*, que de concurrir con otros *animus*, como el *iocandi*, el *criticandi*, el *narrandi*, el *corrigendi*, el *consulendi*, el *defendendi* o el *retorquendi*, puede ser diluido o desaparecer, si bien deben examinarse estos *animus* con cautela, pues “si bien es admisible la crítica ponderada, comedida, mesurada, serena, y sobre todo, razonada y justificada, también en ocasiones constituye antifaz tras el cual se oculta, con pretexto de censura... un real propósito de vilipendio, ultraje o escarnio” pues “el derecho constitucional a la libertad de expresión... proclamado en el art. 20 de la Constitución, no constituye patente de impunidad y tiene sus límites señalados en el mismo precepto constitucional, entre los cuales figura el derecho al honor” (S. de 14 de Marzo de 1988). Se parte de una concepción normativa a la hora de definir el bien jurídico protegido, entendiéndose el honor como “la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad” (S. de 20 de Julio de 1988).

(21) Marc Carrillo. *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*. Barcelona. 1987.

Por otra parte se sacrifica aquel derecho en determinados casos cuando el interés en salvaguardar la libertad de información predomina sobre el interés individual al honor. En base a la idea del interés preponderante como fundamento de la justificación, se otorga prevalencia al interés colectivo a la información y crítica de la acción política sobre el interés privado representado por el honor, si bien distingue “lo que es información de hechos y valoración de conductas personales” para excluir de la justificación “las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la formación de la opinión pública” (S. de 18 de Mayo de 1988). Es decir, que las afirmaciones superfluas e innecesarias, aunque concurre un *animus criticandi* o *narrandi*, no pueden ser amparadas en el derecho a la libertad de información o de expresión.

En todo caso, para determinar cuándo el derecho al honor deberá sacrificarse, o por el contrario, apreciar que ha habido una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión o de información, se impone una tarea de ponderación que debe realizar el juzgador teniendo en cuenta que las limitaciones a la libertad de prensa deben interpretarse restrictivamente, pudiendo otorgársele preferencia en principio a la libertad de expresión porque sin ella no se puede vivir en una sociedad democrática (S. de 21 de enero de 1988). Al periodista se le otorga un eficaz medio de protección de su actividad al considerarse que actúa ejerciendo un derecho (art. 20 de la C.E.) por lo que estaríamos ante una causa de justificación (art. 8-11 del C.P.) que destruiría la antijuricidad. “Sólo excepcionalmente deben actuar los Tribunales para restablecer el equilibrio perturbado” como señala Ruiz Vadillo (obr. cit, pág. 101), actuando los periodistas dentro de la legalidad, incluso aunque denuncien hechos constitutivos de delito, pero siempre que aporten los datos de la persona que les facilitó la información, y aunque los hechos sean falsos, siempre que aquéllos “tengan la razonable confianza de que el informador no miente y que no tiene otro ánimo que el de censurar o de criticar”. Pero si no aportan los datos de su informador, asumen las imputaciones falsas y “ha de reputárseles personal y criminalmente responsables del correspondiente delito” (S. de 4 de Octubre de 1988).

Finalmente, se obliga a los personajes públicos a soportar una mayor crítica periodística “como una de las sensibles servidumbres de su vocación política” por los intereses de la comunidad política que permite “una más laxa estimación de la crítica o censura periodística”.

En el *ámbito civil*, la regla general viene a ser excluir la posibilidad, sin más, de justificar una lesión del honor, de la intimidad y del derecho a la propia

imagen, a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información (Clemente Auger, obr. cit.). No obstante se encuentran excepciones a dicha regla, como la sentencia de la Sala Primera del T.S. de 24 de Octubre de 1988, en donde se da preferencia a la libertad de expresión porque no se había atacado el honor individual de las personas sino la dignidad o prestigio de un colectivo, siguiéndose así la línea marcada por la S. del T. Constitucional de junio de ese año. En sentencia de la citada Sala de 28 de Octubre de 1986 se otorgó preferencia a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad (caso Paquirri en la enfermería de Pozoblanco, ya citado) aunque luego esta sentencia fue anulada por otra del T. Constitucional. Para concluir, y resumiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda del T. Supremo, se aprecian los siguientes rasgos, como indica Berdugo Gómez de la Torre (obr. cit. pag. 118):

— El conflicto libertad de expresión-honor se resuelve por la vieja vía del *animus iniuriandi* y su desaparición o disminución por la presencia de otro tipo de *animus*, *narrandi*, *criticandi*...

— El debate se centra entre el *animus narrandi* y el *criticandi*, según se trate de afirmaciones de hecho o valoraciones (juicios de valor).

— No destruye el *animus iniuriandi* alguno de aquellos *animus* si las expresiones son formalmente injuriosas, o se utilizan expresiones o calificativos innecesarios para el fin aparente que alega.

— Se otorga preferencia a la libertad de expresión frente al honor porque se considera que en el primer derecho, sobre todo cuando se ejercita a través de un medio de comunicación social, hay un interés colectivo que debe prevalecer sobre un interés individual, como es el honor. Además, se fundamenta esa preferencia en la necesidad de la libertad de prensa para una sociedad democrática.

Por el contrario, la *Sala Primera* es mucho más restrictiva a la hora de otorgar preferencia a la libertad de expresión o de información, sin duda por la responsabilidad cuasi objetiva que ha establecido la Ley de 5 de Mayo de 1982.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional la podemos calificar en este tema como especialmente crítica con la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia en cuanto se ha seguido por éstos la tradicional postura de preferencia a la protección del honor. Frente a aquélla el T.C. otorga una preeminencia a los intereses colectivos, frente a los individuales, pero se exige que las conductas, que en principio suponen un ataque al honor, se formulen a través de un

medio de difusión ordinario y sin añadidos innecesarios o superfluos. Ya no se resuelve el conflicto, como generalmente hacía el T. Supremo, por la vía del *animus iniuriandi*, sino por medio de la concurrencia de una causa de justificación: la del art. 8-11 del C. Penal, obrar en ejercicio de un derecho, alguno de los reconocidos en el art. 20 de la Constitución.

Así, pues, podemos señalar como notas características de esta jurisprudencia constitucional, las siguientes:

a) El T.C. no se limita a examinar si ha existido una lesión de un derecho fundamental reconocido por la Constitución, sino que también enjuicia la ponderación efectuada por el juez de instancia sobre la colisión entre el derecho al honor y otro derecho fundamental, declarando si ha sido correcta o no. Además, se fijan los criterios para una correcta ponderación. De este modo el T.C. se ha convertido en una tercera instancia en su afán de fijar los criterios orientadores, y sin duda, al querer convertirse en un tribunal no sólo constitucional, sino también, supremo. Por ello los problemas que aquejan a los tribunales ordinarios han terminado por afectar también a este Tribunal.

b) Se resalta la libertad de expresión y la de información como derechos fundamentales necesarios en una sociedad democrática, necesarios para la formación de la opinión pública, de modo que los límites a aquéllos se encontrarían en los límites que configuran los tipos del C. Penal.

c) La frontera divisoria entre los derechos en conflicto la debe marcar el juez mediante la necesaria ponderación de modo que:

— Se estará ejercitando la libertad de expresión o de información si se aprecia una intención de formar a la opinión pública, como sucede en los casos de crítica política o de actividades públicas.

— Cuando se trate de juicios de valor, la veracidad de éstos es irrelevante, por tratarse de algo personal y subjetivo.

— No son admisibles las expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica o pensamiento que se expone.

— No se tolera la crítica efectuada por medios excepcionales que no tiendan a formar la opinión pública, por ejemplo, mediante pasquines o panfletos (véase S. 165/87 de 27 de Octubre) clandestinos.

— Se protege sólo la información veraz, tal y como reconoce la Constitución (art. 20, d), exigiéndose al periodista una diligencia en la búsqueda de la

verdad, aunque se permiten las informaciones no probadas o erróneas pues de exigirse mayor rigor se pondría en peligro el debate libre y la formación de la opinión pública.

Como fundamento de lo anteriormente razonado se pueden señalar, siguiendo a Luis López Guerra<sup>(22)</sup>, las sentencias del T.C. del llamado caso *Soria Semanal*, 105/86, en donde se otorga el amparo porque el juez en primera instancia no había efectuado la necesaria ponderación entre la libertad de expresión y de información.

También la sentencia 107/87, caso del objetor de conciencia, en donde se revisó la tarea del juez para examinar si se contempló y respetó el derecho a la libertad de expresión<sup>(23)</sup>. Como novedad importante a partir de esta sentencia de Junio de 1988, se niega a los colectivos el derecho al honor por entender que es un derecho propio de personas físicas y no de grupos, que podrán tener dignidad o prestigio, pero no honor<sup>(24)</sup>.

En la sentencia 165/87, caso de la asociación de vecinos, se deniega el amparo por no ejercerse el derecho a la crítica por los cauces normales para la formación de la opinión pública (se hizo por medio de hojas clandestinas la difusión de la información presuntamente injuriosas, que por cierto era formalmente injuriosa)<sup>(25)</sup>.

Finalmente, la sentencia 6/1988, caso de la Oficina de prensa del M. de Justicia, en donde se aborda el problema de la veracidad de la información periodística.

Para el citado López Guerra la solución al conflicto entre el honor y la libertad de expresión no parece que venga por la vía de la preeminencia o preferencia de alguno de estos derechos, sino por la delimitación de dos ámbitos, separados y no conexos, "dentro de los cuales aparece como protegible, bien el ejercicio de las libertades del art. 20, en el supuesto de que se den los requisitos

(22) Luis López Guerra. "La libertad de información y el derecho al honor". *Poder Judicial*. N.E. VI. Marzo de 1989.

(23) En concreto dijo: "es increíble que a mí me metan siete meses de cárcel y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey. Esto me confirma una idea que yo tenía arraigada: hay una gran parte de los jueces que son realmente incorruptibles, nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia".

(24) Criterio seguido después por las Salas 2ª y 1ª del Tribunal Supremo.

(25) Se trataba de un caso de subasta y ocupación de un piso, imputándose al autor de tal conducta los calificativos de "subastero" y "cuervo" a través de una serie de octavillas. Se condenó al presidente de la Asociación como autor de un delito de injurias graves a la pena de destierro y multa. El T.C. denegó el amparo.

que definen esas libertades, o bien, los derechos a la personalidad, fuera de ese ámbito”.

En mi opinión, sin embargo se está procediendo al sacrificio de uno de los derechos, en beneficio del otro, caso de colisión, determinando cuál de esos derechos debe sacrificarse los intereses dominantes en un momento dado en la sociedad española, pudiendo considerarse que el honor medio, o determinado por la sociedad, influye en la prevalencia de los derechos en conflicto, así como el carácter joven de nuestro sistema político, en el que la reafirmación del propio sistema justificaría, incluso, sacrificar bienes jurídicos individuales, lo que ciertamente puede ser peligroso si la necesaria ponderación no se efectúa con sentido de responsabilidad hacia la sociedad y los derechos del individuo, existiendo el peligro de que se devalúe el honor como consecuencia de un afán de defensa del sistema democrático. Piénsese en afirmaciones como ésta: “la posible oposición honor-libertad de expresión puede ser resuelta en favor de la libertad de expresión en aquellos casos en que la misma aparezca vinculada al principio democrático” (Berdugo, obra citada, pág. 80).

Por ello no es de extrañar que algún autor, como Estrada, hable de una devaluación del honor en la sociedad actual, o que un presidente de un club afirmase: “los personajes públicos estamos sujetos a la crítica, pero también tenemos honor” (*Diario 16*, 4 de Abril de 1990).

Para concluir este apartado podríamos fijar cuáles son *los criterios que el intérprete, abogado o juzgador, deben tener en cuenta* a la hora de valorar si una expresión puede ser constitutiva de un ataque al honor de una persona, y por tanto, quedar sujeta a responsabilidad:

1. Analizar si la expresión es concreta o ambigua, admitiendo varias interpretaciones. También si aquella es de por sí ofensiva en el contexto social, o es inocua según el mismo.

2. Determinar si se trata de hechos o juicios de valor. Los primeros deben ser ciertos, o existir una mínima diligencia de búsqueda de la verdad. Los juicios de valor no estarían sujetos a responsabilidad por el carácter subjetivo de los mismos, a no ser que concurran otras circunstancias.

3. Fijar el interés o intencionalidad que existe detrás de las manifestaciones, y en particular, si se trata de formar la opinión pública mediante el ejercicio de la libertad de expresión o de información.

4. Las circunstancias del sujeto, espaciales y temporales en que se produce la presunta conducta lesiva para el honor, así como el contexto lingüístico, no siendo justificable lo superficial o innecesario para el interés legítimo aparente.

5. Si el sujeto pasivo es una persona pública se debe aludir a su actividad pública en cuanto interesa a la opinión pública.

6. El medio a través del cual se ha producido la lesión al honor, si éste es cauce adecuado para la formación de la opinión pública.

7. En general, determinar la posible prevalencia de otros derechos fundamentales a los que se les otorga en un momento histórico una preeminencia en una jerarquía de valores<sup>(26)</sup>.

#### IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE AUTORIDADES, POLÍTICOS Y CARGOS PÚBLICOS

El honor, como derecho de la personalidad, debería de tener el mismo tratamiento, con independencia del sujeto activo o pasivo de la afrenta o conducta lesiva para el mismo. Pero en la práctica y legalmente existe un diferente tratamiento según que el sujeto pasivo de aquellas conductas sea un cargo público electo o de libre designación, un funcionario público, un político con expectativas de ocupar ese cargo, un personaje público que adquiere dicho carácter por los intereses que maneja, o, finalmente, un simple particular. Los primeros también se ven afectados por su condición a la hora de ejercitar acciones en defensa de su honor.

Por último, también habrá que distinguir según que el ataque al honor lo sea por su actividad pública, o afecte a su vida privada.

(26) La prevalencia de valores como la libertad ideológica se aprecia en sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1983, en donde por primera vez, en opinión de Berdugo —obr. cit. pág. 116— no se exige al denunciado probar que actuaba con otro *animus* que no fuese el *iniuriandi*, conforme la corriente jurisprudencial mayoritaria. En esta sentencia se abordan los incidentes ocurridos en la Casa de Juntas de Guernica. En concreto se dijo: “Esta Sala no puede aseverar, con la contundencia probatoria que sería menester, que el ánimo y propósito de los procesados, con un acto de interrupción del discurso de su Majestad, estaba dirigido a ofender el honor de la persona regia... o exclusivamente a poner de manifiesto su disconformidad con el acto... se da al menos una duda importante de la prueba practicada que debe resolverse según el principio axiomático del Derecho Penal, hoy reforzado por el art. 24-2 de la Constitución”.

Ya aludimos, al analizar el conflicto honor-libertad de expresión, que a partir del caso *New York Times v. Sullivan*, el Tribunal Supremo norteamericano ha permitido una mayor crítica de los cargos públicos, concepto que se va ampliando hasta abarcar a las personas notorias por manejar intereses colectivos. La postura de la jurisprudencia americana en esta cuestión la podemos resumir, siguiendo a Pablo Salvador (obr. cit. pag. 76) en lo siguiente:

- a) Los cargos o servidores públicos sólo pueden reclamar por difamación dolosa o gravemente negligente, lo que es extensible a las llamadas figuras públicas.
- b) Los simples particulares pueden reclamar con tal de que haya habido negligencia, no admitiéndose la responsabilidad objetiva.
- c) Para conseguir algo más que la indemnización de los daños reales probados hay que probar el dolo o la culpa grave.

En el derecho español nos encontramos con una doble vertiente del problema, pues, por una parte, los cargos públicos pueden estar protegidos por la figura del desacato y por tipos penales específicos en cuanto tengan jurisdicción, o sean de especial relevancia, como sucede con los altos organismos de la Nación, existiendo además una regulación especial para los parlamentarios. Por otra parte, el resto de los personajes públicos, por exclusión, quedarían sujetos a la protección genérica del C. Penal y la Ley de 5 de Mayo de 1982, pudiendo encuadrarse aquí personas que manejen intereses de un colectivo (por ejemplo, directores de un equipo de fútbol) o aspiren a ello (candidatos a cargos públicos por elección).

Respecto al *desacato* ya hicimos alusión a la postura doctrinal mayoritaria que propugna esta especie de injurias agravadas, a pesar de que como ha señalado reiterada jurisprudencia, el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y por ello se ubica entre los delitos contra la seguridad del Estado (interior). El problema sustancial que planteaban estos delitos era la posibilidad de la *exceptio veritatis*, limitada en el C. Penal a los funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de su cargo (arts. 456 y 461 del C.P.). Este problema sería extensible a los casos de injurias contra el Jefe del Estado o altos organismos de la Nación (arts. 146 y 161 del C.P.).

Muñoz Conde (obr. cit, págs. 546 y 635) ya se inclinaba por la vía de la concurrencia de una causa de justificación (art. 8-11 del C.P.) en los supuestos en que sean verdad los hechos injuriosos, por aplicación del art. 20 de la Cons-

titución, criterio que hoy día parece más vigente por las recientes sentencias del T. Constitucional ya mencionadas, y que comparte Berdugo al entender que es preferible esta vía “pues concede una mayor amplitud a libertad de expresión” que la vía de la *exceptio veritatis* (pág. 107 obr. cit.).

En mi opinión habría que distinguir según que el interés del sujeto activo fuese la crítica política, y ésta se efectuase por los cauces ordinarios para la formación de la opinión pública, de los casos en que haya una ausencia de tales elementos. En estos supuestos, sólo la *exceptio veritatis*, justificada sin duda por un interés relevante para la sociedad, podría excluir la punibilidad de la conducta. Sólo en el caso de que nos encontremos ante juicios de valor y no hechos, la colisión con la libertad de expresión o de información puede resolverse en favor de la defensa de los otros bienes jurídicos que también se defienden con estos tipos penales: el principio de autoridad, el prestigio de las instituciones, en suma, el propio sistema político. Bastaría aplicar el principio de que *lex specialis derogat legem generalem*. Otra solución sería entender que en aquellos delitos siempre hay un ataque al honor con independencia de que se ataquen otros bienes jurídicos, y por tanto la libertad de expresión estaría recíprocamente limitada por el derecho al honor de esos cargos públicos.

La protección que se otorga a los *parlamentarios* por las expresiones vertidas en el ejercicio de su cargo resulta bastante curiosa por su origen. Tras la promulgación de la Ley de 5 de Mayo de 1982, éstos quedaban protegidos cuando sus manifestaciones lo fuesen sobre hechos relacionados con su actividad parlamentaria, por aplicación del art. 71 de la Constitución. Pero cuando no se diese este supuesto podían verse inmersos en el sistema de responsabilidad que creó la citada Ley<sup>(27)</sup>. Por ello se promulgó la Ley de 29 de Mayo de 1985 que modifica la Ley de 5 de Mayo en el sentido de que sus manifestaciones no tendrán carácter de intromisión ilegítima, cuando se trate de opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Así se les concedía una especial inmunidad que hace pensar a Estrada por qué los particulares no pueden ser resarcidos por las lesiones a su honor cuando el ataque proceda de un Diputado o Senador, existiendo una clara lesión al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución en relación con el art. 18 de la misma, lo que es evidente aunque Berdugo intente justificar esta protección en la salvaguardia de una institución como las

(27) Estrada cita casos en donde se determinó la responsabilidad de parlamentarios, a pesar del art. 71 de la C.E., como la sentencia del Tribunal Constitucional 51/1985 y la Sent. del J. de 1ª Inst. nº 2 de Madrid de 22-XII-1983, en la que era demandante la Asociación Profesional de la Magistratura.

Cortes, de modo que operaría como una causa de exclusión de la pena, operando la inviolabilidad del art. 71 de la Constitución como una causa de justificación del art. 8-11 del C. Penal.

En cualquier caso, la protección que se otorga a los parlamentarios por las manifestaciones vertidas por hechos no relacionados con su cargo resulta injustificada, por otorgarse una especie de patente de corso en la dialéctica extraparlamentaria.

Los demás cargos públicos, incluidos los funcionarios, estarían protegidos por la legislación ordinaria, penal y civil. Otra cuestión es la crítica que el resto de los ciudadanos puedan hacer a su actividad o gestión.

Cuando la censura se dirija a cargos no protegidos por tipos especiales penales, ya dijimos que si se enjuiciaban hechos era posible aplicar la *exceptio veritatis*, y si se trataba de juicios de valor operaría el obrar en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información siempre que así resulte de la ponderación necesaria que haga el juzgador. Para los simples funcionarios la *exceptio veritatis* es aplicable por imperativo legal (art. 461 del C.P.). Para este resto de los cargos públicos sería aplicable lo dicho para los protegidos con mayores penas en los tipos penales, con la particularidad de que no podría hacerse uso de estos tipos para, alegando la *lex specialis*, reprimir la crítica a su actividad pública, ni tampoco la preeminencia de valores o bienes jurídicos distintos. Pero a todos estos cargos públicos y a los funcionarios, en cuanto adquieran relevancia con su actividad debido a la trascendencia de su función, se pueden aplicar los siguientes razonamientos del Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de Octubre, 165/87: “hay un valor preferente de la libertad de información cuando ésta se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, de modo que si se trata de personas privadas entonces no habría tal preferencia”.

El Tribunal Constitucional no entra a debatir la veracidad de los juicios de valor por tratarse de apreciaciones personales, atendiendo sólo al carácter formalmente injurioso de las expresiones y al carácter innecesario de ciertas frases al expresar la idea u opinión, pues en los demás casos la importancia o fuerza de la libertad de expresión o de información, como causa de justificación se corresponde con la relevancia pública del sujeto pasivo de la conducta lesiva para el honor (sent. 107/88, caso del objetor de conciencia).

Lo anterior sería aplicable al *debate político* y a la *lucha electoral*, en donde deben dominar los principios generales expuestos sobre la preferencia de la

libertad de expresión y los límites a la misma, sin más particularidades ni privilegios para los contendientes, aunque algún autor pretenda justificar conductas difamatorias en la propia naturaleza del sistema democrático, y la realidad nos presente conductas y expresiones de ciertos políticos verdaderamente difamatorias con motivo de luchas electorales o políticas<sup>(28)</sup>.

#### V. LA ELECCIÓN DE LA VÍA MÁS ADECUADA

Para el perjudicado por una conducta, en principio, lesiva para su honor, intimidad o propia imagen, así como para el profesional del derecho que debe asistirle, se puede plantear la duda de qué procedimiento seguir a la hora de hacer valer sus derechos ante los Tribunales de Justicia, en orden a obtener un castigo para el culpable de la intromisión, cuando no una indemnización que le resarza de los perjuicios sufridos.

Dejando a un lado los casos de atentados contra la intimidad personal y la propia imagen, que deben ser resueltos por la vía civil, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, la elección de la vía civil o penal puede ser problemática porque de ella dependerá en parte que prospere la acción ejercitada.

En efecto, los jueces civiles han rechazado demandas cuando el difamado era una autoridad pública, alegando la incompetencia de jurisdicción porque de ser ciertos los hechos podrían constituir un delito de desacato (art. 244 y ss. del C.P.). Esta postura resulta conforme con la Exposición de motivos de la Ley de 5 de Mayo de 1982, que matiza el posible problema así: ...“en los casos en que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece”.

Para García-Pablos (obr. cit, pág. 228), el criterio que debe usarse para

(28) La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo distingue a los particulares de las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección, al abordar la protección de la propia imagen, ya que permite que la imagen de estos últimos se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, así como la caricatura con arreglo a los usos sociales (art. 8-2a y b).

Para Pablo Salvador (obr. cit., pág. 82) esta excepción de la citada Ley se corresponde al principio de que “la categoría de personaje público exige una flexibilización de las reglas generales de tutela del honor, la intimidad y la imagen”, siendo extrapolable este principio al ámbito del honor, cuando se trate de aquellos personajes.

resolver estos conflictos o concurso de leyes, no resuelto por el art. 68 del C. Penal, debe ser el carácter subsidiario del Derecho Penal, al que se debe acudir sólo para proteger “los bienes jurídicos más valiosos de las amenazas más serias a los mismos y cuando se muestren ineficaces o insatisfactorios los otros resortes de naturaleza no penal de que dispone el Estado”.

Pero en donde el problema resulta de difícil solución es en los casos de *autoridades*, ya que un ataque contra su honor puede integrar un tipo penal específico, porque se incurriría en un delito de los perseguibles de oficio (“las ofensas dirigidas a la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y los delitos del Cap. VIII del Título II del Libro II del C. Penal” —desacatos, injurias e insultos a autoridades—), frente a los delitos semipúblicos que requieren la denuncia previa (los de injuria y calumnia cometidos por medio de la imprenta u otro medio mecánico de difusión), y los privados, que requieren la querrela y el acto de conciliación (el resto)<sup>(29)</sup>. En los primeros la elección de la vía civil por parte del perjudicado originará sin duda una alegación de la incompetencia de jurisdicción o de prejudicialidad penal —para estos efectos es indiferente la vía utilizada—, por más que algún autor considere que no se debe privar a los políticos y cargos públicos, con protección penal especial, del uso de la vía civil para resarcirse de los ataques a su honor.

Pero no puede olvidarse que en los delitos de desacato y similares el bien jurídico protegido no es sólo el honor de los cargos públicos, sino que también se protegen otros bienes jurídicos como el principio de autoridad, la dignidad de los cargos, las instituciones políticas etc. Por ello los titulares de esos bienes jurídicos no podrían alegar la lesión del honor, porque la conducta lesiva atenta contra diversos bienes jurídicos, sin que pueda distinguirse entre “honor privado” del sujeto pasivo y el “honor público” o dignidad del cargo, que trasciende a quien pueda ser un titular en un futuro. De ahí la dificultad para la despenalización de estas conductas, como propone cierto sector doctrinal. Como dice Quintero Olivares, existe un interés de orden público en estos tipos penales.

En consecuencia, sólo la vía penal será la utilizable para defenderse frente a los ataques manifiestos que no supongan una mera crítica a los cargos públicos.

López Guerra, al examinar esta cuestión (obr. cit, pág. 293) se pronuncia por la anterior tesis ante la ausencia de criterio jurisprudencial en el Tribunal Constitucional, de modo que “cuando se trata de posibles intrusiones en el

(29) Ramón Montero Fernández Cid, en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. pág. 127.

honor de personas ocupando cargos públicos (y por su función en ellos) la vía pertinente es la penal, y no la civil; no habría pues, en supuestos como el desacato (perseguido de oficio) elección posible para el afectado”.

En la práctica, los medios de comunicación prefieren que se emplee la vía penal a la civil por la frecuencia con que se desestiman las querellas, lo que permite afirmar que cuando *un particular* sea el sujeto pasivo del ataque al honor, sobre todo si se hace a través de un medio de comunicación normal, la vía más adecuada será la civil, por la mayor probabilidad de que prospere la acción ejercitada, siempre que la lesión no sea de suficiente entidad como para atender que se cometió una infracción penal. Pero, aun en este supuesto, habrá que examinar las circunstancias personales, de espacio y tiempo, y la propia naturaleza y forma de la afrenta, para determinar si no sería preferible una denuncia o querella basada en una supuesta *falta de injurias*. Piénsese en los insultos que dos vecinas vierten por causa de la ropa mojada, o en las discusiones que se producen en el ámbito de juntas de propietarios o accionistas. Además la reforma del C. Penal de 21 de Junio 1989 ha elevado considerablemente la pena de las injurias livianas (entre 25.000 y 100.000 pts. de multa —art. 586-1º del C.P.—).

En conclusión, la mayor o menor gravedad y trascendencia de la afrenta en función de las circunstancias referidas debe de orientarnos a la hora de elegir la vía más adecuada: *la vía penal*, como delito o falta (éstas limitadas a injurias verbales o de obra), o *la vía civil*, como medio de conseguir el resarcimiento económico casi con total seguridad.

Tratándose de autoridades, la vía penal es el único camino para la defensa del perjudicado, cuando los obligados legalmente no ejerciten la acción correspondiente (lo que sin duda podría orientar sobre el grado de respeto a los cargos públicos, que desde las máximas instancias se exige a los ciudadanos), lo que por desgracia sucede con frecuencia, cuando no sucede lo contrario de un modo precipitado y exagerado.

La vía civil quedaría limitada a los ataques a la vida privada de aquellas personas.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se puede hablar de una despenalización práctica de los ataques al honor de las personas, pues la jurisprudencia de estos últimos años ha creado un estado de opinión según el cual la vía civil es la más adecuada para resolver los ataques al honor, sobre todo cuando se vislumbre un mínimo de intencionalidad crítica o juicio de valor sus-

ceptible de encuadrarse en el ejercicio de la libertad de expresión o de pensamiento, y más aún cuando aquellos indicios aparecen en opiniones o noticias difundidas a través de medios de comunicación de masas.

## VI. LA INDEMNIZACIÓN POR LESIÓN DEL HONOR

Dos preceptos legales establecen los criterios a seguir para la determinación de los perjuicios causados como consecuencia de una conducta lesiva para el honor, y el importe de la indemnización. Me refiero a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, ya vista, que en su art. 45 dice: “La indemnización por perjuicios materiales y morales se fijará en la sentencia expresamente. Los Tribunales tendrán en cuenta el agravio y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta, así como la difusión de los mismos”, así como a la Ley de 5 de Mayo de 1982, que en su art. 9-3 establece que: “La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Este último artículo es de gran importancia porque la citada Ley en su art. 1-2 obliga a aplicar los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

Partiendo, pues de una eficacia civil y penal del citado art. 9-3, se distinguen los *siguientes criterios a considerar a la hora de reclamar y fijar la debida indemnización*:

1. La presunción del perjuicio siempre que exista la intromisión, lo que viene a confirmar el sistema de responsabilidad objetiva a que tiende la Ley. Para Pablo Salvador (obr. cit, pág. 57), “la responsabilidad objetiva restringe los flujos de información en mayor medida que la responsabilidad culposa”. La razón no es otra que la precaución que adoptarán los medios de comunicación cuando se trate de difundir una noticia sobre la que no tengan la certeza de su veracidad, criterio que ya vimos ha sido suavizado por el Tribunal Constitucional al permitirse las informaciones no probadas o erróneas (Sent. 6/83).

No obstante la presunción del perjuicio ha sido atenuada por los Tribunales, como en el caso de la Sentencia de la Sala Primera del T.S., que no la apreció por haberse puesto en duda el honor de una persona por sus propios actos (Sent. 26 de junio de 1987), criterio que han seguido los Tribunales para denegar la protección del honor en base a la teoría de los actos propios.

2. La indemnización no sólo comprende los daños materiales, sino que abarca también los morales. Normalmente serán estos últimos los que se produzcan en la práctica, lo cual no impide la existencia de, por ejemplo, lucros cesantes por las consecuencias de la difamación.

La indemnización de los daños morales ya se admitió en la famosa sentencia de 6 de Diciembre de 1912, aunque se exigía un perjuicio material, que posteriores sentencias fueron eliminando hasta admitirse un daño moral puro o espiritual, sin trascendencia material.

3. Para determinar la cuantía de la indemnización se atiende a la importancia del daño y a las circunstancias del caso. Para determinar a su vez la gravedad del daño se valorará la audiencia del medio (la misma naturaleza del medio, según el art. 45 de la L. de P. Jurisdiccional) y el beneficio obtenido por el causante de la lesión.

La Jurisprudencia del T.S. ha tenido que matizar estas reglas tan genéricas, pues por la vía de la indemnizaciones cuantiosas se puede originar un enriquecimiento de las víctimas, y si aquéllas son mínimas se corre el peligro de que las empresas periodísticas prefieran el pago de la indemnización que el comprobar la veracidad de su información<sup>(30)</sup>.

Para Fernández Albor<sup>(31)</sup>, que cita sentencias antiguas del T.S., éste ha valorado la conducta del culpable y posición económica del ofensor y del agraviado, evitándose los negocios de enriquecimiento, cuando no se ha limitado a dar plena libertad a las Salas sentenciadoras.

Se ha criticado que la referencia a la difusión del medio de comunicación

(30) Pablo Salvador cita en su obra el criterio del Juez Learned Hand según el cual es lo mismo en sus resultados preventivos un sistema de responsabilidad objetiva que el de la negligencia, porque el causante de un accidente sólo responde de él cuando el coste de las precauciones para evitarla (B) es menor que el de la probabilidad de que ocurra (P) multiplicada por el valor del daño causado (L):  $B = P \times L$ . En nuestro caso, los presuntos difamadores tomarán precauciones siempre que el coste de aquéllas sea inferior a lo que tengan que pagar de producirse la lesión.

(31) Agustín Fernández Albor, en *Libertad de expresión y Derecho Penal*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa. 1985.

pueda originar una indemnizaciones demasiado elevadas, incluso superiores a la muerte de una persona. Frente a esto Estrada (obr. cit., pág. 190) considera que lo mejor es elevar el importe de aquellas indemnizaciones, en vez de bajar las derivadas de lesiones al honor. De hecho la adaptación de nuestro derecho al de la Comunidad Económica Europea va a originar en poco tiempo dicha elevación por la vía de las muertes en accidentes de tráfico.

Lo cierto es que en la medida que las indemnizaciones no tengan en cuenta el beneficio de los medios de comunicación, serán más frecuentes las agresiones a la intimidad de las personas, porque el coste de reparar el perjuicio será poco relevante para la empresa periodística, estimando que la mera publicación de la rectificación de la noticia difamatoria no es suficiente, salvo que se trate de particulares, a los que podría ser muy costoso el anuncio correspondiente. Otro criterio sería el destinar el importe de la indemnización a reparar el honor del ofendido, acreditándose en sentencia, como se hizo en la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia 19 de Madrid en su sentencia de 26 de enero de 1985.

Finalmente, en el ámbito penal de modo exclusivo, el art. 465 del C.P. impone la obligación de los directores de los periódicos, a través de los cuales se hubiese difundido la calumnia o injuria, de publicar la satisfacción o sentencia condenatoria, en el término que señalen las leyes o Tribunales, si lo reclamare el ofendido, suponiendo una especie de derecho de rectificación que limita la facultad del Tribunal Penal a la hora de indemnizar los perjuicios morales, pues es potestativa del perjudicado esta vía de reparación de su honor, y menos aún, puede ser ésta la fórmula para reparar el daño causado con carácter exclusivo.

También el art. 456 del C.P. facilita la rectificación, esta vez por medio de los periódicos oficiales, publicando la sentencia en que se declare la calumnia, sin lo pidiese el calumniado, lo que implica poner a disposición de un particular medios públicos para reparar su honor y demuestra que el Estado está interesado en la protección de este derecho de la personalidad.

## VII. CONCLUSIONES

*Primera.* El derecho al honor tiene el carácter de derecho de la personalidad que en nuestro derecho se configura como el derecho a ser respetado, o lo que es lo mismo, a que se respete la reputación y honra de una persona, correspon-

diendo al Estado el evitar que se produzcan agresiones o ataques a ese derecho, así como a procurar la reparación de los daños causados, por ser una materia en donde existe un interés público y privado.

*Segunda.* La protección de este derecho no es lo mismo en el ámbito de los países latinos que en el de los anglosajones. El concepto de honor clásico parece más arraigado en los primeros, no admitiéndose la prueba de la verdad sino en casos muy limitados. Por el contrario, en el ámbito del derecho anglosajón, construido por la jurisprudencia, la prueba de la verdad tiene gran valor, aunque también se valore la intencionalidad o malicia y el carácter más o menos público del sujeto pasivo de la conducta lesiva para el honor.

*Tercera.* El Derecho español parte de una concepción latina del honor, otorgándose una protección inicialmente penal, pero ha evolucionado a favor de una despenalización de las conductas lesivas a aquel derecho por medio de la Ley Orgánica de 5 de Mayo de 1982. No obstante la prueba de la verdad sigue limitada legalmente en el ámbito penal a los casos de funcionarios por hechos concernientes al ejercicio de su cargo y a las calumnias. En el ámbito civil tampoco tiene eficacia la prueba de la verdad por lo dispuesto en la citada Ley Orgánica, a lo que coadyuva una especie de responsabilidad objetiva establecida por la jurisprudencia.

*Cuarta.* Existe una tendencia doctrinal favorable a la despenalización de las injurias y calumnias, por la excesiva ambigüedad de los tipos penales y consiguiente inseguridad jurídica, al quedar en manos de los Tribunales de Justicia la determinación de cuándo existe un ilícito penal, civil, o el mero ejercicio de un derecho constitucional. No obstante existe la dificultad a la hora de abordar la despenalización de los llamados tipos cualificados de injurias, como son los desacatos, de que el bien jurídico protegido no es sólo el honor del cargo público sino también el propio sistema político. Quizás la vía de la *exceptio veritatis*, aplicada legalmente, evitaría que los cargos públicos se viesan amparados por aquellos tipos penales para cometer verdaderos abusos. Una posible solución también se encontraría en la reducción de las penas de estos delitos o permitir una escala de penas más amplia.

*Quinta.* El honor se ha convertido en la práctica jurídica en un valor relativo, de modo que deja de ser un bien jurídico absoluto para pasar a tener un carácter relativo. Por ello se puede hablar de una idea democrática o socializada del honor porque la defensa del mismo se halla condicionada, por una parte, por otros bienes jurídicos, cuya defensa condiciona la eficacia de aquél, y

por otra, por lo que se ha llamado honor medio u honor que la sociedad considera digno de tutela. El honor se tendrá que sacrificar ante otros derechos reconocidos en la Constitución y que tengan su mismo rango de derecho fundamental. La prevalencia de uno u otro derecho dependerá de las circunstancias socio-políticas dominantes, que en la práctica imponen una jerarquía de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, por más que se diga que no debe calificarse a estos derechos como preferentes sobre los demás. Finalmente, el honor objetivo domina sobre el subjetivo y se perfila por la sociedad en función de los valores morales dominantes en una sociedad, el cual trasciende a las personas encargadas de velar por la protección de este derecho de la personalidad.

*Sexta.* En el ámbito de los conflictos entre la libertad de expresión y de información, y el derecho al honor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional ha otorgado protección a los primeros por la vía del ejercicio de un derecho, operando como una causa de justificación del supuesto ilícito penal, de modo que se destruye la antijuricidad de la conducta (a no ser que admitamos la teoría de los elementos negativos del tipo).

En la práctica, la preeminencia de la libertad de expresión es evidente cuando se produce el ataque a la dignidad de la persona por medio de un medio de comunicación periódico y legal. A su vez, se exige por los Tribunales que la expresión o información cumplan unos requisitos para evitar que al amparo de aquella causa de justificación se cometan abusos que integrarían ataques al derecho al honor.

En las matizaciones jurisprudenciales han salido perjudicados los colectivos y grupos sociales, como las llamadas clases del Estado, al no reconocérseles el honor sino la dignidad, por el carácter individual de este derecho de la personalidad.

En general, resumiendo el tema en cuestión, se otorga prioridad al interés colectivo que representa o implica la libertad de expresión por considerársela esencial en un sistema democrático, aunque en teoría el honor y aquel derecho fundamental tienen el mismo rango y no deba otorgarse preeminencia a ninguno de ellos.

Hablando de prioridad me refiero a que al entrar en colisión los dos derechos se produce una colisión entre los campos de influencia de cada uno de ellos, en donde despliegan su eficacia protectora. Al fijarse el límite o frontera entre los dos campos se amplía o restringe aquel ámbito protector, de modo

que se pueda llegar a comprimir o reducir a uno de esos derechos, devaluándolo, si no se actúa con ponderación a la hora de marcar el citado límite.

*Séptima.* El panorama actual de la jurisprudencia aconseja utilizar la vía penal cuando se trate la víctima de personas que ocupan cargos públicos penalmente protegidos, o funcionarios públicos, y el ataque del honor deriva de hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Por el contrario, tratándose de particulares, o hechos relativos a la vida privada de los citados anteriormente, lo procedente es acudir a la vía civil, siempre que el ataque al honor no sea grave, atendiendo a las circunstancias de espacio, tiempo, personales y sentido gramatical de las expresiones vertidas, así como la concurrencia de otros *animus* o intenciones que debiliten o destruyan el *animus iniuriandi*, si es que no merecen la calificación de injurias livianas, constitutivas de una falta.

Si las injurias y calumnias fuesen difundidas por un medio de comunicación legalmente establecido, hay que valorar la posibilidad de que el causante de la lesión pueda acreditar una intencionalidad que destruya o debilite el dolo específico de estos delitos, para decidirse por la vía penal, o por la vía civil y el derecho de rectificación, como medios más eficaces y rápidos para conseguir la reparación del perjuicio causado. Si se trata de autoridades o funcionarios públicos sólo es factible la vía penal, pero también deberá valorarse la propia conducta del sujeto pasivo de la afrenta y la tendencia jurisprudencial que obliga a los personajes públicos a soportar una mayor crítica por su gestión o actividad de dicho carácter. No en vano, los funcionarios públicos tienen que soportar la injuria cuando el acusado de ella pruebe la veracidad de sus imputaciones, si éstas se refieren a hechos concernientes al ejercicio de su cargo, conforme al art. 461 del C. Penal.

*Octava.* En toda esta problemática libertad de expresión-honor, corresponde a los periodistas la máxima diligencia en la comprobación de la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus noticias y comentarios, evitando que al permitírseles informaciones erróneas o no contrastadas se cometan verdaderas difamaciones que no estarían justificadas por la necesaria libertad de prensa, ya que no se cumpliría el fin para el que se otorga, la formación de la opinión pública. Habrá que ponderar en cada caso la conveniencia de difundir la información sobre la base de relacionar la veracidad y el contraste necesario de lo que se va a publicar, y la obligación de mantener informada a la opinión pública, correspondiendo a las asociaciones de periodistas velar por que se produzca aquella ponderación.

*Novena.* Frente a la postura de quienes proponen una despenalización de las injurias y calumnias se propone una reforma de los tipos penales en el sentido de redactarlos con una mayor casuística, a fin de perfilar las conductas que deben ser sancionadas penalmente.

Por el contrario, a quienes también critican la regulación civil opondría que tiene un gran valor como medio para resolver los ataques al honor menos graves, evitándose así una devaluación del honor en nuestra sociedad.

La concepción democrática del honor aconseja que el enjuiciamiento de las conductas presuntamente lesivas a aquél se haga por medio del jurado, aprovechando la actual regulación procesal de los delitos de injurias y calumnias, haciéndolo extensivo a los delitos de injurias contra altos Organismos de la Nación y a los desacatos. De esta forma serían los miembros de la sociedad los que harían efectiva la socialización de este bien jurídico, en el sentido de que determinarían los contornos y límites de este derecho de la personalidad, frente a otros derechos que también tienen el carácter de fundamentales conforme a nuestra Constitución, con los que colisiona en la realidad diaria, sobre todo la libertad de expresión, de pensamiento y de información.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AUGER LIÑÁN, Clemente: "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen". *Poder Judicial*: Número Especial XIII.
- ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales". *Anuario de Derecho Penal*. 1983.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: "El derecho al honor de las personas jurídicas". *Poder Judicial*. Número Especial XIII. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982*, Civitas. 1989.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y libertad de expresión* Tecnos. 1987.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la U. Complutense. EDESA. 1985. Pág. 115.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 205.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: "La libertad de información y el derecho al honor". *Poder Judicial*. Número Especial VI. 1989.

- MARC CARRILLO: *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución de 1978*. Barcelona. 1987. P.P.U.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, parte especial*. Sevilla. 1982.
- MONTERO FERNÁNDEZ CID: En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 127.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Javier: "El recurso preferente y sumario del art. 53 de la Constitución". *Poder Judicial*, Número Especial VI. 1989.
- PABLO SALVADOR, M.T. CASTIÑEIRA. y otros: *¿Qué es difamar? Libelo contra Ley de Libelo*. Civitas. 1987.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor". *Poder Judicial*. N.E. XIII.
- ROMERO COLOMA, Aurelia: *Los bienes y derechos de la personalidad*. Trivium. 1985.
- T.S. VIVES: *Derecho Penal, parte especial*. (Con otros autores-UNED). Pág. 689.
- RUIZ VADILLO, Enrique: "Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas". En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 73.
- ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 233.
- SÁINZ CANTERO, J.A.: "El contenido sustancial del delito de injurias". *A.D.P.C.P.* 1957.
- IGARTUA ARREGUI, F.: "Crónica de la última jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión e información". *Actualidad Civil*. 1989-2.

# LA NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCESO CIVIL

**RICARDO MOYANO GARCÍA**  
MAGISTRADO

## SUMARIO

1. PREÁMBULO.
2. LA NULIDAD DEL PROCESO CIVIL.
3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL.
4. SITUACIÓN FUTURA.

## 1. PREÁMBULO

Se ha dicho que una sociedad en la que las relaciones entre sus miembros se desarrollaran sin necesidad del recurso a la coerción, podría prescindir del Derecho. Esta visión quimérica del existir humano se contrapone al clásico axioma de SANTI ROMANO: “Ubi societas, ibi ius”. Si trasladáramos la utopía al propio interior del Derecho podríamos decir igualmente que en un ordenamiento en que los actos jurídicos se desarrollaran siempre conforme al modelo previsto por la norma podría prescindir de la categoría de la nulidad. Sin embargo, también aquí la realidad se encarga de demostrar que la regulación de la nulidad, como un revés o negativo del acto válido, ha de encontrar acomodo en cualquier sistema desarrollado de normas.

El instituto de la nulidad, en efecto, pertenece a la Teoría General del Derecho, y por igual se habla de un contrato civil, mercantil o laboral nulo, que de la nulidad de los actos de policía administrativa, o de la liquidación de un impuesto. También la categoría de la nulidad tiene vigencia en las ramas del Derecho llamémosle Adjetivo. Es decir, en aquellas normas que disciplinan no lo que el Derecho es, sino el cómo se aplica: la regulación de los expedientes (Derecho administrativo, laboral, mercantil...) en que interviene una Administración pública, o (Derecho Procesal) un órgano del Poder Judicial. La singularidad de la nulidad del expediente o proceso ha sido tradicionalmente el efecto multiplicador de la anulación, pues al insertarse el vicio en el “iter” procedimental se afirmaba que acarreaba la nulidad de todos los actos subsiguientes, los cuales, aunque de por sí fueran válidos, como producto de la secuencia causal del trámite entero, quedaban “contaminados” de irregularidad. Conclusión ésta desterrada ya de la moderna legislación administrativa —a medio camino de los principios de subsanación y de conservación de los actos—, pero sólo recientemente de la legislación judicial, concretamente a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, tributaria en muchos aspectos precisamente de las leyes administrativas.

Interesa a este breve artículo el análisis concreto de la anulación de actuaciones en los procesos judiciales, y más limitadamente, en el proceso civil. Pero sin abandonar todavía el marco de las generalidades, añadamos que en los últimos años, apremiada la Justicia por las diversas solicitudes de la prisa, la categoría del acto nulo se ha multiplicado: el incremento del número de asuntos,

el precipitado rejuvenecimiento de la Carrera Judicial —y de la Abogacía, la Procura...—, las no menos aceleradas, pero confusas, reformas de las leyes vigentes, han creado la paradójica situación de que, a la búsqueda de la resolución rápida, se incurra en frecuentes errores que desembocan en la declaración de nulidad de actuaciones, la marcha atrás del proceso como en el mito de Sísifo, y en suma el incremento “ad nauseam” de las indebidas dilaciones que se trataban de evitar, por constitucional mandato.

Confiemos en que el futuro traiga mejores vientos al aplicador del Derecho, y la categoría de la nulidad procesal sea una figura si no escolástica, sí por lo menos infrecuente.

En cualquier caso, y producido con la repetición cuantitativa que se quiera el acto procesal nulo, la reparación se produce mediante la declaración de la nulidad en acto procesal ulterior. Ahora bien, ¿debe emanar ese acto del propio órgano jurisdiccional en el que el acto nulo se ha residenciado, y en el mismo proceso? ¿O debe atribuirse la competencia a órgano distinto y de superior jerarquía? Desde luego, la primera posibilidad favorece la celeridad, aunque a costa de introducir factores de incertidumbre sobre la intangibilidad de los actos procesales, y por lo tanto perjudica a la seguridad jurídica. La segunda posibilidad favorece la seguridad, aunque dilata todavía más el proceso. El mismo choque de principios resulta de otra cuestión, la de los límites de la anulación. ¿Podrán atacarse también sentencias firmes? ¿En cuáles casos? Una elevación del listón de la nulidad mermará la seguridad, a beneficio de la equidad y la justicia, y viceversa.

En definitiva, el acto irregular supone la discordancia entre el acto abstracto previsto por la norma y el acto real acontecido. La regulación de la nulidad nos dirá en primer término qué irregularidades determinan un acto nulo y cuáles irregularidades no son invalidantes; en segundo lugar, qué actos nulos pueden subsanarse y cuáles, insubsanables o no subsanados, pueden declararse con determinados límites, nulos, y por cuál Autoridad, y qué actos, por el contrario, pese a su nulidad objetiva, van a producir efecto pese a todo en aras del principio superior de la seguridad jurídica, que exige que, antes o después, los actos procesales cristalicen y se rodeen de la cualidad de inatacables. Pues sólo así el cómo del Derecho permitirá alcanzar también su ser, que es a lo que en rigor el Derecho procesal se dirige.

## 2. LA NULIDAD DEL PROCESO CIVIL

En el proceso civil patrio ha habido una gran variación legislativa en los últimos años, agravada por las vacilaciones jurisprudenciales, por lo que deben señalarse cuatro etapas:

- a) Situación anterior a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 34/1984, de 6 de agosto.
- b) Situación tras la reforma de la L.E.C. por Ley 34/1984, de 6 de agosto.
- c) Situación tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de Julio, arts. 238 a 240.
- d) Decantación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 240.

### *a) Situación hasta la reforma de la L.E.C. por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.*

En el texto de la Ley adjetiva civil anterior a la reforma de 6 de agosto de 1984, podemos encontrar preceptos referentes a la nulidad de doble naturaleza:

—Normas singulares que prevén la nulidad de específicos actos procesales.

\* Art. 74: “... el Juez que se crea incompetente por razón de la materia podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio Fiscal, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. Igual facultad tendrán las Audiencias y el Tribunal Supremo al conocer de las actuaciones en virtud de los recursos de apelación o de casación ante ellos interpuestos. Cuando así lo hicieren declararán la nulidad de todo lo actuado, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda...”.

\* Art. 249: “Las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto”.

\* Art. 256: “Las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad”.

\* Art. 442: “Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza. Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intima-

ción o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables”.

\* Art. 279: “Serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos no practicados con arreglo a lo dispuesto en esta sección...”.

También en otros artículos, de forma similar al art. 74 citado, se alude a la posibilidad de que un órgano superior anule las actuaciones del órgano “a quo” al conocer de recurso, pues la nulidad procesal, los óbices adjetivos, son siempre previos al estudio de la cuestión de fondo objeto del recurso.

\* Un precepto general sobre la nulidad de actuaciones, el incidente previsto por el art. 742, ya que este precepto permite plantear como incidente del proceso las cuestiones que tuvieran relación... “con la validez del procedimiento”.

La jurisprudencia interpretativa de estos preceptos afirmaba: 1: Que las normas procesales son de orden público, y que por lo tanto también el propio Juez podía de oficio decretar la nulidad de los actos. 2: Que el llamado “incidente” de nulidad no era en realidad incidente sino recurso, y concretamente un recurso de carácter extraordinario, que sólo cabía deducir cuando estaban agotados los recursos ordinarios —reposición, apelación, casación, etc.—. 3: Que sin embargo no cabía pedir la nulidad sino antes de la sentencia firme, a no ser que la nulidad se refiriera a la fase de ejecución de dicha sentencia. 4: Que ni siquiera cabía plantear en un nuevo juicio declarativo la pretensión de nulidad del juicio anterior, salvo concretas excepciones (STS 3-11-1960, ó 10-4-1963) en que sí cabía este segundo juicio, por vicios tan clamorosos como la falta de emplazamiento de una parte.

No obstante, la práctica había desbordado la pretensión legisladora sobre el incidente de nulidad, que, abusivamente utilizado, suponía, más que una reparación de defectos del proceso, una vía para dilatar “ad aeternum” la conclusión del proceso. La perspectiva constitucional del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas (art. 24-2º de la C.E.) exigía un recorte de las posibilidades de anulación del proceso. Este objetivo fue acometido drásticamente por la Ley 34/1984, 6 de agosto.

b) *La nulidad en la L.E. Civil tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.*

El art. 742 de la ley reformada ha variado sustancialmente: se elimina la posibilidad de promover incidente que se refiera a la validez del procedimiento,

frase suprimida en el párrafo primero, mientras que el párrafo segundo explícitamente prohíbe el incidente de nulidad, y reconduce las peticiones de nulidad a los recursos ordinarios que se interpongan contra las resoluciones judiciales. Es decir, que parece excluirse una anulación de oficio, y en cuanto a la producida a instancia de parte, sólo puede obtenerse cuando se incorpore la petición como contenido de un recurso del tipo ordinario —reposición, apelación, etc.—, eliminándose el “plus” impugnatorio que suponía el jurisprudencialmente denominado recurso extraordinario de nulidad. Se gana en seguridad jurídica a costa de cristalizar irreversiblemente errores procedimentales no denunciados oportuna y diligentemente por las partes.

La crítica que mereció esta regulación casi draconiana de la nulidad de actuaciones fue diversa. Por un lado se alababa la supresión del incidente de nulidad en cuanto entorpecedor del curso del pleito principal o en todo caso significativo de un recurso dilatorio más. Pero por otro se criticaba la reducción del instrumento de la alegación de la nulidad, al entenderse que no siempre la nulidad se puede hacer valer mediante el recurso ordinario de reposición o apelación.

c) *Las innovaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de agosto de 1985.*

Sorpresivamente, muy poco después de la señalada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada un año más tarde rectifica parcialmente el cerrado campo a la anulación de actuaciones que había delimitado la reformada L.E. Civil, y, realizando una regulación de la nulidad procesal que toma como modelo a las leyes administrativas, después de confirmar que la nulidad debe ser pedida por las partes mediante recursos ordinarios (art. 240-1º), añade una frase que ha sido calificada de oscura, al abrir una indefinida puerta a otro instrumento de nulidad mediante “los demás medios que establezcan las leyes procesales”, que quizá, al margen de tener la finalidad de no establecer un “numerus clausus” que constriña futuras regulaciones de la ley procesal ordinaria, se refiera a casos ya vigentes como los artículos de previo pronunciamiento del proceso penal, en que no puede hablarse propia ni impropia de recurso, sino de incidente. Y por otra parte, y esto es lo novedoso, indica un tercer instrumento de nulidad, no ya a instancia de parte sino de oficio por el Juez que conoce de las actuaciones —implícitamente ha de suponerse que es éste y no otro Juez el mencionado por la Ley—: Art. 240-2º: “Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá de oficio, antes de que hubiera recaído sentencia definitiva, y siempre que no pro-

ceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

Pero antes de proceder al análisis del segundo párrafo del art. 240, veamos someramente el esquema general de la nulidad de actuaciones a que responde la Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. Acotación taxativa de los casos de nulidad de pleno derecho, que parecen corresponder a la categoría de la nulidad radical del acto jurídico, a diferencia de la mera anulabilidad. Estos casos son, según el art. 238:

\*“Cuando se produzcan los actos judiciales con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”. Norma obvia, que se corresponde con la regulación de las clases de jurisdicción y de la competencia de cada órgano en la primera parte de la Ley.

\*“Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave”. Traspone el art. 666 de la vieja L.O.P.J. de 1870, y por otra parte da generalidad al art. 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sin paralelo expreso en las leyes rituales de otras jurisdicciones) aunque además desarrolla el concepto de intimidación invalidante, trasladando al campo judicial los requisitos que ya fijaba para el Derecho sustantivo el art. 1267-2º del C. Civil, en materia de consentimiento contractual. Aunque algunos autores hablan en el caso del art. 238-2º de “Consentimiento judicial” es evidente que la resolución judicial nunca es fruto de la voluntad del Juez —libre o forzada— sino de la aplicación de la ley, por lo que el término “consentimiento” es aquí una infeliz licencia de lenguaje.

\*“Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”.

Éste es el caso más frecuente e importante, pero también el más oscuramente descrito. Se defiende al Juez —salvo que el desarrollo de la ley ordinaria recorte “de lege ferenda” su arbitrio— el precisar qué trámites son de esencia y en qué casos se han vulnerado los principios constitucionales de libre contradicción y derecho a la defensa letrada y además este ataque al principio ha dejado indefensa a la parte.

Además de los casos del art. 238, que son de nulidad de pleno derecho, según el art. 240-1º también son impugnables los actos de forma defectuosa,

siempre que determine la falta de algún requisito indispensable para alcanzar su fin o la indefensión de la parte. La distinción entre esta categoría de actos y los del art. 238 no es clara, aunque podría estar en la vieja distinción en Teoría General de Derecho entre nulidad radical (limitada a los supuestos del 238) y simple anulabilidad (donde se incluirían los casos del art. 240). Así resulta de la regulación paralela de la nulidad de los actos administrativos, donde se distingue con más claridad entre actos nulos de pleno derecho (los del art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo) de los actos anulables (los del art. 48 y 49). Queda sin dilucidar si la distinción entraña distintas consecuencias en la declaración de la nulidad, entre ellos el de los respectivos efectos “ex tunc” o “ex nunc” de la anulación.

2. Principios de conservación y subsanación: Acotado estrechamente el campo de la nulidad, se potencian los principios alternativos de subsanación y conservación de actos irregulares o independientes —aunque posteriores— del acto nulo. Con el principio de la subsanación se destierran arraigadas costumbres formalistas —a veces más que formalistas formulistas— de la práctica forense, que con el prurito de atender a la igualdad procesal de las partes aplicaban rigurosamente el principio de preclusión de los actos procesales. La conservación del acto supone por su parte el destierro del axioma de inexorable concatenación de los actos procesales, de suerte que la nulidad de uno de ellos acarrea la de todos los siguientes, como castillo de naipes.

—Subsanación: El art. 243 expresa que “los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales”, con escaso desarrollo todavía en la legislación, pudiéndose citar como norma importante el art. 693 de la L.E. Civil, posibilidad de subsanaciones en la comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía. También alude a la subsanación el propio art. 240-2º L.O.P.J. Los actos irregulares quedan, por la subsanación, convalidados, es decir, sanados (véase el art. 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo.).

—En cuanto a la conservación del acto, lo expresa con claridad el art. 242: “1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de los demás del mismo que sean independientes de aquélla”. Se ha trasladado aquí el contenido sustancial del art. 50 de la L.P.A. ya citada. Por el contrario, se omite el contenido del art. 52. que obliga a la autoridad que declara la nulidad a precisar los actos que

conservan validez. Pero lógicamente, pese a esta omisión, y para evitar confusión, también el Juez que declara la nulidad parcial deberá igualmente determinar el alcance de la anulación y de los actos o partes de acto que conservan validez.

3. Instrumentos de impugnación: Según el art. 240 L.O.P.J. hay tres medios de ataque del acto nulo:

\* El recurso ordinario o extraordinario establecido por la ley para impugnar la resolución de que se trate (240-1º).

\* Anulación por el propio Juez o Tribunal que conoce del asunto, aunque no se haya interpuesto recurso. La anulación puede ser de oficio o a instancia de parte, y el único límite temporal es que no se haya dictado sentencia definitiva. (240-2º L.O.P.J.).

\* “Los demás medios que establezcan las leyes procesales”. (240-1º L.O.P.J.) Esta expresión ha sido calificada de ambigua, pero parece pretender el legislador no cerrar las vías de nulidad que pueda desarrollar la ley ordinaria, y aludir a remedios tales como el viejo incidente de nulidad, de momento abolido en la L.E. Civil, pero sí admitido en el proceso penal al amparo del artículo de previo pronunciamiento del art. 666 de la L.E. Criminal, según constante jurisprudencia.

Y llega el momento de analizar más en extenso este segundo párrafo del art. 240 de la L.O.P.J., principal novedad para el proceso civil con respecto a lo normado por la L.E. Civil. Destaca de su contenido lo siguiente: 1. De un lado, no sólo legitima al Juez para anular sus resoluciones de oficio, sino que está posibilitando que las partes —o incluso terceros— insten la declaración de nulidad de oficio una vez agotados, o decaídos por no interpuestos, los recursos ordinarios, con lo que viene a reproducirse en la práctica la situación anterior a la reforma de la L.E. Civil. 2. Se limita sin embargo la facultad autoanulatoria del Juez al ámbito del “proceso vivo”, puesto que no cabe anulación cuando se ha dictado sentencia definitiva, concepto que hay que entender equivalente, por la “ratio” del precepto, al de auto definitivo. Esta limitación es respetuosa con la diferenciación de la jurisdicción en grados, de modo que, una vez dictada la sentencia definitiva, los vicios procesales ya sólo podrían ser corregidos por el órgano superior al conocer de recurso (apelación, casación). De ahí que cuando un Juzgado o Tribunal dicte sentencia definitiva se afirme que “pierde la jurisdicción” para pronunciarse nuevamente sobre la misma cuestión —lo cual queda deferido al órgano superior—, y por esta razón

tampoco podría ya anular su propia sentencia ni actos procesales anteriores que condujeran al mismo efecto por aplicación del principio de anulación en cascada de los actos subsiguientes (efecto de todos modos no obligado de acuerdo con el art. 242 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, cuando la sentencia no ha sido recurrida, o es irrecurrible de por sí, además de definitiva es una sentencia ya firme, una sentencia que ha ganado el efecto de cosa juzgada y no es revocable ya por los órganos jurisdiccionales. Algunas podrán ser atacadas todavía por remedios de tipo rescisorio —recurso de revisión o de audiencia al rebelde, por ejemplo—; la mayor parte, ni siquiera eso. Pero ¿y si se detecta después un vicio anulatorio del procedimiento? En este caso, y aparte los limitados remedios rescisorios que contemplan las leyes procesales penal y civil, podría caber el recurso de amparo constitucional, previsto por el art. 53 de la Constitución, y por la Ley Orgánica 2/1979, a interponer en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, siempre y cuando se haya vulnerado un derecho constitucional en dicho proceso (art. 43 y concordantes de la Ley 2/1979). Con lo cual, el Tribunal Constitucional parece el órgano llamado a anular las resoluciones incursas en nulidad cuando se haya conculcado un derecho fundamental y no obstante ello los órganos jurisdiccionales ordinarios hayan dictado ya la sentencia firme.

El esquema dibujado, que parece corresponder a una lectura natural del art. 240-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de suponer una extensión de la autoanulación con respecto a la situación que, para el proceso civil, definía la L.E. Civil reformada, sigue primando el principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada, pero fuerza a los particulares a acudir a un órgano extraño al Poder Judicial, único para todo el Estado, y cargado de trabajo, para, recargándolo aún más, obtener la nulidad de un modo costoso y lento. ¿No habría otra interpretación posible, más flexible, del art. 240-2º, que permitiera a los órganos jurisdiccionales ordinarios declarar la nulidad de sus propias sentencias, con gran economía procesal? Pero, de hacerlo, ¿no se estaría derrumbando el principio constitucional de la seguridad jurídica, al arrojar sobre toda la constelación de sentencias firmes de los Tribunales la duda sobre su auténtica condición de firmeza, haciendo desaparecer la noción misma de la “cosa juzgada”? A este dilema se ha enfrentado el Tribunal Constitucional en los últimos años, sin que probablemente se haya dicho aún la última palabra.

c) *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 240-2º de la L.O. del Poder Judicial.*

\* Hasta la STC 110/88, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional, al conocer de recursos de amparo, se había limitado a recordar el contenido del art. 240 de la L.O.P.J., sin plantearse el posible conflicto entre la cosa juzgada y los derechos fundamentales constitucionales. En la polémica sentencia 110/88, de 8 de junio, acogió una novedosa interpretación del art. 240-2º de la L.O.P.J., según la cual la expresión “sentencia definitiva” que emplea la ley no es igual a sentencia que resuelve una instancia, sino a sentencia totalmente ejecutada, o más exactamente, “sentencia definitivamente ejecutada”, por lo cual la vía de la nulidad de oficio o a instancia de parte, decretada por el propio órgano que conoce de las actuaciones, es posible mientras todavía no se haya ultimado la ejecución de la sentencia.

Esta interpretación no puede ser compartida y mereció numerosas críticas (GÓMEZ DE LIAÑO, VALLS GOMBAU, entre otros). En realidad, el concepto de sentencia definitiva estaba ya acuñado por la doctrina y la propia ley (art. 369 o 1690 de la L.E. Civil por ejemplo, o el propio art. 245 de la L.O.P.J.) como equivalente a resolución que decide una instancia, momento en que el órgano se dice que pierde ya la jurisdicción, que podrá deferirse a órgano superior en caso de recurso o estar agotada a efectos declarativos si la sentencia es además firme e irrecurrible, pero en cualquier caso de ninguna fuente puede tomarse esa novedosa interpretación de sentencia no definitiva equivalente a no totalmente ejecutada. En realidad, como ha indicado GUI MORI, el Alto Tribunal quiere consagrar en dicha sentencia una “mentira técnica consagrada por la necesidad” en la célebre expresión de Rudolf IHERING.

El dilema en el que el Tribunal se situaba es el de mantener por la sanción de la cosa juzgada una sentencia penal cuyo contenido era de condena a pena privativa de libertad, ciñendo el art. 240-2º L.O.P.J., o permitir una interpretación más flexible de la norma, que permitiera al propio Juez anular su sentencia y las actuaciones ulteriores al momento en que se vició el proceso, por defectos de citación del acusado. Consideraba el Tribunal que, de mantener la interpretación literal del art. 240 “ello nos llevaría necesariamente a hacer uso de lo dispuesto en el art. 55.2 de nuestra Ley Orgánica, para llevar la cuestión (de inconstitucionalidad) ante el pleno de este Tribunal” (Fundamento Tercero). Como ya sabemos, el Tribunal opta por la solución heurística de equiparar “sentencia definitiva” a “del todo ejecutada”, con lo cual el propio Juez hubiera podido anular la sentencia, y en consecuencia otorga el amparo.

La sentencia no deja de ser cautelosa, ya que paladinamente declara que “ciñe el análisis al proceso penal”, marco en el que se producen los mayores conflictos, ya que de todas las injusticias posibles la mayor sería desde luego la ejecución de una pena carcelaria en virtud de una sentencia a la que se ha llegado tras actos procesales que han producido indefensión. Ahora bien, no es fácil, —¡salvo que multipliquemos “la mentira técnica”!—, el sostener que el mismo precepto, el art. 240-2º de la L.O.P.J., que es de aplicación a todas las jurisdicciones, se pueda interpretar de distintas maneras según se trate de juicio criminal o de naturaleza distinta. Y si abrimos la veda al Juez ordinario, haciendo desaparecer el límite a sus facultades anulatorias que contenía el citado art. 240-2º, la quiebra de toda seguridad jurídica está próxima, siendo como es la seguridad jurídica —de la cual el efecto de cosa juzgada es concreta emanación— un principio informador del ordenamiento jurídico, según el art. 9-3º de la Constitución. La interpretación de la sentencia 110/1988 incluso puede pugnar con el art. 117 de la Constitución, que obliga a los Jueces y Tribunales a juzgar primero y a ejecutar lo juzgado después. Si una vez juzgado el asunto y comenzada su ejecución pudiera volverse todo atrás de manera tan fácil, el órgano judicial podría estar desconociendo sus propias obligaciones constitucionales. Este y otros riesgos han sido señalados por el Auto dictado en el rollo de apelación 54/90, de fecha 12 de diciembre de 1990, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Entre éstos, la infracción del art. 267-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prohíbe a los Jueces variar sus sentencias una vez dictadas, salvo para aclararlas, o la posibilidad que se abriría de que un órgano inferior pudiera anular sentencias de la Audiencia o del Tribunal Supremo, o del propio Tribunal Constitucional.

No cabe, desde luego, desconocer la cicatería con que admite la ley vigente la rescisión de sentencias firmes, ya que el recurso de revisión es competencia sólo del Tribunal Supremo y cabe únicamente en concretos supuestos. Pero el remedio parece que debe venir más de ampliar estos cauces u otros que de atribuir una incondicionada facultad de anular sentencias firmes a cualquier órgano judicial de la planta. Con lo cual además se produce la flagrante contradicción de que graves sucesos deben purgarse mediante un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, mientras que para un número mucho mayor de casos de inferior gravedad cabría la solución anulatoria sin salir del órgano judicial de origen, y mediante un trámite poco menos que inmediato, que incluso podría causar indefensión ahora de las otras partes. Incluso, la STC 110/88 entra en contradicción con el propio cuerpo de doctrina del T.C. sobre el derecho a la tutela efectiva, que según las SS 205/88 y 12/89, incluye no sólo el derecho a la ejecu-

ción de las resoluciones firmes sino también el respeto a la firmeza de estas mismas resoluciones y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas.

\* La STC 22/1989 de 1 de febrero supuso un retorno al marco clásico anterior a la STC 110/1988, y en alguno de sus razonamientos la contradice abiertamente. Se trataba de un caso de proceso civil en segunda instancia, en que había recaído sentencia definitiva sin oír al interesado, a pesar de haberse éste personado, por un error del Tribunal. El propio Tribunal no pudo anular su sentencia por aplicación del art. 240-2º L.O.P.J., al no realizar la vanguardista interpretación de la citada STC 110/1988, y el Alto Tribunal, sorprendentemente, confirma ahora esta tradicional interpretación (sentencia definitiva igual a la que resuelve una instancia), afirmando que es la única posible: “No existe cauce legal para acceder a la petición de nulidad, puesto que ya había recaído sentencia — y sentencia definitiva— en la segunda instancia, lo que es coherente con el respeto a la cosa juzgada y por tanto también al principio de seguridad jurídica”.

¿Qué solución cabe entonces para hacer valer el principio de audiencia bilateral? Según la expresada sentencia, el legislador de la L.O.P.J. tenía en mente precisamente la existencia del recurso de amparo ante el propio Tribunal Constitucional e incluso el que aún no se ha desarrollado para ante la jurisdicción ordinaria, como vía ante la preclusión de la facultad del Juez del proceso para autoanular las actuaciones viciadas, por el límite impuesto por el art. 240 al haber recaído ya sentencia definitiva. Con la ventaja de que la jurisdicción unificadora del Tribunal Constitucional al conocer de los recursos de amparo evitaría la inseguridad jurídica de la eventual aparición de diversos criterios judiciales en la aplicación casuística de los decretos de nulidad.

En resumen, para esta sentencia, y aun a riesgo de que se colapse el Tribunal Constitucional, la misión de este Tribunal como garante de los derechos fundamentales la convierte en organismo llamado a resolver, a través del amparo, las contradicciones entre la santidad de la cosa juzgada y el quebranto de derechos fundamentales en el proceso. Implícitamente, esta sentencia descarta que el art. 240-2º de la L.O.P.J. esté incurso en inconstitucionalidad, a pesar de descartar la interpretación que de esa norma había dado la STC 110/88.

\* STC 211, 212 y 213/89: Estas tres sentencias, más recientes todavía, suponen una pirueta más del Alto Tribunal evidenciando las dificultades del problema. Estas tres sentencias, redactadas por el mismo Ponente (Truyol Sierra)

y concernientes a tres casos también de proceso civil en segunda instancia, venían a suponer una doctrina intermedia entre la 110/88 (nueva interpretación del art. 240-2º para evitar la inconstitucionalidad de la norma) y la 22/89 (innecesariedad de nueva interpretación y ajustamiento de la hermenéutica clásica del precepto a la Constitución). Por contra, estas tres sentencias no se atreven a postular la interpretación de la 110/88, pero indican que, si esa interpretación no es posible, puede haber verdaderamente causa de inconstitucionalidad en el art. 240-2º L.O.P.J., por incidir en estos supuestos el respeto a la cosa juzgada en privación del derecho a la tutela judicial efectiva, decidiendo la elevación de la cuestión al Pleno, sin perjuicio de, en aplicación de la doctrina ya sentada por la 22/89, conceder el amparo y anular “*motu proprio*” las actuaciones. Es decir, duda el Tribunal de si el Juez ordinario podría, tras sentencia, haber anulado las actuaciones, y, sin atreverse a despejar la duda por el lado afirmativo, sostiene que, de resolverse por el lado de la negativa, el art. 240-2º podría ser inconstitucional.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque útil a la comunidad jurídica, no deja de ser paradójico, pues se acude a este procedimiento sin haber despejado la duda de si es posible por vía interpretativa acomodar la norma al ordenamiento constitucional, actividad interpretativa que es previa a la cuestión de inconstitucionalidad, según el art. 5-3º de la propia L.O.P.J.

\* Los pronósticos sobre el resultado de la cuestión de inconstitucionalidad eran favorables a su estimación. Sin embargo, la sentencia recaída, 185/1990, de 15 de noviembre, ha declarado que el art. 240 no está incurso en inconstitucionalidad, con respecto a ninguno de los dos derechos fundamentales citados como atacados por el art. 240: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo definido por el art. 53-2º de la Constitución y el derecho a la tutela judicial, arts. 24-1 y 2 respectivamente.

Afirma el T.C. en esta sentencia que el mero hecho de que el recurso de amparo sea extraordinario y subsidiario no supone que el tener que recurrir a él por no quedar otro suponga una dilación indebida del proceso. Pasará a ser un recurso común a todas las violaciones de derechos fundamentales cometidas a medio de sentencias ya firmes, pero no por ello supone un retardo indebido, siempre y cuando los sucesivos recursos, incluido el de amparo, se resuelvan en plazos razonables. En cuanto al derecho a la tutela judicial, el hecho de que el poder judicial no pueda, una vez recaída sentencia firme, reparar ya los per-

juicios inconstitucionales causados por esa sentencia, pudiendo hacerlo solamente el Tribunal Constitucional, no es resultado que se derive precisamente del art. 240 de la L.O.P.J., sino del insuficiente desarrollo de los mecanismos legales para reparar tales infracciones en sede de jurisdicción ordinaria, y concretamente dos mecanismos: a) Los remedios rescisorios de sentencias firmes, como el recurso de revisión, anulación, audiencia al rebelde, etc., angostamente regulados por la ley. b) El recurso de amparo ante la jurisdicción ordinaria, previsto por la Constitución en su art. 53-2º pero pendiente todavía de desarrollo legislativo.

El Tribunal Constitucional, pues, insta a realizar una interpretación lo más amplia posible de los remedios rescisorios de sentencias firmes, y por otra parte se dirige implícitamente al legislador urgiéndole el desarrollo de los mecanismos legales ya señalados, concretamente el recurso de amparo ordinario.

En cuanto a cómo debemos interpretar el art. 240-2º de la L.O.P.J., parece claro que el Tribunal abandona la posición mantenida en la STC 110/88, y se acoge a la interpretación tradicional de sentencia definitiva como aquella que pone fin a una instancia.

### 3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL

El marco actual viene definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional que desestima la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que, pendientes del desarrollo legislativo al que el Tribunal urge, podemos resumir los trámites e instrumentos de la nulidad:

I. Por el propio órgano que conoce del proceso (art. 240-1º L.O.P.J.) siempre y cuando se recurra —reposición, súplica— la resolución que incurre en nulidad, y siempre cuando no haya recaído sentencia definitiva, a la que hay que equiparar los autos definitivos, por el juego del art. 267-1º L.O.P.J., irrevocabilidad de autos y sentencias después de firmadas.

II. También por el propio órgano que conoce del asunto, si no se ha recurrido la resolución viciosa, y de oficio o a instancia de parte, y una vez oídas todas las partes personadas, pero siempre y cuando tampoco haya recaído sentencia o auto definitivo (art. 240-2º L.O.P.J.).

III. El órgano superior de la jurisdicción ordinaria podrá también anular las actuaciones siempre y cuando a su vez no haya dictado su sentencia definitiva, y de oficio o a instancia de parte (art. 240-1º) o en virtud de recurso (art. 240-2º). Ahora bien, como quiera que el órgano superior sólo tiene competencia funcional sobre el asunto si la parte ha recurrido la resolución del inferior el recurso siempre será necesario. La diferencia es que en el supuesto del art. 240-1º el recurso tiene como contenido parcial o único la petición de nulidad, y en el supuesto del art. 240-2º el recurso tiene un objeto distinto, pero se puede aprovechar la tramitación del recurso para el pronunciamiento de la nulidad, con retroacción de actuaciones. No cabe en este caso argüir la “reformatio in peius” puesto que las normas procesales son de orden público y apreciables de oficio.

IV. Si la sentencia o auto no sólo es definitivo (o sea, que ha sido ya firmado y, aclarado o no, decide per se una instancia) sino además firme (o sea, irrecurrible por naturaleza o porque no fue recurrido en plazo), en algunos supuestos podrá atacarse esa sentencia sin abandonar la jurisdicción ordinaria mediante los recursos o remedios rescisorios, como el recurso de revisión del art. 1.796 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el recurso de audiencia al rebelde de los arts. 772 y ss. de la misma Ley. Estos recursos rescisorios deben interpretarse lo más ampliamente posible, para cobijar el mayor número de supuestos, sin merma del respeto a la cosa juzgada.

V. Si no son posibles los recursos rescisorios por no darse los supuestos o los plazos legales (máximo de cinco años para el de revisión, art. 1.800 L.E. Civil, o de ocho meses o un año en el de audiencia al rebelde, arts. 776 y 777 L.E. Civil), entonces cabrá, dentro de plazo y si se ha vulnerado algún derecho de los aludidos por el art. 53 de la Constitución, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

VI. En su caso, podrá también acudir a los Tribunales internacionales.

#### 4. SITUACIÓN FUTURA

El futuro ha de estar marcado por el total desarrollo del esquema anulatorio, que ha de ser la ampliación de los recursos rescisorios, la introducción de un auténtico proceso sumario y preferente de protección de derechos funda-

mentales ante la jurisdicción ordinaria (art. 53-2 de la Constitución) y si acaso, el juego de los “demás medios” de anulación que como vía adicional contempla el art. 240-1º “in fine” de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Respecto a esta tercera vía, podría suponer la reinstauración del incidente de nulidad abolido por la Ley de 6 de agosto de 1984. Ahora bien, a mi juicio no es correcto este cauce post-sentencia, ya que el mismo resultado se obtiene mejor con el procedimiento sumario del art. 53 de la Constitución, y podría vulnerar el principio de invariabilidad de sentencias por el Juez o Tribunal que las dicta. En cuanto a su reinstauración con anterioridad a la sentencia definitiva, no se me ocurre que tenga validez independiente de las otras dos vías del art. 240 de la L.O.P.J. Ahora bien, entiendo que la anulación de oficio o a instancia de parte (o sea, sin recurso) debería precisamente producirse tras un juicio de incidente, y en este sentido sí abogamos por su reintroducción. Con lo cual se evita el problema actual de muchas anulaciones sin suficientes probanzas, por no contemplar el art. 240-2º este trámite. Es decir, debiera existir la vía inmediata de nulidad del recurso contra la resolución judicial, y la más lenta, para cuando se hubiera dejado pasar la vía del recurso, o una vez agotada esta vía, de la anulación de oficio o a instancia de parte, que abriría un incidente con alegaciones y un corto período de prueba. Lógicamente, debiera concederse al Juez facultad de rechazar “a limine” las pretensiones infundadas de incidente.

Huelga decir, por último, que no cabe sin embargo utilizar como sustitutivo del amparo ordinario del art. 53 de la Constitución —pendiente de desarrollo— la vía de la garantía jurisdiccional civil del art. 11 de la Ley 68/72, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales, ya que esa garantía civil no tiene por objeto ninguno de los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución, puesto que no fueron incluidos ni en el marco inicial del proceso que le fue dado por la propia Ley en su art. 1-2º, ni en la primera ampliación, producida por el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero. En la segunda ampliación, de la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, sí se introdujo ya como objeto del juicio especial todo el contenido del art. 24 de la Constitución, así como el art. 14 y los demás susceptibles de amparo constitucional, pero se limitó esta ampliación a la garantía contencioso-administrativa del art. 6 de la Ley 68/72, excluyendo a la garantía jurisdiccional civil del art. 11. Como quiera que los actos procesales civiles no son realizados por la Administración sino por el Poder Judicial queda claro que no pueden ser objeto de la garantía contenciosa, y por lo tanto solamente si el acto procesal nulo vulnera los derechos de reunión, manifestación, libertad

de expresión, secreto de la correspondencia, libertad sindical, intimidad, honor, etc., podrían ser atacados por esa vía especial urgente, pero ésta es una posibilidad más teórica que real.

# INTERÉS LEGAL Y FISCAL DEL DINERO

**CARLOS LASARTE**

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA U.N.E.D.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

#### UN APUNTE ACERCA DE LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA Y DE LA REGULACIÓN DEL INTERÉS LEGAL.

Interés legal e interés básico del Banco de España bajo la legislación franquista.

La Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero.

Las Leyes de Presupuestos para el último lustro.

#### EL REPLANTEAMIENTO DE LA POSICIÓN PRIVILEGIADA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: LA LEY 10/1985, DE 26 DE ABRIL.

EL PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA  
DESIGUALDAD ENTRE INTERÉS LEGAL E INTERÉS DE DEMO-  
RA EN MATERIA TRIBUTARIA.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La igualdad o desigualdad de los componentes en los supuestos de  
hecho.

Argumentos económicos de andar por casa.

La naturaleza compensatoria o reparadora de los intereses de demora  
tributaria.

CONSIDERACIONES FINALES.

## INTRODUCCIÓN

Aunque el tema del que voy a tratar no ha tenido el eco social que merecería, desde la reforma parcial de la Ley General Tributaria (LGT), por la Ley 10/1985, de 26 de junio, ciudadanos y Hacienda no merecen el mismo tratamiento legal cuando retrasan o demoran el pago de sus deudas: el interés legal se incrementa en un veinticinco por ciento en favor de Hacienda.

Semejante disparidad de tratamiento, habrá de concordarse, es al menos llamativa, si no rechazable técnicamente, dada la identidad del supuesto de hecho que, con criterio desigual, afronta la LGT. Políticamente, es criticable que la Administración tributaria se autoatribuya prerrogativas injustificadas que desdichan radicalmente el conocido y justificado eslogan publicitario —y socialmente bastante más asumido, por fortuna, de lo que a veces indicaba el señor BORRELL, Ex-Secretario de Estado de Hacienda— de que *Hacienda somos todos*.

Hacienda somos todos, pero tratados desigualmente, como venía ocurriendo en los tiempos franquistas, cuando éramos más súbditos que ciudadanos. Parece confirmarse así el jocoso aforismo de que *la Hacienda no tiene enmienda* y la realidad política de que, cuando se trata de recaudar, la ideología no cuenta, sino que la “casta de técnicos” del correspondiente Ministerio dedica su atención a los aspectos recaudatorios y reelabora toda suerte de categorías, dogmas y principios del sistema jurídico general sin pensárselo dos veces. Por ello, alguna vez, he hablado de la notoria “perversidad técnica del Derecho Fiscal o tributario”: toda institución jurídica que toca o roza, resulta desfigurada.

Lo malo es que, recientemente, semejante perversidad se ha visto santificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de abril de 1990 (STC 76/1990. BOE 30 de mayo), que considera constitucional la desigualdad de trato entre contribuyentes y Hacienda. El hilo argumental del fallo consiste en sentar una serie de premisas en las que resume la “matizada doctrina” elaborada por el Tribunal en relación con el alcance del principio de igualdad y que convenientemente manejadas, permiten afirmar que no sólo es constitucional, sino también justo, necesario y conveniente que entre contribuyentes y Hacienda se establezcan las oportunas diferencias y el desigual tratamiento normativo cuando se retrasan en el pago.

### UN APUNTE ACERCA DE LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA Y DE LA REGULACIÓN DEL INTERÉS LEGAL

Como ya he indicado, la situación normativa actual es una rémora más del régimen legal franquista, bajo el cual se producía el mismo fenómeno o, al menos, un fenómeno parecido al anteriormente descrito: la convivencia entre interés legal del dinero e interés de demora tributario.

#### *Interés legal e interés básico del Banco de España bajo la legislación franquista.*

Fenómeno preocupante, además, aunque se mantuviera durante largo tiempo con carácter intangible, por el vano intento de los tecnócratas franquistas de hacer desaparecer los problemas con la vieja técnica del avestruz. Dado que la inflación de los años sesenta y setenta, una vez superada la fase de aislamiento, no podía ser controlada, se pretendía enmascarar manteniendo la cifra o tasa del interés legal en un ridículo 4%, que fue instaurado como tal por una Ley de 17 de octubre de 1939<sup>(1)</sup>, apenas terminada la fratricida guerra española.

Una Ley, pues, inspirada en una economía de guerra que, al igual de otras de la misma índole (los textos todavía vigentes respecto de los arrendamientos urbanos constituyen otra manifestación paradigmática del fenómeno al que me refiero), pudo desempeñar efectos beneficiosos durante algunos años, pero que —a partir de la década de los sesenta— resultó ser maligna para el funcionamiento macroeconómico del país. En concreto, resultaría necesario al menos recordar que, bajo la vigencia de dicha Ley, la litigiosidad en temas patrimoniales sufrió un notorio incremento siempre que los litigantes no hubieran previsto una cláusula penal para caso de incumplimiento contractual. Siendo el promedio de la inflación más del doble de la tasa del interés legal, el deudor prefería seguirlo siendo hasta el agotamiento de los recursos judiciales (una media, por tanto, de seis o siete años, si el asunto llegaba al Tribunal Supremo),

(1) Como es sabido, el texto originario del art. 1.108 del CC., en su segundo párrafo fijó el interés legal en el 6 por 100 anual (“Mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 por 100 al año”). Inmediatamente después de publicado el Código, incluso antes de que se hiciera extensivo a las provincias de ultramar (R.D. de 31 de julio de 1889, *Gaceta de Madrid* de 6 de agosto), la Ley de agosto de 1889 rebajó la tasa del interés legal al 5 por 100.

pues aunque fuera condenado en costas y tuviere que abonar gastos de abogado y procurador (circunstancia intrascendente para la mayoría de las empresas, que cuentan con Abogados internos o "igualados"), más el interés legal del 4%, se veía notoriamente compensado por la tasa de inflación o depreciación sistemática y continua del valor del dinero. Así puede apreciarse, con facilidad, en el cuadro que a continuación reproduzco:

#### PRECIOS: TASAS DE CRECIMIENTO ANUAL

| AÑOS | Deflactor<br>P.I.B. | Deflactor<br>Agricultura | Deflactor<br>Industria | Deflactor<br>Cons-<br>trucción | Deflactor<br>Servicios | I.P.C. | I.P.I. (*) | I.P.A. |
|------|---------------------|--------------------------|------------------------|--------------------------------|------------------------|--------|------------|--------|
| 1964 | —                   | —                        | —                      | —                              | —                      | —      | —          | —      |
| 1965 | 9,4                 | 15,7                     | 3,8                    | 10,4                           | 12,0                   | 13,6   | —          | —      |
| 1966 | 8,0                 | 6,2                      | 3,2                    | 7,4                            | 10,4                   | 8,5    | —          | 3,7    |
| 1967 | 7,7                 | -1,3                     | 3,4                    | 16,1                           | 11,2                   | 6,6    | —          | -2,3   |
| 1968 | 5,0                 | 6,9                      | 3,4                    | 7,6                            | 7,1                    | 4,8    | —          | 6,2    |
| 1969 | 4,3                 | 4,1                      | 3,0                    | 5,6                            | 3,8                    | 2,2    | —          | 4,6    |
| 1970 | 6,8                 | -1,6                     | 4,2                    | 11,0                           | 8,8                    | 5,6    | —          | -1,9   |
| 1971 | 8,0                 | 7,8                      | 5,3                    | 8,2                            | 9,8                    | 8,3    | —          | 5,1    |
| 1972 | 8,7                 | 10,4                     | 5,6                    | 6,8                            | 9,6                    | 8,2    | —          | 11,0   |
| 1973 | 11,9                | 12,7                     | 8,3                    | 18,2                           | 11,6                   | 11,4   | —          | 11,4   |
| 1974 | 16,4                | 8,0                      | 17,8                   | 26,1                           | 18,4                   | 15,7   | —          | 9,0    |
| 1975 | 16,7                | 16,1                     | 15,4                   | 20,3                           | 17,4                   | 16,9   | 9,1        | 15,6   |
| 1976 | 16,7                | 9,2                      | 16,2                   | 17,9                           | 18,5                   | 14,9   | 13,2       | 8,2    |
| 1977 | 22,8                | 29,7                     | 19,1                   | 25,5                           | 24,0                   | 24,5   | 20,2       | 22,0   |
| 1978 | 20,2                | 13,4                     | 18,0                   | 26,1                           | 22,8                   | 19,7   | 16,4       | 11,2   |
| 1979 | 16,7                | 7,5                      | 14,9                   | 21,3                           | 17,7                   | 15,7   | 14,6       | 12,9   |
| 1980 | 13,9                | -0,5                     | 14,5                   | 15,5                           | 15,9                   | 15,5   | 17,4       | 2,3    |
| 1981 | 13,6                | 8,7                      | 13,5                   | 12,7                           | 13,6                   | 14,6   | 15,6       | —      |
| 1982 | 13,7                | 15,2                     | 11,9                   | 13,6                           | 14,1                   | 14,4   | 12,4       | —      |
| 1983 | 11,8                | 6,3                      | 13,2                   | 9,4                            | 12,1                   | 12,2   | 14,0       | —      |
| 1984 | 11,8                | 9,6                      | 12,4                   | 11,0                           | 11,4                   | 11,2   | 12,2       | —      |
| 1985 | 8,9                 | 5,0                      | 9,1                    | 7,9                            | 9,2                    | 8,8    | 7,9        | —      |

FUENTE: Boletín Estadístico B.E., Anuario B.E. (Revisado 1985), I.N.E.- Contabilidad Nacional.

(\*) Empieza en 1975.

El inalterado mantenimiento de una tasa tan irreal de interés legal obligó a las autoridades económicas a jugar, a efectos tributarios, con otra variable hoy día intrascendente: el interés básico del Banco de España<sup>(2)</sup>, que pasó así

(2) Como ya digo, en 1990 el interés básico del Banco de España es ya un anacronismo, al haber

a convertirse en un parámetro conocido por los agentes financieros y por los técnicos de Hacienda, pero desconocido para el gran público y, si se me apura, para los juristas que prestaban escasa atención al Derecho Público.

Por tanto, no es de extrañar que el artículo 58-2-b) de la Ley General Tributaria (según redacción dada por el Decreto-Ley 6/1974, de 27 de noviembre, art. 15) dispusiera que: "... el interés de demora... será el básico del Banco de España vigente al tiempo de practicarse la liquidación" tributaria correspondiente; criterio legislativo que fue reiterado seguidamente en los artículos 36 y 45 de la Ley General Presupuestaria de 4 de agosto de 1977<sup>(3)</sup>.

Semejante estado de cosas se mantuvo, curiosamente, hasta la publicación de la Ley a que se refiere el siguiente epígrafe.

... sido incluso abandonado en su práctica profesional por los grandes intermediarios financieros (Bancos y Cajas, principalmente), los cuales funcionan directamente con tasas más ajustadas a la realidad, como el MIBOR (cfr. C. LASARTE, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos. 2ª ed., 1990. pág. 434.

En la doctrina civilista, describía bien el significado del interés básico del Banco de España el prof. F. SANCHO REBULLIDA, cuando en 1985 exponía que "el concepto de interés básico del Banco de España se crea por Orden Ministerial de 21 de julio de 1969, con el objetivo de armonizar e integrar la totalidad de los tipos de interés, al vincularlos a dicho tipo básico, que es el de redescuento. De este modo, la modificación del interés de redescuento implica la modificación paralela y armónica de todo el sistema. A este respecto, dispone el art. 1 de la citada Orden Ministerial: "Se establece un tipo de interés básico del Banco de España, el tipo de redescuento, en función del cual se determinarán en el futuro mediante la adición o sustracción de los correspondientes diferenciales, los restantes tipos de interés aplicables por el Banco de España, Bancos privados y Banco Exterior de España, Cajas de Ahorros, Cajas Rurales, Cooperativas y demás entidades de crédito cooperativo. Este interés ha visto modificada su cuantía en los años 1973 y 1974, hasta llegar a la actual, fijada por Orden Ministerial de 23 de julio de 1977, que lo cifra en el 8 por 100" (*Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2ª. ed., Lib. Bosh. 1985, ps. 156-157). Cfr. también, para este punto, G. CASADO (ed alt.), *Cuestiones tributarias prácticas*, La Ley, Madrid. 1989. p. 391. Más adelante en el texto se hace referencia a la aceptación del interés básico del Banco de España por parte de la LGP de 1977. Sin embargo, actualmente, también ha sido abandonado dicho parámetro por el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre. En efecto, según su art. 36: "1. Las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública devengarán interés legal de demora desde el día siguiente al de su vencimiento... 2. El interés de demora será el interés legal del dinero vigente el día que venza el plazo señalado en el número anterior, sin perjuicio de lo establecido en Leyes especiales". El mismo parámetro se ha de utilizar para el caso de que Hacienda sea la deudora, si bien en este caso, el art. 45 del RDL apenas citado incluye de nuevo discriminaciones de importancia, pues el interés de demora no es exigible de inmediato y, de añadidura, requiere la reclamación por escrito del contribuyente acreedor: "Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 36, párrafo 2, de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación". Pero la temática, evidentemente, excede del tenor de estas páginas y requiere ser desarrollada en otro momento o en otra sede.

(3) Cfr. G. CASADO (ed alt.), *Cuestiones tributarias prácticas*, ps. 391-393; J.M. RUIZ-RICO, en *Comentarios al CC*, XV-1, Edersa, Madrid 1989, P. 823, y bibliografía citada en ambas obras.

*La Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero.*

Por su fecha y para quien conozca el *iter* parlamentario, puede colegirse fácilmente que esta Ley fue una de las primera iniciativas legislativas asumidas por el primer Gobierno de nuestro actual Presidente, F. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, cuyo equipo afrontó valientemente una cuestión que, lejos de ser un puro dato técnico, era y sigue siendo uno de los pilares del reconocimiento de la realidad macroeconómica de la Nación.

Al enfrentarse a dicha Ley, el primer dato que llama la atención es que es uno de los pocos textos legislativos contemporáneos en los que la exposición de motivos es mucho más densa y extensa que el texto articulado en sí. En efecto, su contenido normativo es paladino y, simultáneamente, de gran concisión:

- 1) Se identifica el tipo de interés legal con el tipo básico del Banco de España..., salvo que la Ley de presupuestos establezca uno diferente (art. 1).
- 2) Dicho interés —por así decirlo único— será aplicable “cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que se derive la obligación”.
- 3) Se establecen finalmente una disposición transitoria (técnicamente intachable), una disposición derogatoria (que deroga el art. 1.108-2 C.C. y las leyes que modificaron el tipo de interés) y una disposición final (referida a la supresión de *vacatio legis* alguna).

La exposición de motivos, por el contrario, es enjundiosa y demostrativa a no dudarlo de la trascendencia que el Gobierno y, en definitiva, las Cortes daban al cambio legal operado. No resulta necesario extenderse en comentarios personales para acreditarlo. Basta sencillamente con transcribir la reiterada exposición de motivos para apercibirse de la consciencia de los nuevos gobernantes y de la nueva mayoría parlamentaria (me refiero, obvio es, a la de 1982; que sigue siendo paralela a la actual) por procurar un enfoque económico serio y real al eterno problema jurídico de las deudas dinerarias.

Comienza la exposición de motivos por recoger el estado normativo para acreditar el cambio legislativo realizado por la Ley 24/1984:.

“No obstante la elevación de los tipos de interés en el mercado, aquella Ley (la de 1939) no ha sido modificada. El mantenimiento del tipo de interés legal en el 4 por 100 resulta aún más injustificado si se tiene en cuenta que ya el artículo 15.1 del Decreto-Ley 6/1974, de 27 de no-

viembre, modificó el artículo 58.2.b) de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, de forma que para las deudas tributarias se toma como interés de demora el básico del Banco de España vigente al tiempo de practicar la liquidación.

La Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, recogió este mismo criterio en su artículo 36.2, extendiéndolo a la totalidad de los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública.

Más recientemente, la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, ha incluido en la Ley de Enjuiciamiento Civil un artículo 921 bis, que, para las resoluciones judiciales que contengan condena al pago de cantidades líquidas, imponen el devengo de intereses desde que aquéllas se dictan hasta quedar totalmente ejecutadas, tomando como referencia el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España, incrementado en dos puntos, salvo las especialidades previstas para la Hacienda pública en la Ley General Presupuestaria”.

Seguidamente, no ahorra calificativos la exposición de motivos a la malicia intrínseca que, para el sistema económico, significaba el mantenimiento de la tasa legal del 4%:

“La permanencia del 4 por 100 como tipo del interés legal del dinero resulta, por tanto, obsoleta respecto a la realidad social, discriminatoria respecto a la que rige para los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública, y favorecedora de todo tipo de incumplimientos hasta el momento en que por recaer resolución jurisdiccional condenatoria entre en juego el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Determinada así la fundamentación de la reforma, indica seguidamente la Exposición de motivos, con toda claridad, cuál es la *ratio legis* de la reforma introducida:

“Se propone por todo ello hacer coincidir el interés legal de demora con el recogido en el artículo 36.2 de la Ley General Presupuestaria, de modo que si bien la resolución judicial condenatoria al pago de cantidad líquida aparezca singularmente potenciada en su ejecutoriedad..., también con anterioridad a aquella resolución jurisdiccional los legítimos acreedores queden suficientemente protegidos”.

Finalmente, se indica el alcance absolutamente general de la reforma introducida, aunque aquí ciertamente se cuela de rondón una salvedad en la exposición de motivos (que señalo en la transcripción en cursiva) que parece tener valor profético:

“Como ya ocurriera en la Ley de 7 de octubre de 1939, se determina además expresamente el ámbito general de aplicación de este interés legal del dinero, *salvo lo dispuesto en Leyes especiales...*”.

El inciso comentado, con todo, no puede justificar las prerrogativas de la Hacienda Pública desde una interpretación correcta de la Ley 24/1984. En primer lugar, porque esta salvedad recogida en el preámbulo no encuentra reflejo en el texto articulado. En segundo lugar, las reglas generales de interpretación contenidas en el C.C. requieren tenerla por no puesta, pues tanto desde un punto de vista literal, cuanto sistemático o teleológico, vetan llegar a la conclusión de que las leyes tributarias puedan considerarse “especiales” cuando precisamente la *ratio legis* de la forma estriba en romper la discriminación provocada por las normas tributarias anteriores a la Ley 24/1984. El argumento me parece de tal pulcritud técnica y de tal rotundidad lógica que no creo necesario extenderme en él.

#### *Las Leyes de Presupuestos para el último lustro.*

La obsolescencia —término tan caro a los economistas— del interés básico del Banco de España, ya apuntado, se evidencia en el propio año de 1984. Apenas publicada la Ley 24/1984, la Ley de Presupuestos que se prepara por esas fechas abandona definitivamente tal parámetro, optando directamente por la fijación de un tipo concreto y directo de interés legal. Así, la disposición adicional novena (que pasa inadvertida durante algún tiempo, incluso para los Abogados en ejercicio) de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, establece que: “... el tipo de interés legal del dinero queda establecido en el 11 por 100 (once por ciento) hasta el 31 de diciembre de 1985”, sin hacer, por tanto, distinción alguna entre las obligaciones dinerarias de la Hacienda Pública y de los restantes mortales o Entidades.

Pronto, sin embargo, los técnicos de Hacienda abandonan su posición de igualdad y, una vez más a través de las Leyes de Presupuestos sucesivas, procuran la resurrección del *statu quo* anterior a la Ley 24/1984.

En efecto, ya la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986 (Ley 46/1985, de 27 de diciembre) estableció, en su disposición adicional duodécima,

el interés legal del dinero, con carácter general, en el 10,50%; pero, en un segundo párrafo, fijó un interés de demora en favor de la Administración tributaria del 13,125, reinstaurando pues el tratamiento discriminatorio con el que pretendió acabar la Ley 24/1984.

A partir de entonces, las sucesivas Leyes de Presupuestos han previsto para su anualidad correspondiente un interés de demora en favor de la Administración tributaria que supera entre un 20 y un 28 por ciento al tipo fijado en cada año como interés legal del dinero<sup>(4)</sup>, como puede comprobarse atendiendo al cuadro que a continuación reproduzco para no ser premioso:

| Año  | Interés legal | Interés de demora | Incremento |
|------|---------------|-------------------|------------|
| 1986 | 10,50         | 13,125            | 25 %       |
| 1987 | 9,50          | 12                | 26,312 %   |
| 1988 | 9             | 11,50             | 27,777 %   |
| 1989 | 9             | 11                | 22,222 %   |
| 1990 | 10            | 12                | 20 %       |

- (4) Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, disposición adicional decimonovena: “*Uno*. De conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 22/1984 (*sic*), de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, éste queda establecido en el 9,50 por 100 hasta el 31 de diciembre de 1987. *Dos*. Durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere el artículo 58, apartado 2, de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, modificada por la Ley 10/1985, de 26 de abril, será el 12 por 100.
- Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, disposición adicional cuarta; “*Uno*. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, éste queda establecido en el 9 por 100 hasta el 31 de diciembre de 1988. *Dos*. Durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere el artículo 58, apartado 2, de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, modificada por la Ley 10/1985, de 26 de abril, será el 11,50 por 100”.
- Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, disposición adicional tercera: “*Uno*. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del interés legal del dinero, éste queda establecido en el 9 por 100 hasta el 31 de diciembre de 1989. *Dos*. Durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere el artículo 58, apartado 2, de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, modificada por Ley 10/1985, de 26 de abril, será el 11 por 100. *Tres...*”.
- Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, disposición adicional quinta: “*Uno*. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación de tipo de interés legal del dinero, éste queda establecido en el 10 por 100 hasta el 31 de diciembre de 1990. *Dos*. Durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria será el 12 por 100. *Tres...*”.
- Sobre el tema considerado, en relación con esta última Ley, ofrecía ya la pertinente información, A. DÍAZ MORENO (*Derecho de los Negocios*, n.º 1, p. 39).
- En las líneas anteriores, como habrá observado el lector, se ha hecho alguna insistencia en la numeración de la Ley 24/1984, de 29 de junio. Dicha Ley fue publicada en el *BOE* con el ordinal 22/1984, aunque fue corregido de inmediato y sustituido por el verdadero: 24/1984. Es asunto nimio, pero conviene advertirlo, pues no sólo yerra en la numeración la Ley 21/1986, sino también ediciones actuales del CC. y legislación complementaria (como, por ej., la publicada en *Tecnos* bajo la dirección de R. BERCOVITZ, p. 561 de la octava ed., revisada y puesta al día en agosto de 1989).

**EL REPLANTEAMIENTO DE LA POSICIÓN PRIVILEGIADA  
DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: LA LEY 10/1985,  
DE 26 DE ABRIL**

Todas las Leyes de Presupuestos relacionadas, a partir de la 46/1985 (esto es, la presupuestaria para 1986), encuentran su fundamento técnico (ya que el legislativo no lo requieren) o precedente en la Ley citada en el epígrafe. En virtud de ella, se da nueva redacción al art. 58.2.b) de la Ley General Tributaria, regulador del interés de demora.

Hasta la publicación de la Ley 10/1985, el interés de demora era el básico del Banco de España vigente al tiempo de practicarse la liquidación tributaria correspondiente. A partir de ella, se establece que:

“El interés de demora... será el interés legal del dinero vigente el día que comience el devengo de aquél, incrementado en un 25 por 100, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente”.

Veremos enseguida que la STC considera sólo el incremento del 25 por 100, pese a que —como ya hemos visto— durante los años 1987 y 1988 el interés de demora tributaria fue, respectivamente, el 26,312 y el 27,777%. Este dato no lo considera, curiosamente, la STC. Por tanto, pese a que durante este año no ha ocurrido, no cabe descartar que los técnicos de Hacienda incrementen el interés de demora de nuevo en más de un veinticinco por ciento en años sucesivos, amparados en el pronunciamiento del TC.

Aparte de ello, creo que es también destacable la coetaneidad o coincidencia temporal entre la Ley 24/1984 y la Ley 10/1985, cuya tramitación parlamentaria anduvo en paralelo durante meses. Asistimos, pues, una vez más a un fenómeno suficientemente conocido por los juristas: las leyes generales ven destruidos sus efectos propios por leyes especiales o sectoriales que, inadvertidamente, para los propios parlamentarios, introducen un factor de perversión en la renovación normativa, una falta de coherencia dentro del ordenamiento jurídico. Si la intención definitiva y pertinaz de los técnicos de Hacienda era ya durante el año 1984 que el interés legal del dinero y el interés de demora tributaria no coincidiera, ¿para qué entretener a las Cortes Generales con la elaboración de la Ley 24/1984? La pregunta sigue sin respuesta.

**EL PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD  
DE LA DESIGUALDAD ENTRE INTERÉS LEGAL E  
INTERÉS DE DEMORA EN MATERIA TRIBUTARIA**

La publicación de la Ley 10/1985, de modificación parcial de la LGT (*B.O.E.* 27 de abril 1985) trajo consigo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte de los Senadores del PP (núm. 695/1985), al que posteriormente se acumularon dos cuestiones de inconstitucionalidad, promovidas por: 1) la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia (núm. 889/1988); y 2) la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (núm. 1.960/1988).

El recurrente ante la Audiencia valenciana ponía de manifiesto la existencia de un trato discriminatorio entre lo previsto para el administrado en materia de intereses de demora (art. 58.2.b LGT) y lo previsto para la Administración tributaria en relación con la devolución al sujeto pasivo de ingresos indebidos, según el art. 155-1 de la misma Ley, en cuanto para este último caso juega estrictamente el interés legal sin incremento alguno.

La Sala valenciana entiende, en efecto, que el citado artículo 58 LGT puede ser inconstitucional por conculcar el principio de igualdad: "...la finalidad del interés legal es resarcir al Estado del coste o perjuicio financiero que supone el retraso en el pago. Establecido dicho coste por ley en el interés legal, sin perjuicio de su adecuación anual en la Ley de Presupuestos, hay que preguntarse si el acreedor a una devolución de la Administración no sufre un mismo perjuicio financiero y, en cambio, en virtud de esta regulación obtiene un trato desfavorable en materia de intereses. Dicho trato es, a juicio de la Sala, discriminatorio, pues aquí se trata de restablecer el equilibrio de la relación tributaria, roto por la falta de pago en tiempo de la deuda, por lo que carece de justificación, y pudiera conculcar los arts. 14 y 31 de la Constitución".

El Auto del Tribunal Supremo en virtud del cual se plantea la segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad se incardina en el proceso contencioso-administrativo promovido por el Consejo General de la Abogacía contra el Real Decreto 2.631/1985, de 18 de diciembre, de procedimiento para la sanción de las infracciones tributarias y, en él, aparte de ponerse de manifiesto la desigualdad de trato, se defiende el carácter sancionador del incremento del 25%<sup>(5)</sup>, el cual estaría en contradicción con el artículo 25.1 de la CE.

(5) "En suma, se produce una desigualdad de trato entre Administración (art. 58.2.b LGT)

El Fiscal General del Estado arguye frente a la primera de las cuestiones, básicamente, que el artículo 14 de la Constitución regula la “igualdad entre las personas”, sin que dicho principio pueda extenderse a la Administración<sup>(6)</sup>. Por su parte, el Abogado del Estado realiza una extensa argumentación en defensa de la adecuación constitucional de la desigualdad de trato entre contribuyentes y Administración tributaria (ps. 22 a 24). Argumentación que, además de extensa, merece sin duda el calificativo de lucida (acaso también lucida, aunque personalmente no la comparto), pues se incorpora directamente a varios fundamentos de derecho de la sentencia, como veremos a continuación.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La referida STC 76/1990 considera la situación tratada en su fundamento jurídico noveno, que prácticamente habremos de transcribir de forma casi íntegra.

Tras relatar en él los aspectos fundamentales planteados en las cuestiones de constitucionalidad referidas, la sentencia comienza por establecer cuál sea la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad:

A) “No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14..., sino sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y carece de una justificación objetiva y razonable”.

... y administrado (art. 155.1) en la fijación de la cuantía de los mencionados intereses, que podría vulnerar el principio de igualdad (art. 14 de la C.E.). Por otra parte, en tanto los intereses de demora regulados en la norma cuestionada no persiguen el equilibrio económico de la relación tributaria, roto por la falta de pago de la deuda, sino imponer una sanción adicional, puede venir transgredido el art. 25.1 de la Constitución, porque esa sanción con fines disuasorios no responde a la conducta infractora ni a una tipificación adecuada” (p. 27 del texto mecanografiado de la sentencia, por el cual cito en adelante).

- (6) “Pero el precepto controvertido... no puede ser tachado de inconstitucional, porque se aplica por igual, como cualquier norma general, a todos los contribuyentes y deudores tributarios. Y la situación que contempla el art. 155.1 es radicalmente distinta. Pues no cabe comparar entre ciudadanos y Administración tributaria, porque el art. 14 de la C.E. predica la igualdad ante la ley únicamente de los españoles y, en general, entre las personas, pero no puede extenderse a la Administración. Y, dados los términos en que viene planteada la cuestión, no procede examinar la licitud constitucional de los privilegios que las Administraciones públicas ostentan” (p. 20).

B) “El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional”.

C) “El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.

D) “Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas... sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

Al sentar inicialmente las premisas transcritas, la sentencia incurre a mi juicio en una grave inversión metodológica, que le permite seguidamente contrastarlas sin realizar la valoración axiológica que debe subyacer en todo fallo jurisprudencial. Así, lo que hace es más jugar a la lógica, mediante la técnica del silogismo, que enjuiciar. Trataré de demostrarlo seguidamente.

*La igualdad o desigualdad de los componentes en los supuestos de hecho*

Acredita suficientemente la perversión metodológica del planteamiento de la sentencia el párrafo quinto del fundamento en cuestión, en el cual afirma directamente, sin valoración previa alguna, que “es obligado convenir con el Fiscal General del Estado y con el Abogado del Estado que no son iguales ni homogéneos los supuestos de hecho que contemplan los arts. 58.2.b) y 155.1 de la LGT”. Esto es, inicialmente, la sentencia realiza afirmaciones apodípticas, sin entrar a realizar contraste alguno entre el bifronte supuesto de hecho contemplado en los artículos señalados.

Hablo de bifronte supuesto de hecho, porque sencillamente es el mismo; sólo que en uno de los preceptos el contribuyente es deudor (art. 58.2.b) y en el otro acreedor (art. 155.1). ¿Cabe mayor igualdad entre supuestos de hecho? Se trata en ambos de una relación jurídico-tributaria; de una obligación dineraria, líquida y exigible; de idénticos sujetos, que en las normas referidas se

intercambian la posición de acreedor/deudor; de una obligación nacida *ex lege* y derivada del sistema impositivo, cuyas prescripciones obligan tanto al contribuyente cuanto a la Administración, que también se encuentra sometida al Derecho, al igual que los restantes poderes públicos. La conclusión, pues, es evidente: el supuesto de hecho genérico es el mismo, pues aparte de los componentes referidos, estructuralmente hablando, no puede manejarse ningún otro.

La sentencia, sin embargo, comienza por argumentar que “no cabe, en efecto, sostener que la Administración tributaria y el contribuyente se encuentren en la misma situación como si de una relación jurídico-privada se tratara...” para deducir de inmediato que el deber tributario de contribuir conlleva la atribución de potestades que “por esencia sitúan a la Administración como *potentior persona* en una situación de superioridad sobre los contribuyentes”. Atiéndase a la calificación latina porque, a la postre, es la única que permite al TC. concluir que un mismo supuesto de hecho, bifronte insisto, merezca consecuencias diferentes. Por otra parte, es obvio que nadie ha pretendido calificar el deber tributario como de relación jurídico-privada. Ni se acierta a ver para qué trae a colación la sentencia semejante párrafo. ¿O es que pretende decir que en relaciones jurídico-públicas no tiene por qué existir igualdad de trato entre los sujetos de las mismas en supuestos de hecho similares, aunque se contemplen desde la perspectiva diferente?.

*Argumentos económicos de andar por casa.*

En los dos siguientes párrafos del fundamento de derecho la sentencia desgana la tesis de que la mera eventualidad de que grupos de contribuyentes pudieran retrasar el pago es asunto gravísimo, resultando por el contrario irrelevante el retraso de Hacienda para los ciudadanos que “ocasionalmente” sean acreedores y no deudores. De paso va realizando afirmaciones de índole económica que suscitan, cuando menos, perplejidad:

1) Se trata de “un bajo interés de demora” el fijado, claro en favor de Hacienda.

La afirmación es sencillamente insostenible y en todo caso injustificada. Es decir, la sentencia no la justifica. ¿Qué parámetro se utiliza para saber si el interés es bajo o alto?

2) El tipo de interés de demora está “muy distanciado del valor del dinero en el mercado”.

El argumento es igualmente rechazable. Bastaría recordar que en operaciones bancarias de pasivo no es fácil conseguir el doce o trece por ciento de interés a favor de los depositantes; que las inversiones instrumentadas a través de los mecanismos financieros del propio Tesoro público no rentan tampoco tasas superiores, etc.

3) Que Hacienda sea deudora, es “un supuesto (éste) que, por muy frecuente que pueda ser, nunca lo será en la magnitud numérica y cuantitativa” del fenómeno inverso.

El aserto es relativo, si no absolutamente falso. En relación con el IRPF, por ejemplo, es conocido sobradamente que en los últimos años las declaraciones positivas no llegan a representar como promedio más del veinte por ciento de las declaraciones presentadas y que son numerosas las declaraciones negativas con derecho a devolución. Devolución, por cierto, que escasamente se realiza por la Administración Tributaria de forma temporánea por las eternas dificultades de gestión o por cualesquiera otras.

En el párrafo octavo del fundamento, la sentencia vuelve a insistir en la idea de que el incremento porcentual sobre el interés legal no es desproporcionado “dados los tipos de interés existentes en el mercado financiero. Es por ello constitucionalmente legítimo que el legislador puede adoptar una medida como la que ahora enjuiciamos que *persigue un progresivo acercamiento a dicha realidad financiera*, sin que ello suponga un sacrificio excesivo al contribuyente moroso, ya que en definitiva el tipo de interés que viene obligado a pagar no supera los habitualmente aplicables en las relaciones entre particulares”.

El párrafo transcrito acredita una vez más el maniqueísmo que subyace en la *ratio decidendi* de la sentencia. Si la *ratio legis* del precepto tributario estriba en conseguir un equilibrio entre los intereses legales de demora y la realidad financiera, ¿por qué no se aplica este mismo principio en relación con el interés legal a secas, y se le otorga a éste el valor de principio general que ya sentara la Ley 24/1984? La respuesta es obvia: en tal caso no se podría mantener la constitucionalidad del artículo 58.2.b) LGT.

*La naturaleza compensatoria o reparadora de los intereses de demora tributaria.*

Como ya he dicho, el Consejo General de la Abogacía aducía la vulneración del art. 25.1 de la C.E., al considerar que el incremento porcentual del in-

terés legal conllevaba una naturaleza sancionadora. El TC. descarta de raíz semejante alegación: “Los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria, y así lo admite expresamente la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia. Más que una penalización en sentido estricto, son una especie de compensación específica, con arreglo a un módulo objetivo, del coste financiero que para la Administración tributaria supone dejar de disponer a tiempo cantidades dinerarias que le son legalmente debidas. En suma, no hay aquí sanción alguna en sentido técnico-jurídico, y ello excluye sin más cualquier transgresión del art. 25.1 de la Constitución”<sup>(7)</sup>.

Con carácter general, es aceptable el razonamiento de la sentencia, aunque —como expresa R. FALCÓN en el número 1 de *Derecho de los Negocios*<sup>(8)</sup>— debería distinguirse entre los supuestos de retraso culpable y retardo inimputable al deudor tributario. En todo caso, la quiebra de la igualdad ante la Ley sigue pesando sobre el tema planteado. Si los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino compensatoria o reparadora<sup>(9)</sup>, razón de más para entender que dicha “compensación” o “reparación” debería ser un módulo objetivo igual para Hacienda que para el contribuyente.

(7) Ps. 79/80 de la STC 76/1990.

(8) R. FALCÓN Y TELLÁ: “...aun aceptando la corrección de este razonamiento, únicamente serviría para justificar unos intereses de demora superiores al interés legal en los supuestos de retraso culpable del deudor. No en los llamados expedientes de rectificación sin sanción, ni mucho menos cuando la duración de la mora es imputable a la Administración (dilación superior al año en una reclamación económico-administrativa que finalmente se desestima) o cuando la mora misma se ha manifestado en la contestación a una consulta no vinculante (art. 107 LGT). Como es sabido, en todos estos supuestos —aunque la sentencia no hace referencia a ninguno de ellos— es exigible el interés de demora y no el interés legal” (*Derecho de los Negocios*, n.º 1, p.52). El autor citado pone, en efecto, el dedo en la llaga, aunque dado el carácter general de su comentario y también de estas páginas no cabe entrar a desarrollar el interesante aspecto de saber si el interés de demora tributaria debe extenderse a cualquier incidencia de la relación jurídico tributaria, aunque el retraso no sea imputable al sujeto pasivo del impuesto en cuestión.

A su juicio, si el proceso constitucional se planteara en el futuro en términos más precisos, cabría esperar una posición más matizada del TC., pues la STC 76/1990 “no excluye... la inconstitucionalidad de la exigencia de un interés de demora superior al interés legal cuando no existe un retraso culpable del deudor. Únicamente se refiere —indica R. FALCÓN— a los supuestos en que existe una actitud dilatoria del contribuyente”. Sin ánimo polémico alguno, creo que la generalidad con la que se afronta el precepto debatido por parte de la STC habría de inclinar más bien a “temer” la consolidación de su doctrina jurisprudencial, aunque mucho me alegraría que mi enfoque de futuro fuera desacertado, dada la injusticia material que el pronunciamiento constitucional conlleva.

(9) No voy a extenderme en diseccionar la diferencia entre ambas categorías, por considerarla obvia. Quien quiera profundizar en la tipología de intereses, puede cfr. desde el punto de vista iusprivatista, I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabi-*

### CONSIDERACIONES FINALES

Con lo dicho, creo haber expuesto concisamente las fisuras —grandes, a mi juicio— de los argumentos esgrimidos por la Abogacía y la Fiscalía del Estado en relación con discriminación sobre los intereses debidos en un mismo, aunque bifronte, supuesto de hecho. La sentencia los hace suyos prácticamente de forma acrítica y sin matizar siquiera los argumentos de carácter económico a los que me he referido. Argumentos jurídicos propiamente dichos contiene pocos y prejuicios muchos. El más llamativo es considerar que los contribuyentes podrían ser todos incumplidores y ello provocar el *crack* de la Administración Tributaria y, por consiguiente, el colapso del Estado. Ello *sería* cierto, pero es una pura eventualidad, y que sepa quien suscribe no es buena técnica legislativa ni jurisprudencial funcionar sobre la base de imputar a la generalidad el incumplimiento de algunos o convertir en *ratio decidendi* conductas eventuales. En todo caso, esperemos que la sensibilidad del Tribunal Constitucional siga siendo diferente en otros casos y en otras disciplinas, no vaya a ser que el legislador considere, por ejemplo, que debe retenernos un año de retribución a los funcionarios públicos. Pues, desde luego, hay funcionarios muy incumplidores, lamentablemente.

Por lo demás, es innegable que la Administración, como afirma la sentencia, es *potentior persona*. Pero ello no debería significar que el contribuyente haya de ser *inferior persona* y que, por tanto, merezca un tratamiento desigual en un mismo supuesto de hecho. Las prerrogativas deben existir en favor de las Administraciones, pero a mi entender, la considerada constitucional por el Alto Tribunal no encuentra fundamento alguno, ni es razonable, ni justificada, ni se asienta en “criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

... *lización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, ps. 103 ss.; y bibliografía —fundamentalmente italiana— por ella citada. En la doctrina y jurisprudencia tributarias es mayoritaria la opinión de excluir el carácter sancionador de los intereses (F. PÉREZ ROYO, *Infracciones y sanciones tributarias*. IEF, Madrid, 1972, p. 29), aun para el incremento respecto del interés legalmente establecido con carácter general (G. CASADO —*ed alt.*—, *op. cit.*, ps. 396-397).

**TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.  
LA CORRUPCIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO  
DE DERECHO\***

**JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR**  
DOCTOR EN DERECHO  
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL OBJETO
- III. LOS MEDIOS:
  - 1. LA PREVENCIÓN
  - 2. LA REPRESIÓN
    - III.1. EL FRENTE DE ACCIÓN PREVENTIVA
    - III.2. LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LAS CÁMARAS PARLAMENTARIAS. LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN
    - III.3. EL FRENTE DE ACCIÓN REPRESIVA

---

(\*) Accésit del Premio *FORO CANARIO*, relativo a Juristas.

III.4. OBSERVACIONES ACERCA DE LA CORRECCIÓN  
Y EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS  
ACTUALMENTE DISPONIBLES PARA LA INTER-  
DICCIÓN DEL “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”

IV. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PROPOSICIONES DE  
LEY PRESENTADAS POR DIVERSOS GRUPOS PARLAMEN-  
TARIOS ANTE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTA-  
DOS, DE CARA A LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO DE  
INFLUENCIAS

V. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

V.1. REFORMA PENAL

V.2. REFORMA DE LA REGULACIÓN DE INCOMPATI-  
BILIDADES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGIS-  
TRO DE INTERESES

V.3. MODIFICACIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LE-  
GISLACIÓN VIGENTE

VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULA-  
CIÓN DEL LLAMADO “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”, ASÍ  
COMO DEL “MANEJO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA”

**ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS**

*DF Y LP*: Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

*CE*: Constitución Española.

*CEDH*: Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950.

*DUDH*: Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948.

*PP 66*: Pactos Universales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Sociales, económicos y culturales, firmados en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

*TS/ STS*: Tribunal Supremo/ Sentencia del Tribunal Supremo.

*TC/STC*: Tribunal Constitucional/ Sentencia del Tribunal Constitucional.

*TEDH/STEDH*: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo, derivado del CEDH)/ Sentencia del mismo Tribunal.

*LO*: Ley Orgánica.

*LOREG*: Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

*RCD*: Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982.

*RS*: Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982.

*BOCG*: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

*CC*: Código Civil.

*CP*: Código Penal.

*LEC y LECrim*: Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal.

*LPJDFP*: Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

*PANCP 90*: Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1990 (Ministerio de Justicia, 1990), actualmente en fase de estudio, a la luz de los dictámenes de los colectivos jurídicos implicados.

*GP*: Grupo Parlamentario.

*Tit.; Art.*: Título; Artículo.

## I. INTRODUCCIÓN

Tal y como desmostrara el *Informe* técnico elaborado en su día por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados, (V. *Informe y Dictamen* suscritos en fecha de 13 de abril de 1988, ante la Comisión Especial de Investigación sobre *Incompatibilidades y Tráfico de Influencias*, constituida por Acuerdo de la Mesa del Congreso, con fecha de 15 de marzo de 1988), la locución “tráfico de influencias” no ha pertenecido, hasta la fecha, al mundo del Derecho positivo español<sup>(1)</sup>.

Conviene, por tanto, aclarar el significado de esta fórmula, acuñada en el lenguaje común, para ponerlo después en relación con las iniciativas legislativas presentadas ante la Mesa del Congreso de los Diputados de la conformidad al artículo 126 RCD, al objeto de prestar regulación positiva al denominado “tráfico de influencias”<sup>(2)</sup>.

Si en el lenguaje jurídico, “tráfico” equivale normalmente a “relación” jurídico-material, negocio, contrato o intercambio de tipo sinalagmático, en el lenguaje común —desde el que proviene la popularización de la expresión acuñada— equivale a “componenda”, trueque o negociación ilícita. Por su parte, la expresión “influencia” alude a la disponibilidad de un poder de *orientación y/o determinación sobre decisiones ajenas*. La combinación de ambos términos, en la medida en que ha escapado hasta la fecha al lenguaje del Derecho positivo del ordenamiento español, aludiría a toda una gama variada de actividades de persuasión o inducción en la orientación de la conducta y/o toma de decisiones de los poderes públicos, al objeto de obtener algún tipo de provecho de orden patrimonial para sí o para terceros próximos a quien ejerce la orientación o “influencia”<sup>(3)</sup>.

(1) Véase el *Dictamen* técnico elaborado por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados en función del acuerdo suscrito por la Comisión de Investigación sobre Incompatibilidades y Tráfico de Influencias constituida en la Cámara el 13 de abril de 1988, y publicado en la *Revista de las Cortes Generales (RCG)* n.º 14, PP. 99-180.

(2) Cfr. “Informe sobre el concepto de tráfico de influencias”, en *RCG* n.º 14, Sección “Notas y Dictámenes”, pp. 180-269.

(3) Cfr. S. Huntington: *Political Order in Changing Societies*, Yale Univ. Press, New Haven, 1969, pp 58-61.

## II. EL OBJETO

Nada de ello llamaría especialmente la atención, toda vez que los poderes públicos basan gran parte de su acción en la determinación de decisiones políticas, —actividad para la cual *necesariamente* entran en comunicación con personalidades físicas o naturales, o con personas jurídicas, públicas y privadas, interesadas en ellas—, de no ser porque, con la demanda de una regulación sancionadora del “*tráfico de influencias*”, se asume como sobreentendido que *en tales actividades existe una “desviación” o “corrupción” del poder de decisión de que se disfruta y dispone* <sup>(4)</sup>.

En esta desviación vendrían a superponerse, en colusión insalvable, los *intereses privados* y los *intereses públicos*, originándose con ello una situación objetiva de corrupción venal merecedora no sólo de reprobación social más o menos difusa, sino también de sanciones penales y/o administrativas, conforme a los principios de *tipicidad, legalidad y seguridad jurídica* <sup>(5)</sup>.

Hemos identificado así el fenómeno concreto al que acotar a través de regulación positiva: cualquier abuso, desviación o corrupción de poder de decisión o influencia, por parte de quien ostenta autoridad, cargo público, función o representación de esa naturaleza, sea por elección (i.e., carácter electivo, directa o indirectamente), sea en virtud de nombramiento por autoridad competente (i.e., designación), en función de los conocimientos o de las facultades de decisión adquiridas en razón del ámbito de poder o autoridad desempeñada, y por la cual se ejercita la propia capacidad de decisión o influencia en pre-

(4) Es evidente que el problema de la corrupción en política, y particularmente en el marco del Estado de Derecho (—en cuanto “desviación” y/o “abuso” de poder—), no solamente no es genuina o distintivamente español, sino generalizado en nuestro ámbito genérico de filiación ideológica, cultural-valorativa e institucional. La generalidad de las democracias pluralistas padecen, pues, fenomenologías y manifestaciones epifenoménicas del problema que nos ocupa. Cabe decir, incluso, que a la luz del espectacular desarrollo teórico de la cuestión en relación con otros ordenamientos y otras sociedades paralelas a la nuestra —muy especialmente en las fuentes británicas y americanas—, habría razones para pensar que no es precisamente en España donde este tipo de azotes ha venido padeciéndose con mayor intensidad. Así lo demuestra, en efecto, el recurrente uso que, a lo largo de este estudio, haremos de las fuentes empíricas, doctrinales y analíticas notablemente abundantes en la bibliografía anglosajona al respecto.

Para una iniciación al análisis comparado, cfr. J.C. Scott: *Comparative Political Corruption*, Englewood Cliffs, NJ, 1972; así como F. Roversi-Monaco: *L'Ecceso di potere*, CEDAM, Padova, 1980.

(5) Para una revisión del significado penal de los “principio de intervención mínima” y de “subsidiaridad”, cfr. J.A. Sáinz Cantero: *Derecho Penal (Parte General)*, Bosch, Barcelona, 1990.

sumible perjuicio del interés público, general o democrático (la llamada “causa pública”), y en beneficio o provecho de un interés privado, para sí o para terceros con los que se mantenga una relación *especial* (i.e., de parentesco, afinidad o comunión de intereses objetiva y manifiesta)<sup>(6)</sup>.

### III. LOS MEDIOS

Lo que ahora corresponde es, en primer lugar, analizar *los medios* de que el *Derecho positivo de nuestro ordenamiento dispone para estos fines de interdicción y sanción de los abusos de poder*, así como, en segundo término, *considerar en qué medida las diversas iniciativas hasta ahora presentadas pueden colaborar a una razonable mejora de la situación presente, desde la perspectiva político-legislativa*.

Tal y como corroboran las distintas estrategias adoptadas por las fuerzas políticas concernidas con las iniciativas legislativas presentadas con ocasión de este problema ante la Mesa del Congreso de los Diputados en los Grupos (PSOE, PP, IU-IC, CIU), son dos los frentes de acción de que el Derecho dispone para el objetivo indicado:

- 1) El frente de la *prevención* del abuso de poder o “tráfico de influencias”, directamente incidente sobre la selección y el régimen estatutario de los representantes, de los funcionarios públicos y de los cargos públicos, sean electivos o no. Pensamos, en consecuencia, en la contemplación jurídico positiva de las causas condicionantes de inelegibilidad y de incompatibilidad para los representantes y los funcionarios públicos; en el deber de formular declaración de intereses; el seguimiento al cumplimiento de las funciones públicas con estricto ateniimiento a la definición de las políticas públicas, de acuerdo con un catálogo de instrumentos de control<sup>(7)</sup>.
- 2) El frente de la *represión*, directamente incidente en la fiscalización y

(6) Vid. J.J. Johnson & D. Jacks: *Crime at the top: Deviance in Business and Professions*, Lippincot, Philadelphia, 1978.

(7) Para el concepto de *control*, cfr. M. Aragón: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en *REDC* n.º 17, 1986, pp. 85-136.

en la eventual sanción administrativa o penal de las desviaciones o de las corrupciones eventualmente constatables y probadas conforme a Derecho<sup>(8)</sup>.

### III.1. EL FRENTE DE ACCIÓN PREVENTIVA

La primordial expresión de este primer frente de acción la constituye el instituto jurídico-positivo de la *incompatibilidad*. En mucho menor medida, actúa también sobre este plano el instituto paralelo de la *inelegibilidad*.

Para el primero de los mismos, es sórito argumentar una *doble fundamentación*. De un lado, su introducción en el Derecho positivo ofrece una dimensión lógica o racional (—división del trabajo y protección del empleo; defensa de la independencia en el acometimiento de todo tipo de funciones; interdicción de la superposición de actividades laborales—); de otro, una dimensión iusconstitucional (—separación de poderes; racionalización en la organización y en la regulación de las funciones públicas; especialización orgánica; garantía de los principios de *objetividad*, *imparcialidad* y *eficacia* en la determinación de las decisiones públicas—). Como resultante de ambas, la *incompatibilidad* se sintetiza en la *imposibilidad de imputar lícitamente, de manera simultánea*, y sobre la misma persona, *dos o más actividades, cargos o funciones públicas*.

Teniendo sus antecedentes más cercanos e importantes en los R. Dec. de 12 de oct. 1923 y 13 de mayo 1955, la incompatibilidad sólo emerge como *problema político* de cierta relevancia pública durante la Transición y la instauración democrática (R. Dec. 20/77, de 18 de marzo, art. 4, así como los Rgts. “provisionales” del Congreso y del Senado, de 14 de octubre de 1977). Empero, su plasmación actual sólo se producirá con la consolidación del régimen constitucional (RCD de 10 feb. 1982, arts. 18, 19 y 20; RS 26 de mayo 1982, arts. 6, 18 y 19; Ley 25/83 de 26 de diciembre, de *Incompatibilidades de los Altos Cargos*; LO 5/85, de 19 de junio, de *Régimen Electoral General*, arts. 154-160).

Procederemos ahora a una somera revisión de la regulación jurídico-positiva de la incompatibilidad en el momento presente, distinguiendo, por un lado, el régimen relativo a los llamados *Altos Cargos* y, por otro, el relativo a los parlamentarios en cuanto representantes de la soberanía popular. Ello comporta

(8) Cfr. H. Ball & L. Friedman: “The use of criminal sanctions in the enforcement of economic legislation”, en *Stanford Law Review* n° 17, 1965., pp. 197-223.

acotar los límites objetivos del análisis comprendido en estas notas a las autoridades, cargos y representantes de las *instituciones “centrales” o “generales” del Estado*, en el sentido más preciso o restringido que a esta terminología presta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- 1) En lo que se refiere al régimen general de la consideración y el ejercicio de las funciones de los Altos Cargos, (V. art. 1 Ley 25/83), la incompatibilidad opera con una severidad más que satisfactoria, si nos atenemos a los datos del Derecho comparado y a nuestra propia Historia. Los puestos de autoridad así definidos por la Ley son del todo incompatibles con cualquier tipo de función o actividad pública (—interdicción, por tanto, de la simultaneidad de cargos, con excepciones tasadas y compartidas, por demás, en el Derecho comparado) o actividad privada (negocio, comercio, industria—) susceptible de producir beneficios, rendimientos y/o retribuciones (con la importante excepción de la gestión ordinaria del patrimonio personal o familiar).

Es de notar, sin embargo, que los Altos Cargos deben prestarse a formular una declaración de incompatibilidades para con el ejercicio de las funciones públicas que les sean encomendadas, *pero no* a declaración de *intereses* susceptibles de aportación de paralelos rendimientos económicos.

- 2) La situación objetiva de los parlamentarios varía sustancialmente. Según se contempla en la LO 5/85 (LOREG), se parte del principio genérico de la *compatibilidad* con cargos o empleos públicos cuya atribución corresponda a las Cortes Generales en relación a las cuotas de representación de cada fuerza política o grupo parlamentario, la función parlamentaria resulta también compatible con toda suerte de negocios, actividades industriales y/o profesiones de carácter liberal, así como con la docencia y con la investigación.

La representación electiva en las Cortes Generales está, en cambio, sujeta a *declaración* no sólo de las eventuales causas de *incompatibilidad* (arts. 154 a 156 LOREG), sino también de aquellos *intereses, actividades y bienes* potencial o actualmente generadores de rendimientos de carácter económico y/o patrimonial (art. 160). Esta *declaración* constituye un *deber* que, como muchos otros, se encuentra, por el momento, carente de especificación en el nivel legislativo: Ni en la LOREG ni en el Reglamento de las Cámaras se prevé el contenido preciso de la misma;

no se prevé tampoco su *modalidad de formalización*, ni el régimen de sanciones por su eventual contravención y/o incumplimiento. La única disposición de desarrollo al respecto la constituye, hasta la fecha, una Resolución de la Presidencia de la Cámara (Res. 15 sept. 1985), con aplicación diferida a partir de la inauguración de la III Legislatura (1986-1990), y cuyos resultados prácticos han arrojado un balance insatisfactorio por muy diversos conceptos (*dishomogeneidad* en las declaraciones y deficiente cumplimiento).

### III.2. LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LAS CÁMARAS PARLAMENTARIAS. LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN

A medio camino entre lo preventivo y lo represivo cabalgan los instrumentos parlamentarios ordinarios y extraordinarios de control sobre las actividades y sobre el comportamiento de las autoridades públicas y de los Altos Cargos.

Destacan, entre los primeros, las preguntas, las interpelaciones, los requerimientos de comparecencia y las solicitudes de información y/o documentación (V. arts. 7, 16 40, 180 y ss., *Títls. IX, X y XI RCD*)<sup>(9)</sup>.

Entre los segundos, sobresalen las Comisiones de Investigación, unicamerales o bicamerales (las “Comisiones de *Encuesta*”, en la terminología comparada), expresamente contempladas por la Constitución (art. 76.2), y desarrolladas después, en lo que se refiere a las modalidades de su constitución y a sus facultades de actuación y de inspección, por los Reglamentos de las Cámaras (V. esp., *RCD*, arts. 44 a 52), así como por la LO 5/84, de 24 de marzo, de *Comparecencia ante las Comisiones de Investigación* <sup>(10)</sup>.

Hay que notar que esta última disposición legislativa regula exclusivamente la comparecencia *personal*, deber constitucional para cuyo cumplimiento se establece una sanción penal (V. art. 4, LO 5/84, y por remisión, art. 237, Código Penal).

(9) Sobre el control ejercible sobre los responsables de las Administraciones públicas, vid. G.U. Rescigno: *La Responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967; en España, vid: J.R. Montero & J. García Morillo: *El control parlamentario*, Tecnos. Madrid. 1986; J.F. López Aguilar: *La Oposición parlamentaria y el orden constitucional*, CEC. Madrid, 1988.

(10) Vid. Pablo Lucas Murillo: “Las Comisiones de Investigación en las Cortes Generales”, en *RFDUCM*, monográfico 10, 1986, pp. 143-176; G. de Vergottini; *Le attività ispettive delle Assamblee Parlamentari*, Cedam, Padova, 1973; del mismo autor (Ed): *Le Commissioni d’Inchiesta*, Maggioli, Rimini, 1985.

La regulación positiva de las Comisiones de Encuesta en el ordenamiento constitucional español es criticada a menudo por depositar en el voto de la mayoría, adoptado en Pleno *de cada Cámara*, la posibilidad de acordar la creación de las mismas, pudiéndose instar dicho voto bien a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de cada Cámara.

En nuestro entorno comparado, sólo el ordenamiento germano-federal contempla la creación de Comisiones de acuerdo con la voluntad de una minoría de la Cámara ( la *quinta parte* de los miembros del Bundestag). Sobre la base de este ejemplo —mentado hasta la saciedad—, el Grupo Popular del Congreso ha introducido en el debate una Enmienda a los arts. 52.1 *RCD* y 59 *RS*, por la que introducía esta posibilidad de forzar la creación de una Comisión especial de Investigación con el voto favorable de la quinta parte de los miembros de la Cámara<sup>(11)</sup>.

Desde nuestra perspectiva, en cambio, la propia *excepcionalidad* del instrumento inspectivo que tal Comisión incorpora con todo lo que ello entraña de distorsión de la lógica y dinámica parlamentarias, así como su eventual colisión con los derechos fundamentales de los ciudadanos, que estén, simultáneamente, pendientes de resoluciones o de procedimientos judiciales, hacen *desaconsejable* cualquier insistencia o abundamiento en esta línea de acción.

En fin, un segundo argumento a menudo colacionado a este respecto lo constituye el posible —e indeseable, al parecer de la actual mayoría— solapamiento de la función inspectiva desarrollada por parte de las eventuales *Comisiones de Investigación*, respecto de la desplegada en el plano judicial, por parte de los órganos instructores y sentenciadores eventualmente encargados de la determinación jurisdiccional de las responsabilidades jurídicas deducibles de “los hechos” que constituyen el “fondo” o “asunto de interés público” en unos y en otros órganos<sup>(12)</sup>.

Contra estos argumentos, es sabido que, en la práctica, las experiencias habidas hasta el momento presente no invitan a depositar excesivas esperanzas en el rendimiento político de las Comisiones de Investigación. Su virtualidad política se condensa, antes bien, más en su capacidad de concentrar la atención de la opinión pública sobre asuntos de interés o relevancia singular (—habitual-

(11) Cfr. J.F. López Aguilar, *op. cit.*, pp. 282-290.

(12) Cfr. P. Lucas Murillo, *op. cit.*; J.F. López Aguilar, *cit.*, pp. 288 ss.

mente “escándalos”, subrayados por la prensa y los medios de comunicación—) que en su discutible eficacia de cara al esclarecimiento o al eventual encauzamiento de sanciones ejemplares sobre los sujetos públicos o privados implicados, sean éstos personas físicas o sean personas jurídicas.

### III.3. EL FRENTE DE ACCIÓN REPRESIVA

El instrumento de acción primordial en este segundo frente lo constituye, obviamente, la legislación penal.

El Código Penal vigente contempla una pluralidad de preceptos concernientes al problema del abuso o de la desviación del poder de decisión o la influencia de los cargos y autoridades públicas.

Al margen de los implicados por remisión indirecta (como el precitado art. 237 CP, previendo consideración de “desobediencia grave”, con pena de arresto mayor — de 1 mes y 1 día a seis meses, y hasta 150.000 pesetas de multa— a toda incomparecencia injustificada ante las Comisiones parlamentarias de Investigación sobre cualquier asunto de relevancia pública), las disposiciones de más acusado interés, a nuestros concretos efectos, se concentran en dos títulos del *Libro II* CP:

1. *El Título III (Falsedades)*: arts. 406 (falsedad en documento privado, cuya relevancia se expresa en la alegación como cargo en el llamado “Caso Guerra”, de la impresión de unas tarjetas de visita aparentemente inducentes a equívoco) y 320 (usurpación de funciones públicas). La incursión en ambos tipos resulta determinante de penas de prisión menor.
2. *El Título VII (Delitos cometidos por funcionarios públicos)*. Tomaremos como punto de partida una importante premisa: Para un correcto entendimiento del alcance de este *Título* es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el art. 119 CP (inscrito en el *Libro I*, “*Disposiciones Generales*”), con arreglo al cual, y a los efectos penales, se entenderá “funcionario” a todo aquel que ejerciere o participare del ejercicio de autoridad o de funciones públicas, sea por elección o por representación, sea por disposición inmediata de la Ley.

Artículos relevantes de este Título VII son, al menos, los siguientes:

358: prevaricación (adopción de resoluciones “injustas” o desviadas del interés general, del procedimiento legal o de los principios y criterios

constitucional y legalmente establecidos para la producción de dichas resoluciones. La pena de inhabilitación especial prevista para este delito puede ser considerada como relativamente débil en el contexto del Derecho sancionador comparado).

364: infidelidad en la custodia de documentos confidenciales (penas de prisión menor o mayor, según los casos).

367: violación de secreto (suspensión y multa).

373: prolongación o abandono de funciones (inhabilitación especial).

377: usurpación de atribuciones (inhabilitación especial y multa).

385: cohecho pasivo para la resolución de acto ilícito (ser sobornado para la comisión de un delito; pena de prisión mayor y multa).

386: cohecho pasivo para la resolución de actos lícitos (prisión mayor y multa, o arresto mayor y multa, según casos).

390: recepción de dádivas (aceptar retribución por la adopción de decisiones ajustadas a derecho; pena de suspensión y multa).

391: soborno o cohecho activo (ofrecimiento de dádivas a funcionario público; pena de inhabilitación).

394: malversación de caudales públicos (arresto mayor, prisión menor y prisión mayor, según casos).

400: fraudes y exacciones ilegales (prisión mayor e inhabilitación).

404: negociaciones prohibidas (“agio, tráfico o granjería” por parte del funcionario o autoridad pública, sobre materias relativas al respectivo ámbito de autoridad o competencia; penas de suspensión y multa).

#### **III.4 OBSERVACIONES ACERCA DE LA CORRECCIÓN Y EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ACTUALMENTE DISPONIBLES PARA LA INTERDICCIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

La regulación conjunta que la ordenación de las incompatibilidades —esto es, la interdicción de colusiones entre los intereses públicos y los intereses privados—, y la regulación sancionadora y punitiva de los comportamientos presuntamente desviados del interés general, público o democrático, en que las

autoridades o funcionarios públicos pudieran incurrir con motivo y ocasión del ejercicio de sus cargos o funciones, parece, en principio, prolija y pormenorizada.

No obstante, las discusiones desatadas en torno a su insuficiencia y consecuente ineficacia —una cuestión en que descansa la polémica al respecto, y en la que entroncan, además, todas las iniciativas legislativas presentadas—, fuerzan el planteamiento de algunas consideraciones. Interesa destacar cuando menos las siguientes:

1) Continúa siendo oportuno cuestionarse en qué medida cualquier recrudescimiento de la regulación del sistema de las incompatibilidades y las inelegibilidades de los parlamentarios y/o de los cargos públicos puede contribuir seria e incisivamente a la interdicción efectiva de las desviaciones que deban ser fiscalizadas<sup>(13)</sup>.

No puede ser ignorado que, por la propia naturaleza de las actividades y de las funciones públicas, todos los titulares —unipersonales o colegiados— de los órganos o entes de las Administraciones y de los poderes públicos, están “condenados” a abundar, no ya en contactos frecuentes, sino en *contactos permanentes*, con los representantes de muy variadas instancias, públicas y privadas, materialmente interesadas y/o afectadas por la orientación y el sentido de las decisiones pendientes e inscritos objetivamente en ámbitos de poder de los referidos órganos<sup>(14)</sup>.

No puede ignorarse tampoco que, sea cual sea el sentido de toda resolución o acto administrativo en que se ventilen intereses objetivables y cuantificables, la propia naturaleza *política* —y, no excepcionalmente, *discrecional*— de determinadas opciones hará a éstas susceptibles de crítica por la parte que no haya visto satisfecha su pretensión o su interés. El único terreno fértil para una discusión sobre la pretendida “asepsia decisional” habrá de localizarse, pues, en la fehaciencia o no de la alegada *insuficiencia* de las *dieciséis circunstancias legalmente contempladas como determinantes de la incompatibilidad* con la ostentación de funciones o de autoridades públicas, en combinación con las *veinticuatro circunstancias determinantes de la inelegibilidad* (V. arts. 6 y 154-160 LOREG), así como, lógicamente, *de las disposiciones de nuestro Derecho Penal* aplicables al respecto.

(13) Véase, a este respecto, E.C. Banfield: “Corruption as a Feature of Governmental Organization”, *Journal of Law & Economics* n.º 18, 1975.

(14) Cfr., *Economist* (Intelligence Unit): “Bribery, Corruption or Necessary Fees and Charges?”, *Multinational Business* n.º 3, 1975, pp. 1-17.

2) Es cierto, en segundo lugar, que uno de los problemas abiertos del precitado *sistema de incompatibilidades e inelegibilidades* consiste en la *no plasmación o concreción positiva del mandato de creación de un Registro de intereses*, tal y como se contempla en la citada *LOREG* (Art. 160).

Los Reglamentos de las Cámaras —elaborados tres años antes de la Ley Orgánica de Régimen Electoral, de 19 de junio de 1985— continúan todavía hoy, marzo de 1990, desincronizados con respecto al mandato institutivo del *Registro de intereses*. La mencionada Resolución de la Presidencia del Congreso, de 13 de septiembre de 1985, y cuya entrada en vigor fue diferida hasta el inicio de la III Legislatura, puede ser considerada como integración necesaria y discrecional de las lagunas del texto reglamentario (ex art. 32 RCD), *pero no como perfecta alternativa funcional*, toda vez que persiste una notoria incertidumbre en torno a los *aspectos básicos de la regulación de un Registro de Intereses* mínimamente interesado en satisfacer su función.

De cara a la eventual reforma del Reglamento del Congreso convendría tener en cuenta los siguientes elementos, relacionados como sigue en términos de *lege ferenda*:

a) Concreción de la naturaleza de la declaración. Desde un ángulo formal, es necesario *precisar el tipo de documento* (¿declaración notarial?, ¿declaración jurada?, ¿declaración fiscal?) a inscribir en el Registro.

b) Extensión objetiva del Registro: *especificación de los datos concretos* e imprescindibles que deberán figurar en la declaración en orden a convalidar su corrección y amplitud en el plano *material*.

c) Determinación del *momento de la declaración*, (bien con anterioridad a la toma de posesión o a la promesa/juramento de acatamiento constitucional, bien transcurrido un plazo de consolidación, bien cuando se produzcan variaciones de cualquier tipo en la situación profesional o patrimonial del sujeto).

d) *Alcance subjetivo del Registro*. Por un primer lado, hay que apuntar que, si bien los parlamentarios declaran sus intereses, es cierto también que lo hacen con laxitud e imprecisión difícilmente coherentes con la finalidad de fiscalización que justifica al Registro. Pero, por otra parte, es igualmente necesario discutir si este expediente ofrece ventajas potenciales o beneficios contrastados en lo que se refiere a los *cargos indirectamente electivos* cuya legitimación final tiene imputación en las Cortes (consejeros de RTVE, magistrados del TC, defensor del pueblo, vocales del CGPJ, directivos de empresas

públicas, sociedades estatales o entes del derecho público, altos cargos, dependientes de nominación indirecta, etc...). Finalmente, es aún más problemático determinar el alcance del deber de concurrir al Registro de Intereses por parte *no ya de quien es el titular personal de cargo o de función pública, sino de sus familiares y/o de sus allegados*. No menos difícil resulta la contemplación del problema de las posibles variaciones de este “alcance subjetivo”, en función de la importancia o del carácter del cargo, de su volumen de gestión o de la responsabilidad de su atribución específica (—¿deben verse igualmente afectados los hermanos de un Defensor del Pueblo que los de un Directivo de alguna empresa estatal con gran capacidad de gasto?—).

Es preciso actuar con el obligado rigor— en lo que a determinar el *grado* del parentesco y los *datos* a aportar cuando, como es el caso, pueden conculcarse derechos fundamentales de terceros en una forma irrazonable y desproporcionada respecto a los bienes jurídicos e intereses objetivos presuntamente apuntalados por la normación que se alude.

e) *Dimensión temporal de la obligación registral*: ¿por cuánto tiempo afectarán a los referidos sujetos los deberes registrales (¿un año, dos, tres o cuatro después de dejar el cargo?)?; y aun así ¿habrá de ser este alcance temporal el mismo en todos los casos?.

El problema subyacente no es otro que delimitar los criterios objetivos para el establecimiento de proyecciones temporales que puedan entenderse siempre razonablemente proporcionales a los concretos niveles de responsabilidad de que haya disfrutado el cargo, funcionario o autoridad.

f) Por último, es imprescindible configurar el *régimen de publicidad* del *Registro de Intereses* junto a las *modalidades de acceso* al mismo. (¿Quién y cuándo accederá a la información suministrada?, ¿con qué objeto y qué provecho?, ¿qué garantías se dispondrán para la preservación de ámbitos de intimidad personal y familiar en algún modo imbricados con cuestiones o intereses de orden patrimonial?).

3) Un tercer orden de consideraciones se cierne sobre la *regulación de la capacidad de los representantes y/o de los cargos públicos para intermediar lícitamente en la resolución de negocios, contratas, licitaciones o decisiones políticas y/o administrativas en las que se ventilen intereses privados o de particulares*. (¿Cómo y cuándo calificar la ilicitud de “toma en consideración” o la prestación de atenciones a intereses provenientes de la sociedad civil, muy a menudo incidentes en un volumen de negocios jurídico-materiales a los que no puede ni debe escapar el poder público?).

4) En relación con lo anterior, habría que prestar también la razonable atención a las voces que demandan la regulación de los *Lobbies* o *Grupos de Presión* (—bajo una discreta alusión a los “particulares” que ejercieren funciones de intermediación ante los poderes públicos y bajo promesa de dádiva o retribución económica—), siguiendo el conocido patrón de la norteamericana *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 2 de agosto de 1946 (en realidad una reforma parcial del *Título III* de la *Ordenación Federal del Poder Legislativo*). En este orden de cosas debería darse respuesta a las siguientes cuestiones: ¿Cómo determinar la constitución legal de un *Grupo de agregación*, representación y gestión de “intereses” privados ante los poderes públicos y las administraciones?; ¿cómo fiscalizar sus contabilidades?; ¿cómo regular la publicidad de sus actos y su volumen de negocios?; ¿qué régimen sancionador de eventuales infracciones del Derecho material de los “despachos de gestión” habría de ser establecido en sus dimensiones penal y administrativa?<sup>(15)</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PROPOSICIONES DE LEY PRESENTADAS POR DIVERSOS GRUPOS PARLAMENTARIOS ANTE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, DE CARA A LA REGULACIÓN DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

A lo largo de los dos primeros *Periodos de Sesiones* de la IV Legislatura (1989), fueron introducidas ante la Mesa de la Cámara seis proposiciones de Ley (Grupos parlamentarios *Socialistas* (3), *Popular* (1), *Catalán* (1), e *IU-IPC* (1)). Se trata de las siguientes:

1) Proposición de Ley del Grupo Socialista del Congreso reguladora de las *Actividades e Incompatibilidades de Altos Cargos y miembros de las Corporaciones Locales* (*B.O.C.G.*, A-11, Serie B de 15 de diciembre de 1989).

(15) A la Luz de las referencias bibliográficas hasta ahora disponibles, es evidente que el desarrollo temático en la literatura anglosajona de la cuestión debatida ha sido hasta hoy, sensiblemente superior al europeo-continental y, desde luego, al español. Sin duda, tal situación observa estrecha relación con los desarrollos legales y jurisprudenciales que sobre la desviación del comportamiento exigible a los servidores públicos se ha desplegado en EEUU, al punto de haber forzado la adopción legislativa de normas especializadas como la mentada *supra*: la promulgación, en efecto, de la *Federal Regulation of Lobbying Act* de agosto de 1946 (una reforma sectorial de la *Part III* de la *Federal Legislature Act* ha dado pie en ocasiones a iniciativas tendentes a cristalizar jurídico-positivamente la presencia de distintos “grupos de presión” y/o agregación de intereses perfectamente análogos a los que habitualmente (y normalizadamente) operan en EEUU (Vid. L. Berg, H. Hahn & J. Schmidhauser: *Political Corruption in American Political System*, Morristown, NJ, 1976). Así, el Grupo Popular intentaría, por medio de su portavoz, M. Fraga, introducir la cuestión en el mismísimo debate constituyente español (1977-1978) (Cfr. J.F. López Aguilar, *op. cit.*, pp. 141 ss.);

2) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Socialista del Congreso por la que se da nueva redacción al art. 390 *CP* (*B.O.C.G.* A-22-1 Serie B, de 25 de marzo de 1990).

3) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Socialista del Congreso por la que se introduce un nuevo Capítulo en el Código Penal para controlar el tráfico de influencias y el uso de informaciones privilegiadas (*B.O.C.G.* 26-1, Serie B, de 6 de febrero de 1990).

4) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Popular del Congreso reguladora del *Tráfico de influencias y del manejo de información privilegiada* (*B.O.C.G.* A-23-1, Serie B, de 31 de enero de 1990).

5) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Catalán del Congreso por la que se da nueva redacción al art. 390 *C.P.* (*B.O.C.G.* 22-1, Serie B, de 25 de enero de 1990).

6) Propuesta de Ley Orgánica de redacción de un nuevo art. *del C.P.*, n.º 368-bis., Cap. IV del *Título VIII CP* (Grupo *IU-IpC* del congreso), (*B.O.C.G.* n.º 21-1, Serie B, de 25 de enero de 1990).

Cada una de estas iniciativas ha sido, obviamente, acompañada por los correspondientes “paquetes” de enmiendas propuestas a sus respectivos articulados por los diferentes Grupos de las Cámaras. Intentando sortear las múltiples complejidades a las que conduciría un análisis minucioso de las mismas, bástenos por el momento sintetizar las propuestas en sus contenidos de fondo. Las *líneas principales* de estas seis proposiciones podrían exponerse como sigue:

1. Todas ellas convergen en lo fundamental: se trata, en todos los casos, de un primer intento de ofrecer regulación positiva a la fenomenología del “tráfico de influencias”. Con ello, viene a trasladarse esta terminología, hasta hoy puramente coloquial, al lenguaje del *Derecho*, en cuanto sistema de normas jurídicas positivas.

Este objetivo aparece frontalmente acometido en la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Popular. Siguiendo a una *Exposición de Motivos* notablemente apasionada, el art. 1 de dicha *Proposición de Ley* intenta ofrecer sendos modelos de conceptualización del “tráfico de influencias” y del “manejo de información privilegiada”. Modelos de conceptuali-

---

... acúdase, en esta órbita, a B.S. Rundquist & G.S. Strom, J.G. Peters: “Corrupt Politicians and their electoral Support”, *American Pol. Sc. Review* n.º 71, 1977, pp. 954 ss.

zación, por cierto, difícilmente cohonestables con los principios de certeza y de seguridad jurídica.

En primer lugar, destaca, por su inaceptable amplitud, la literalidad del art. 1.1, en el que se considera “tráfico de influencias” toda “actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante las Administraciones o Poderes Públicos, autoridades o funcionarios o de intervención ilegítima en asuntos pertenecientes a la esfera pública”, con el fin de “incidir en la formación de la voluntad de los órganos administrativos o sus titulares y obtener de este modo beneficios patrimoniales para sí o para terceros”.

En la misma línea, el art. 1.2 pretende una definición de lo que ha dado en llamarse “manejo de información privilegiada” entendiéndose por ésta toda “utilización de información o datos” a los que se haya accedido en razón del cargo público, con el fin de obtener beneficios para sí o para terceros, por parte de quien ostente o haya ostentado dicho cargo o función en los últimos *dos años*.

El artículo 2 de esta proposición procede a tipificar los anteriores supuestos como *delitos* castigables con penas de *arresto mayor*, *multa del tanto al triplo*, e *inhabilitación absoluta* en caso de que el comitente ostente o haya ostentado cargo en los últimos dos años.

Al objeto de reforzar la capacidad instructora de los órganos judiciales, se interpretaría como indicio racional de los anteriores delitos la no justificación de un “considerable incremento de su patrimonio”, hasta el plazo de *cuatro años* desde la cesación en el cargo. Esta capacidad de fiscalización se extendería, asimismo, al cónyuge, ascendientes, descendientes, o a los parientes o afines *hasta e segundo grado* de parentesco civil.

En la misma línea, la proposición apunta a la tipificación de una modalidad de responsabilidad penal (artículo 5) por la no delación de aquellos supuestos actos que, conocidos por él, “pudieran constituir delitos” de los tipificados en el artículo 2 de la misma Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular. Los artículos 6 y 7 del mismo texto prescriben la imposición de *la mayor sanción penal* para la hipótesis de *concurso* de los delitos anteriormente tipificados, instituyendo, asimismo, la naturaleza pública de la acción penal ejercitable, en orden a vehicular su eventual persecución de *oficio* o *a instancia de parte*.

Con carácter general parecería, por lo tanto, básicamente aconsejable unificar los criterios de identificación de los parientes o afines susceptibles de dotar de carácter “especial” a la relación de “influencias”, de beneficio o de provecho. Ello podría conseguirse, de acuerdo con lo contemplado en la actual redacción del art. 11 del Código Penal, interpretando que existe tal “relación especial” cuando se actúe en beneficio objetivo del propio cónyuge (o persona ligada por relación análoga de afectividad), de ascendiente, descendiente, o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados de la persona a quien se imputa el comportamiento ilícito.

2. Varias de estas proposiciones de ley se ciernen también sobre la prohibición de incurrir en incompatibilidades o en otros *deberes legales* de los llamados “ulteriores”, —es decir, las incompatibilidades eventualmente proyectables hasta un cierto tiempo después ( de dos hasta cuatro años) desde la cesación en el cargo—. El ámbito material u objetivo de estas “ultra incompatibilidades” concierne, lógicamente, a aquellas actividades de tráfico, industria o gestión de intereses patrimoniales privados directamente incidentes en asuntos que hayan sido del ámbito propio de responsabilidad y/o de competencia del cargo o del funcionario, allí hasta donde el límite temporal de la vigencia de dicha incompatibilidad deba ser observada.
3. Prohibición, en paralelo, de actividades de tráfico, comercio o industria, sobre la índole de asuntos descritos precedentemente, pero recayente esta vez *sobre los familiares del cargo o del funcionario*, hasta en el segundo grado de parentesco o afinidad.
4. Nuevo régimen jurídico del *deber de declarar los intereses* económicos y los patrimoniales, así como las eventuales causas de *incompatibilidad* (observancia, una vez más, de las disposiciones del art. 160 LO-REG). En este sentido, merece una especial atención la *Proposición de Ley del Grupo Popular*. Los artículos 4 y 8 de su concreta iniciativa resultan particularmente cuidadosos en lo que respecta a este punto. También el artículo 12 de la Proposición socialista satisface esta demanda. Cualquiera de los textos puede desempeñar la función de documento de base para un tratamiento positivo del problema, sin que los costes aparentes o los efectos secundarios previsibles sugieran desaconsejar tal paso.

En cualquier caso, este objetivo podrá ser alcanzado a través de las oportunas reformas puntuales y parciales de los concretos artículos del *RCD*, *RS*, Ley 25/83 y 53/84, implicados al respecto.

5. Amago de regulación de los *Lobbies o despachos de gestión* profesionalmente enderezados a la representación, ante los poderes públicos y las administraciones, de los grupos de presión socialmente activos. En el debate celebrado con fecha de 8 de febrero en el Congreso de los Diputados, el portavoz del Grupo Popular intenta, efectivamente, suscitar por vez primera (desde que ya lo elevara el portavoz de AP en el curso del debate constituyente) el acometimiento de regulación positiva en este novedoso frente, hasta hoy desconocido por los sistemas jurídicos de tradición continental. No parece imprescindible abundar en esta línea de desconexión con el contexto de la representación propia de las democracias parlamentarias de Europa para llamar la atención sobre las exigencias que esta tradición impone con respecto a los principios de transparencia y de publicidad en la gestión y en la representación de los intereses privados con los que se contrayeren niveles de compromiso más o menos formalizados<sup>(16)</sup>.

Este primer objetivo podrá ser alcanzado —*ex negativo* y en el marco de la reforma penal— introduciendo la oportuna contemplación de los supuestos de “ofrecimiento” de soborno, de corrupción o de cohecho activo ante funcionario público, mediante el ofrecimiento de presiones o influencias ante las administraciones.

En el hipotético caso de que fuere aconsejable abordarlo en el futuro, concreta y singularmente, —una eventualidad que no hay que excluir *a priori*—, habría que tener presente que la no contemplación de las debidas garantías para la prevención de nuevas desviaciones, equivaldría a consolidar y sancionar *ex lege* la opacidad vergonzante de ciertos procedimientos político-decisionales, en los que eventualmente podría privilegiarse a los interlocutores de los grandes intereses económico-industriales provistos de un aparato solvente de agregación y de representación extraparlamentaria, frente a los particulares y a los demás intereses sociales concurrenciales, carentes de articulación, mas no de legitimidad<sup>(17)</sup>.

(16) Véase, sobre el problema, W.M. Reisman: *¿Remedios contra la corrupción?*, FCE, México (trad. esp.), 1981; C. Leys: “What’s the problem about corruption?”, en *Harvard Univ. Review*, Mass, 1965.

(17) Cfr. A. Rogow & H.D. Lasswell: *Power Corruption & Rectitude*, Eng. Cliff., NJ, 1963.

En síntesis, cabe concluir esta somera revisión de las Propositiones hasta ahora presentadas subrayando las siguientes consideraciones:

A) Tratándose de proposiciones legislativas de vocación *sancionadora*, no puede albergarse reparo en lo que concierne a la necesidad de obtener un máximo de *precisión* y de *rigor terminológico*.

A la hora de ofrecer una descripción mínimamente adecuada a los *supuestos de hecho* perseguibles por medio de acción penal pública, (—castigables por la ley que es, por ende, normación de carácter restrictivo de derechos—), estos supuestos de hecho deben venir expresados con máxima *precisión típica* y una extensión objetiva concebida en unos términos claramente restrictivos en la descripción del injusto.

Resultan, así, inaceptables los enunciados del tipo “toda actividad de aproximación o persuasión”, o del tipo “tuvieren conocimiento de hechos que pudieren constituir (...)”, contenidos en la Proposición del Grupo Parlamentario Popular.

B) Por razones sistemáticas, es absolutamente desaconsejable una ley formal y exclusivamente destinada a positivar la persecución penal, y consiguiente sanción, del “tráfico de influencias” y del “manejo de información privilegiada” (tal y como se contempla en la Proposición Popular). Más en la línea de las proposiciones socialista y catalana, conviene pensar en robustecer, por un lado, la normativa *preventiva* de incompatibilidades e inelegibilidades, así como de otro lado, abrir el debate en torno a los instrumentos de *control parlamentario* de probada proyección sobre este concreto respecto (así, las comparecencias y las Comisiones de Investigación; en este sentido, el Grupo Popular introduce por medio de Enmienda a la Proposición socialista, la reforma del art. 52 del RCD en el sentido de determinar la constitución de una *Comisión de Investigación* bajo propuesta de 1 solo Grupo Parlamentario o de la quinta parte de los miembros de la Cámara).

Desde el punto de vista represivo o punitivo, las proposiciones de ley deberían incardinarse en la reforma de los títulos del *Código Penal* que hubieren mostrado conexión de carácter *material* con los supuestos contemplados (—la totalidad de las Propuestas se centra, en este sentido, en la reforma del *Título VII* del Libro II CP).

C) Desde el punto de vista *procedimental*, el método de actuación más indicado sería el de incardinar estos trabajos de reforma penal dentro de los ya iniciados de cara a la elaboración de un nuevo Código Penal.

En caso de optarse por la toma en consideración, tramitación y aprobación de nuevas reformas parciales del Código Penal vigente, éstas deberían conducirse a la inclusión de nuevos tipos especiales en el *Título VII* del *Libro II* del Código Penal, en la línea contemplada por la Proposición de Ley del Grupo Catalán.

En función del tenor literal del art. 119 del Código Penal actualmente vigente, podría incluso prescindirse del *390 bis c)* de la propuesta catalana —(equivalente en este extremo al *404 quatuor* contemplado en las propuestas de enmienda del CDS a la Proposición de Ley por la que se ofrece una nueva redacción al art. 390 CP, proposición introducida por el Grupo Popular)—, tendente a extender el alcance subjetivo de este título sobre los cargos públicos de origen representativo y por designación.

D) En lo que concierne a las reformas de la vigente normativa de *incompatibilidades*, puestas en movimiento por el Grupo Socialista, cabe advertir que la justificación del recrudecimiento de las incompatibilidades de los parlamentarios ofrece flancos de crítica fácilmente detectables. No así en lo que hace a su pretendida propensión a consolidar una “casta” de “profesionales exclusivos de la representación”. El origen de la retribución institucionalizada a la función parlamentaria demuestra, por el contrario, la orientación netamente democrática de esta línea tendencial.

Mucho más discutibles resultan sus probabilidades de contribuir seriamente a la erradicación de los fenómenos de “tráfico de influencias”. Antes bien, hay que advertir que nada de cuanto consta en el fundamento “empírico” de esa terminología ayuda a pensar que una futurible regla de imposición formal de dedicación exclusiva del representante electo al trabajo político-parlamentario, vaya a arrastrar un efecto de beneficiosa influencia en la “depuración” de unas desviaciones que han venido registrándose, con carácter tendencial, en la totalidad del espectro político (independientemente de los distintos niveles de “dedicación” constatables en las respectivas fuerzas de dicho espectro político), y que, por lo demás, afectan más notablemente a grandes agregados políticos, en cuanto tales —partidos comprometidos con contrataciones públicas, corporaciones industriales y con mecanismos anómalos de financiación), que a personalidades concretas e individuales.

No parece, por lo tanto, que persistir o abundar en esa estrategia de recrudecimiento de la regulación sobre incompatibilidades pudiera servir a otro objetivo que al de la crispación de los debates genéricos y a la disolución de los

problemas concretos, sin contribuir, por lo tanto, a la resolución o encauzamiento positivo de los unos o los otros. Ello no impediría, en todo caso, aconsejar la introducción de una cierta cláusula de flexibilización parlamentaria de las incompatibilidades, introduciendo, por ejemplo, un catálogo de criterios mínimamente formalizados (a través de un desarrollo al Reglamento de la Cámara y de la LO 5/85) con la que la Comisión Permanente de Estatuto del Diputado pudiera determinar singularizadamente la regularidad de la compatibilidad de la función parlamentaria con actividades privadas.

E) Sí cabe, en cambio, a todas luces, incidir en la necesidad y absoluta conveniencia de regular con detalle *el Registro de Intereses* del artículo 160 LO-REG, 18 RCD y 26 RS extendiendo la sujeción al mismo a la totalidad de *los Altos Cargos* de la Administración Central contemplados por las leyes 25/83, de 26 de diciembre (art. 8), y de la Administración Local, contemplados en la Ley 7/85 (art. 75), de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, de acuerdo con el mismo régimen objetivo y subjetivo instituido para los parlamentarios y representantes electos comprendidos en la Ley Orgánica 5/85 de 19 de junio.

F) En conclusión, del análisis de las Propositiones presentadas por los Grupos —tanto en la calidad formal de Propositiones de Ley Orgánica u Ordinaria, cuanto en la posterior fase de presentación de Enmiendas sobre iniciativas ajenas—, resulta difícil extraer con claridad sus líneas de convergencia. No siendo, sin embargo, imposible una operación de inferencia de los principales puntos de confluencia “estratégica” de dichas iniciativas, sí cabe, en cambio, proponer la reconducción de las múltiples complejidades formales y procedimentales a las que conduciría, sin duda, su tratamiento singularizado, para desembocar así en la proposición de 3 frentes de trabajo. Ello podría obtenerse a través de la atención a las siguientes líneas fundamenales de acción:

- 1) Reconducción, ante todo, de toda la normativa de carácter sancionador a su ámbito natural, esto es, al Código Penal. Ello comporta rechazar toda propuesta tendente a hacer de la represión del “tráfico de influencias” una normativa material autónoma.
- 2) Reforma de cuantas leyes orgánicas y ordinarias se encuentren comprometidas en la integración del régimen jurídico de las inelegibilidades e incompatibilidades, así como en la concreción del deber de declarar las eventuales causas de incursión en las mismas y de declarar asimismo las actividades, los bienes y los intereses susceptibles de producir

todo tipo de retribución o beneficio económico, atinente a los funcionarios públicos, cargos y autoridades, sean éstos por disposición inmediata de la Ley, sean por designación de autoridad competente, o sean representantes por elección. Se propone, en concreto la reforma de los Reglamentos del Congreso y del Senado, de la *LOREG* (Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio), de la Ley 25/83 de *Incompatibilidades de Altos Cargos*, y de la Ley 7/85 reguladora de las *Bases de Régimen Local*.

- 3) Reconsideración y reforma del actual régimen jurídico de la posibilidad de lícita intermediación de los funcionarios, cargos y autoridades públicas en la resolución de decisiones político-administrativas en las que se ventilen intereses económicos y/o patrimoniales concernientes a los sujetos previamente determinados como sujetos susceptibles de alguna modalidad de regulación especial en la normativa penal (de acuerdo con la resultante de las reformas presupuestas), y en la legislación atinente a las declaraciones de incompatibilidades y de intereses a la que se alude en el punto precedente. Ello comportará conducir por este cauce las propuestas de reforma de la actual legislación de *Sociedades Estatales* (Ley de 26 de diciembre de 1958), *Contratos del Estado* (Ley de 8 de abril de 1965), *Mercado de Valores* (Ley 24/88 de 28 de julio) y, correlativamente, *del Tribunal de Cuentas* (Ley Orgánica 2/82 de 12 de mayo).

## V. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

En atención a todos los problemas que hemos venido exponiendo, se encuentra actualmente en avanzada fase de tramitación parlamentaria una *Proposición de Ley* orgánica por la que el Legislador ha instado la modificación de los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal vigente (—este texto normativo se halla también, no se olvide, pendiente de una revisión integral y general—), así como la introducción de nuevo *Capítulo* en el Código para la regulación del “tráfico de influencias” y del “manejo de información privilegiada”<sup>(18)</sup>.

En su presente estadio de elaboración, los arts. 367, 368 y 390, actualmente circunscritos a los Capítulos IV (“De la violación de secretos”, los dos primeros) y IX (“Del cohecho”, el tercero) el Título VII (“De los delitos de los

(18) Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. (Senado, 4ª Legislatura).

funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”) del Libro II *CP*, aparecen sometidos a una reformulación de vocación agravadora que puede sintetizarse conforme a las líneas siguientes: a) —El funcionario público o *autoridad* que revelare secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas (—frente a las de 30.000 a 60.000 actualmente contempladas—). Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. b) —El funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o para tercero, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de *prisión menor (de seis meses y un día a seis años) e inhabilitación especial*. Se entenderá, a estos efectos, que el concepto jurídico-penal de “información privilegiada” englobará toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada. c) —El funcionario, en fin, que admitiere dádivas o regalos que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con las penas de *arresto mayor (un mes y un día a seis meses) y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a cien mil pesetas*.

Por su parte, la introducción de un nuevo Capítulo XII del Título VII del Libro II con la rúbrica “Del tráfico de influencias”, produciría —además del evidente efecto de cristalizar jurídica y técnicamente la tipificación penal de una fenomenología hasta hoy inscrita en la reprobación “difusa” en los planos moral y socio-cultural/político (vale decir, en la opinión pública)— la sustanciación de un nuevo cuño de *tipos* y la reformulación genérica de todo el segmento del articulado penal afectado: El Capítulo IV del Título VII citado llevará, como encabezamiento, “De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido”.

Los nuevos tipos penales se concretarían como sigue; a) —El funcionario o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada

de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor añadido (—vemos, pues, junto a la concreción de las conductas de las que hemos venido ocupándonos, una nua consagración de la ampliación del ámbito subjetivo de la categoría iuspenal del “funcionario” de acuerdo con el patrón impuesto por el preexistente art. 119 CP); b)—El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido; c)—Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las *autoridades o funcionarios públicos*, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor. Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial. En cualquiera de los supuestos a que se refieren las propuestas anteriormente relacionadas, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades propias de la sociedad, empresa organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de *seis meses a seis años*.

En combinación con tan importantes novedades relativas a la perseguibilidad *penal* de las actividades mercantiles coligables a la juridificada noción de “tráfico de influencias”, continuará siendo necesario —si de verdad se pretende cerrar el círculo global de la fenomenología de la desviación de poder del cargo público— coenvolver en la reforma del Derecho hoy vigente al menos en los siguientes planos adyacentes: a)—Nueva redacción de los arts. 155.4 y 180.2 y nuevos arts. 157, 160 y 213 de la LO de Régimen Electoral General, LO 5/85, de 19 de junio, tendentes a reasegurar las situaciones subjetivas y las compatibilidades de los parlamentarios en las distintas instancias de la representación; b) —Introducción de paralelas modificaciones en la redacción de la Ley 25/83, de 26 de diciembre, de *Incompatibilidades de los Altos Cargos*; c) —Modificaciones complementarias de la legislación vigente, afectando a los arts. 81, 99, 100, 102, 103 y 105 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del *Mercado de Valores*; LO 2/82, de 12 de mayo, del *Tribunal de Cuentas* (ampliando sus competencias fiscalizadoras); y *Ley de Contratos del Estado* de 8 de abril de 1965, modificada por *Ley* de 17 de marzo de 1973.

**VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL LLAMADO “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”, ASÍ COMO DEL “MANEJO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA”**

Desde una perspectiva de *realismo sociológico*, el análisis de la posible eficacia de las iniciativas reguladoras hasta ahora contempladas puede desenvolverse en términos bien diferentes a los aconsejables desde la perspectiva estrictamente *política* o *político-legislativa*<sup>(19)</sup>. Puede parecer difícil, o excesivamente costoso, obviar la oportunidad política del “carro del mayor rigor”, una vez experimentada, en toda su virulencia, la relevancia social, de cara a la opinión pública, de las *cuestiones de fondo*. Ello no nos impide cuestionarnos la viabilidad de soluciones normativas tendentes a recrudecer, desde la pura abstracción de nuevos tipos penales, la hipotética sanción de las prácticas de abuso o desviación de poder en presunto beneficio de intereses disociados del “interés general”.

No puede desconocerse que, cuando no nos encontramos frontalmente con ejemplos de traslación a un debate abierto ante la opinión pública sobre decisiones políticas que, por su naturaleza, conllevan un componente discrecional inobviable, en gran parte de estos casos en que nos enfrentamos a la posibilidad de fiscalizar algún tipo de actuaciones “desviadas” o abusivas respecto de los intereses considerados generales, nos movemos en los predios de lo que la ciencia penal —y muy particularmente la criminología— viene denominando “*delitos de cuello blanco*”, y cuyos caracteres vale la pena apuntar en apretada síntesis:<sup>(20)</sup>.

a) Comisión de los mismos con ocasión o a propósito de la dedicación a la actividad política, a la actividad industrial, comercial o empresarial, o a

(19) Cfr. J. Nye: “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *American Pol. Sc. Review* n.º 61, 1967, pp. 419 ss.

(20) La terminología alusiva a los “delitos de cuello blanco” es, como su literatura, esencialmente anglosajona. La locución, en concreto, fue acuñada por E.H. Sutherland en su célebre trabajo *White Collar Crime*, Dryden Press, NY, 1949. Posteriormente ha pasado a ser un *locus* obligado de la preocupación criminológica contemporánea, aun cuando —como es sabido— sólo muy recientemente (— a raíz del ciclo “tipificador” de los delitos fiscales, económicos y ambientales—), haya pasado a formar parte del ámbito objetivo de la ciencia penal española. Otros clásicos en la doctrina americana son los de S. Shapiro: “A Background Paper on White Collar Crime”, Yale Univ. Press, NJ, 1976; y, en general, D. Thompson: “White Collar Crime: a Bibliography”, en Univ. Calif, *IGS*, 1967.

varias de ellas de consuno (*i.e.*: actividades cuyo espectro sociológico de “actores” se reduce al del poder político o financiero, sujetos, en definitiva, provistos de un poder de decisión sobre inusualmente importantes volúmenes de capital o de recursos financieros)<sup>(21)</sup>.

b) actos merecedores de generalizada reprobación social, pero caracterizados por una difícilísima o prácticamente inviable persecución por la Justicia. Y ello en atención, al menos, a los siguientes factores:

- b.1) Nos hallamos, para empezar, ante actividades que, muy a pesar de su eventual tipificación como delitos perseguibles de oficio, disfrutan, por su propia naturaleza y por el carácter del entorno y ambiente social en que se desenvuelven, de enormes probabilidades de permanecer en la más absoluta opacidad e impermeabilidad. Prueba de ello lo es el que, habiendo existido “siempre”, por su esencial conexión con la raíz nodular del modo de producción de la economía de mercado, sólo muy recientemente, y en estrecha relación con una concreta evolución de los mecanismos de extensión y de profundización del sistema democrático, pluralista y participativo, en lo que hace referencia a sus resortes de control sobre los poderes públicos en cuanto representativos y, en consecuencia, gestores del interés general, *sólo muy recientemente*, decimos, *ha emergido la polémica en torno al delito económico y en torno al delito fiscal como problemas relevantes de cara a la opinión pública y, congruentemente, con cierta proyección política* <sup>(22)</sup>.

No es un secreto para nadie que sólo determinados actos o actividades de las hoy consideradas como atentados contra bienes jurídicos de primer orden (e inscritas, en consecuencia, en la categoría tasada de los *ilícitos* penales contemplados por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno), sólo *algunos de estos* actos, por sus modalidades fácticas de comisión (—y por la procedencia social de quienes los perpetran, fácilmente identificables—), *adquieren una relevancia externa o apariencial notablemente* acusada (un tirón en plena calle, un robo con fuerza en las cosas...). Mientras, por el contrario, ciertas actividades

(21) J. Coffee: “Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response”, *Virginia Law Review* n.º 63, 1977. pp. 1.099 y ss.; ver también N.T. Wang: “Design of an International Code of Conduct for Transnational Corporations”, *Journal of International Law and Economics* n.º 10, 1975 (pp. 319 ss).

(22) Vid. *Business-Government Relations*, BUS 233, *Materials*, Fletcher School of Law, TUFTD, MASS, 1988.

que cuantitativamente tienen mayor entidad, pasan inadvertidas en lo que se refiere a su capacidad de conmover a la opinión pública o de generalizar la sensación de amenaza y de inseguridad (ej: una defraudación financiera a gran escala). Del mismo modo, es constatable la mayor capacidad de movilizar todo tipo de prejuicios culturales en su contra, por parte de cualquier “chorizo” o delincuente habitual contra la propiedad, respecto de la apariencia social de no peligrosidad y de respetabilidad por parte de los titulares de cuantiosos patrimonios, grandes cuentas e intereses económicos de escala, y/o de los gestores del tráfico comercial o financiero de los mismos<sup>(23)</sup>.

- b.2) Estamos, en segundo término, ante actividades desenvueltas en áreas del conocimiento o de la práctica jurídica, económica y fiscal, cuyo elevado nivel de sofisticación técnica las hace muy especialmente difíciles de controlar, máxime cuando se trata de determinar el límite de la licitud de las mismas respecto de las fronteras de naturaleza penal, *permaneciendo, no obstante, altamente susceptibles de “manipulación” especializada en el arte de esquivar, prevenir o defraudar, bien ex ante, bien ex post, la finalidad de las leyes de control o represión de las desviaciones.*

No es necesario abundar en las alegadas deficiencias estructurales, materiales y funcionales, largamente padecidas por la Justicia Ordinaria, para alcanzar a entrever las dificultades que sus órganos pueden llegar a encarar a la hora de determinar la posible deducción de responsabilidades penales a partir de fenómenos tales como la llevanza de contabilidades múltiples, sutiles maquinaciones para forzar, alterar o falsear la cotización o el “precio de las cosas”, la defraudación de las normativas de control de la elaboración o composición de los productos, la declaración de los propios activos, la regularidad de las propias relaciones con la inspección fiscal, con las administraciones y con los poderes públicos, la evasión de capitales, las desviaciones de fondos lícitamente adquiridos para la financiación de actividades ilícitas, la reconducción de fondos ilícitamente adquiridos para la financiación de actividades lícitas, promovidas o alentadas por los poderes públicos (—i.e., blanquear

(23) Cfr. G.T. Mc Laughlin; “The Criminalization of Questionable Foreign Payments by Corporations: a Comparative Legal Systems Analysis”, *Fordham Law Review*. 46, 1978, pp. 1.071 ss. Ver también *Economist* (Intelligence Unit): “The Go-Betweens, Government Relations, otherwise Known as Lobbying”, *Multinational Business* n° 3. 1972, pp. 15-29.

desgravando o *sponsorizando*—), o el patrocinio de formas de publicidad engañosa<sup>(24)</sup>.

c) Estamos, en tercer, lugar, *ante el concreto aparato de la Administración española de Justicia*, en el aquí y ahora de nuestra capacidad para perseguir penalmente comportamientos del tipo de los anteriormente relacionados a modo de ejemplificación. Es evidente que, de un lado, la muy reciente emergencia en nuestro ordenamiento de la consideración de los delitos económicos, la escasa capacidad de nuestra Jurisdicción para controlar con éxito este ámbito delictual especializado, así como, de otro lado, la evidencia sociológica de la capacidad de respuesta y de movilización de resortes defensivos, jurídicos y económicos, por parte de los eventuales imputables de delitos circunscritos a ese ámbito, invitarían a albergar algunas dudas razonables acerca de los resultados prácticos esperables de la tipificación del tráfico de influencias y de la manipulación de información privilegiada, como tipos añadidos a los actualmente contemplados por el Título VII del Libro II del Código Penal en su redacción actualmente vigente.

\* \* \*

Sin detrimento alguno de las reflexiones aquí expuestas, es evidente también que la totalidad de los tipos penales contemplados en éste y en otros Títulos de la Ley Penal vigente merecen una reconsideración en toda su profundidad, partiendo de lo que concierne a la terminología (así, en la represión de las consideradas “negociaciones prohibidas” de “agio, tráfico y granjería”, art. 404 CP), hasta alcanzar la mejor definición posible de los presupuestos *objetivos y subjetivos* (la condición de funcionario, cargo o autoridad pública) de los delitos reconducibles a la fenomenología del abuso o desviación de la propia competencia o ámbito de decisión por parte de quienes encarnan la gestión de los recursos o las políticas públicas, debiéndose, en consecuencia, a un exclusivo atenuamiento a la satisfacción de los intereses públicos y/o al interés general<sup>(25)</sup>.

Ésa podrá ser la línea a sostener con ocasión de la elaboración integral y general de un nuevo Código Penal, sin perjuicio de la estimación, en términos

(24) Testimonios escalofriantes acerca de este tipo de prácticas pueden ser encontrados en W.M. Reisman: *Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms*, Mc. Millan Free Press, NY, 1979; así como en M & S Tolchin: *To The Victor; Political Patronage from the Clubhouse to the White House*, Col. Univ. Press. NY, 1975.

(25) Cfr. A. Kneier: *Serving Two Masters: A Common Cause Study on Conflicts of Interests in the Executive Branch*, C.C. Wash., 1976.

de oportunidad política, de las iniciativas parlamentarias concretadas en las Propositiones de Ley, al objeto de dotar de una normación expresa, explícita e *inmediata*, a aquellos supuestos conexos, en forma más característica, a la fenomenología del “tráfico de influencias”<sup>(26)</sup>.

---

(26) Cfr. los *Dictámenes* precitados *supra* en nota 1, y en especial los *estudios* de Derecho comparado (casos Francia, Italia, Gran Bretaña, RFA y EEUU) acerca de los efectos de tales segmentos normativos en sus respectivos ordenamientos.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE O PRODUCTOR POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS

**CARMEN ROMERO LIMIÑANA**  
ABOGADO

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ARTÍCULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
- III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRODUCTOR ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
  - A. La responsabilidad Civil derivada del ilícito penal.
  - B. La responsabilidad contractual.
  - C. La responsabilidad extracontractual.
- IV. LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 19 DE JULIO DE 1984
  - A. Ambito de aplicación de la Ley

B. La Responsabilidad del Productor y el derecho a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor.

V. DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 25 DE JUNIO DE 1985.

A. Introducción

B. Régimen de Responsabilidad

C. Los productos defectuosos por los que responde el productor

D. Sujeto Activo

E. Sujetos Responsables

F. Prescripción y caducidad

G. Daños

VI. NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A LA DIRECTIVA COMUNITARIA

VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1990

## I. INTRODUCCIÓN

El problema de la protección a los consumidores y usuarios se acrecienta a raíz de la situación de indefensión que se constata tras los profundos cambios que sufre el mercado, como consecuencia del desarrollo económico experimentado en los años cincuenta y sesenta de este siglo. Ciertamente, la necesidad de atender a la creciente demanda de bienes y servicios, dio lugar a una sustitución paulatina de la tradicional producción artesanal y manual, típica del mercado de antaño, por otra altamente tecnificada y masiva, que no sólo posibilita la enorme y variada oferta de productos que existe en el mercado actual, sino que además origina un notable aumento de los riesgos que han de soportar los consumidores y usuarios.

En una sociedad consumista como la actual, en la que el consumo en masa se corresponde con una producción también en masa y consiguiente progreso de la tecnología, se ha hecho necesaria la protección del destinatario último de estos bienes y servicios, es decir, la protección del consumidor (parte más débil del tráfico económico) a fin de lograr o encontrar un justo equilibrio entre los intereses de los consumidores y productores. Como indica Alberto Bercofitz “la necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa —la inmensa mayoría— de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir por sí solas unas calidades y unos precios adecuados”.

El derecho a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos constituye un derecho esencial del consumidor y usuario, cuya garantía y protección es altamente necesaria en el tráfico actual de mercancías, bienes o productos.

El presente trabajo se va a centrar en el estudio de la responsabilidad civil que contrae el productor frente al consumidor dañado por los productos defectuosos que lanza al mercado.

## II. ARTÍCULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Es la Constitución Española el primer texto legal que garantiza los derechos

de los consumidores frente a la producción, pues, si bien existe en nuestro ordenamiento jurídico un conjunto de normas dirigidas a la protección del consumidor o usuario, como señala Ignacio Quintana Carlo, “hay que esperar hasta 1978 para que pueda hablarse en nuestro país del reconocimiento del fenómeno de la protección a los consumidores”.

La Constitución sienta, dentro de los principios rectores de la política social y económica (capítulo III del título I) y concretamente en su artículo 51, los criterios básicos que han de inspirar la normativa y actuación de los poderes públicos en orden a garantizar la defensa, la seguridad, la salud y los LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS de los consumidores y usuarios. A pesar de no mencionarse expresamente el derecho a la reparación de los daños, resulta claro que dicho derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por el producto defectuoso, constituye, lógicamente, uno de los legítimos intereses económicos de éste, cuya protección, tal y como hemos visto, encomienda la Constitución (artículo 51 citado) a los poderes públicos.

El mandato constitucional contenido en el tantas veces mencionado artículo 51 y el llamado caso del “aceite de colza” o “síndrome tóxico”, aceleraron y propiciaron la aparición de la Ley 26/de 1984 de 19 de Julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Antes de entrar en el estudio de esta ley que, como más adelante veremos, introduce un nuevo sistema de responsabilidad civil del productor para los daños causados por el uso y consumo de determinados servicios y productos (sistema de responsabilidad objetiva) frente y junto al sistema general del Código Civil (régimen de responsabilidad contractual y extracontractual), considero conveniente y necesario el previo análisis de la protección que a los consumidores brinda el Código Civil frente a los daños sufridos por el producto defectuoso.

### **III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRODUCTOR ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS**

A este respecto conviene señalar:

#### **A. La Responsabilidad Civil derivada del ilícito penal**

Esta responsabilidad tiene su fundamento en el artículo 1.092 del Código Civil, en relación con los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del Código Penal. De

acuerdo con estos artículos, las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal, que recoge que toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente. Por consiguiente, los Tribunales Penales están obligados a pronunciarse en materia de responsabilidad civil, a no ser que el perjudicado exprese su deseo, bien de renunciar a dicha responsabilidad, bien de reservársela para su ejercicio posterior ante los Tribunales Civiles. No obstante, para que nazca dicha responsabilidad, no sólo tiene que existir una conducta penalmente reprochable, sino que además la misma ha tenido que lesionar un derecho subjetivo o un interés privado, de forma que si esta lesión no se produce, no cabe que el Tribunal Penal se pronuncie sobre la citada responsabilidad (Sentencias del Tribunal Supremo: de 8 de octubre de 1966, R.A. 4.211 y 7 de marzo de 1968, R.A. 1.310).

Por consiguiente, los consumidores y usuarios podrán reclamar en el proceso penal los daños y perjuicios irrogados por el consumo o uso del producto o servicio defectuoso, siempre y cuando el defecto que les ha ocasionado el daño tenga su origen en la concurrencia de una conducta dolosa o culposa constitutiva de delito o falta.

#### **B. La responsabilidad contractual**

La normativa contenida en el artículo 1.101 del Código Civil, obliga a indemnizar por los daños y perjuicios causados no sólo a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, sino también a los que de cualquier otro modo contravinieren el tenor de las obligaciones contractuales. Presuponiendo la existencia de un contrato, este artículo 1.101 del Código Civil será aplicable cuando los daños y perjuicios deriven del incumplimiento o infracción de una obligación pactada, es decir, sólo podrá invocarse para corregir o reparar el daño producido cuando los contendientes están íntimamente ligados por una relación preexistente que ordinariamente es un contrato.

Consecuentemente, la responsabilidad contractual tendrá su origen en el daño o perjuicio ocasionado por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento contractual. Ciñéndonos al tema que sirve de título a estas líneas, hemos de indicar que en el moderno tráfico de mercancías el consumidor es el destinatario final de estos bienes o último eslabón de la cadena que comienza en el productor o fabricante (lanza el producto al mercado) y continúa a través de una serie de intermediarios (importadores, exportadores, mayoristas, distribuidores, comisionistas, transportistas, almacenistas) hasta llegar al minorista

(último intermediario) que finalmente facilitará al consumidor el producto, previo pago del precio correspondiente; todos estos intervinientes se encuentran unidos entre sí por una serie de contratos intermedios hasta llegar al contrato último celebrado entre el minorista-comerciante (vendedor) y el consumidor (comprador).

A la vista de lo expuesto y dado que el fabricante o productor no se halla directamente vinculado por contrato alguno con el consumidor, difícilmente podrá este último ejercitar la acción derivada del contrato de compraventa, celebrado con el minorista, para exigir responsabilidad al fabricante por los daños y perjuicios causados a consecuencia de los vicios o defectos del producto que pone en el mercado.

Por cuanto que el consumidor sólo se halla vinculado contractualmente con el último vendedor o minorista (rigiéndose las relaciones existentes entre ambos por los artículos 1.088 y siguientes del Código Civil) será este último, en lo que a la responsabilidad contractual se refiere, a quien el consumidor puede demandar interesando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento contractual.

En el específico campo del contrato de compraventa (artículos 1.445 y siguientes del Código Civil) si el bien o producto vendido adolece de vicios o defectos ocultos, el vendedor ha de responder de los mismos frente al consumidor-contratante, aun en el supuesto de que ignorase la existencia de éstos, es decir, surge una responsabilidad que incumbe al vendedor cual es la de saneamiento de los vicios o defectos ocultos (artículos 1.461, 1.474 y 1.485 del Código Civil).

Sintetizando lo expuesto, hemos de concluir:

1) Que la Legitimación activa para el ejercicio de la acción derivada por culpa contractual corresponde única y exclusivamente al consumidor-contratante o comprador del producto, no extendiéndose al resto de los consumidores (no compradores) por los daños y perjuicios que éstos sufran a causa del producto defectuoso.

2) En lo que a la Legitimación pasiva se refiere, es claro, que esta responsabilidad de naturaleza contractual sólo podrá ser exigida por el consumidor frente a la otra parte contratante.

Ésta otra parte contratante, dada la pluralidad de intervinientes en el desarrollo del tráfico actual de mercancías hasta que éstas llegan al consumidor,

suele ser el minorista o comerciante que se limita a adquirir (ya del anterior intermediario ya del productor) el producto, sin operar en él transformación alguna, para su posterior reventa (tal y como fue fabricado) al consumidor.

3) A excepción del supuesto, cada vez menos frecuente, de que el vendedor sea al mismo tiempo fabricante o productor resulta evidente que este último no responderá contractualmente frente al consumidor por los daños y perjuicios causados por los vicios de la cosa debidos a defectos de fabricación.

El consumidor no podrá, en definitiva, ejercitar la acción derivada del contrato de compraventa celebrado con el minorista (que no fue fabricante del producto) para exigir responsabilidad de naturaleza contractual frente al fabricante o productor pidiéndole la indemnización de los daños y perjuicios causados por los vicios de la cosa debidos a defectos de fabricación.

4) Si los vicios de la cosa son debidos a defectos de fabricación (así suele ser usualmente), difícilmente triunfará al consumidor-contratante o comprador la acción que por incumplimiento contractual interesando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con fundamentación jurídica en el artículo 1.101 del Código Civil, dirija contra el único legitimado pasivamente o, lo que es lo mismo, contra el vendedor-minorista (no fabricante) que, previo pago del precio correspondiente, cumpliendo con su obligación, se limita a entregar el producto (totalmente desconocido para el comerciante que no lo fabricó) tal y como fue fabricado, la mayoría de las veces enlatado, envasado, precintado, sellado, etc., desconociendo no sólo el defecto de fabricación, a él no imputable, y del que dicho producto adolece, sino que además, asimismo y generalmente, le es imposible y no puede, en un futuro, llegar a conocerlo, pues es evidente que al vendedor no puede exigírsele, como diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones, el que desmonte un vehículo, un juguete, etc. a fin de asegurarse de su correcta fabricación o bien el que abra, previamente, las latas o botes de productos alimenticios que vende a fin de comprobar, tras su examen por expertos, que dichos productos no adolecen de vicio o defecto alguno.

5) Por tanto, si el producto defectuoso causa daños y perjuicios al consumidor, surge, en el contrato de compraventa, una responsabilidad que incumbe al vendedor cual es la de saneamiento de los vicios o defectos ocultos (artículos 1.461, 1.474 y 1.485 del Código Civil). Al mismo tiempo y junto a dicha responsabilidad de saneamiento, igualmente vendrá obligado el vendedor a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios sufridos, si bien ha de tenerse

en cuenta que dicha obligación estará supeditada y sólo surgirá cuando el citado vendedor de conformidad al artículo 1.101 del Código Civil, haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o cuando de cualquier otro modo contraviniera el tenor de aquéllas.

En consecuencia, ante lo expuesto, entiendo que la protección que el artículo 1.101 del Código Civil brinda al consumidor del moderno tráfico, por los daños y perjuicios sufridos a causa del producto defectuoso, es muy limitada y por ello, dentro de mi modesto entender, aconsejo a dicho comprador-consumidor perjudicado que (con excepción del supuesto en que el vendedor sea al mismo tiempo fabricante del producto defectuoso) junto a la acción derivada por culpa contractual contra el vendedor (no fabricante) que le suministró el producto, acumule y ejercite la derivada por culpa extracontractual contra el productor o fabricante y, si fuera posible, contra todos los demás intermediarios distintos al vendedor, pues, si así no lo hiciera y dirigiera su demanda única y exclusivamente contra el vendedor, no sólo correría el riesgo de que éste fuera absuelto al no venir obligado a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos de conformidad al artículo 1.101 del Código Civil, cuando los vicios del producto sean debidos a defectos de fabricación, sino además, dada la lentitud que caracteriza a nuestros tribunales, y una vez absuelto el vendedor no culpable y consecuentemente no responsable, difícilmente, podrá ya dirigirse contra el productor o fabricante al haber probablemente prescrito el plazo de un año, contado a partir del momento en que cesaron los daños, para el ejercicio de la acción derivada por culpa extracontractual. Si a estas razones unimos la imposibilidad o dificultad de probar si los defectos del producto son atribuibles a uno o a otro de los intervinientes en el moderno tráfico de mercancías (el producto pasa por muchas manos antes de llegar al consumidor), con más razón se aconseja al consumidor-comprador el que se abstenga de ejercitar única y exclusivamente la acción derivada por culpa contractual contra el minorista-vendedor (no fabricante).

Puesto que el consumidor-no comprador ha de acudir a la responsabilidad extracontractual para reclamar indemnización al causante del daño y puesto que igualmente, el consumidor-comprador ha de acudir también a esta vía para reclamar asimismo indemnización al productor o a cualquier intermediario distinto a ese vendedor que le facilitó el producto defectuoso previo pago del precio, considero conveniente dedicar las siguientes líneas de este trabajo al estudio de dicha responsabilidad.

### C. Responsabilidad extracontractual

La culpa extracontractual (artículos 1.902 y siguientes del Código Civil), a diferencia de la contractual, presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes (inexistencia de vínculo obligatorio entre el autor del daño y la víctima del mismo) salvo el deber genérico, común a todos los hombres del “*alterum non laedere*”.

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana tiene, en consecuencia, su origen, en el ilícito civil (incumplimiento de las obligaciones impuestas por la naturaleza o por la necesaria relación de convivencia social) productor del daño.

Esta responsabilidad, basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad (necesidad de la concurrencia de culpa para que la responsabilidad pueda decretarse) ha ido evolucionando en nuestra doctrina jurisprudencial hacia un sistema que acepta soluciones cuasiobjetivas, con las que se procura corregir el criterio subjetivista que venía siendo aplicado, bien a través de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida atendiendo a las circunstancias del lugar o tiempo, bien exigiendo una diligencia específica que comprenda no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso.

El consumidor que pretenda reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados por el producto defectuoso mediante el ejercicio de la acción extracontractual contra el fabricante o productor, necesitará acreditar la existencia del daño y el nexo causal existente entre la conducta del productor y el daño sufrido; acreditado el daño, con inversión de la carga de la prueba, corresponde al fabricante el probar que actuó con la debida diligencia. Efectivamente, el productor o fabricante viene obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de indemnizar o de reparar los daños, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y con la diligencia precisa para evitarlos, toda vez que la culpa de éste se presume “*iuris tantum*” hasta tanto no demuestre lo contrario.

Esta vía extracontractual contra el fabricante es la acogida por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 14 de noviembre de 1984 (R.J.A. 5554). Tratándose de un grupo de agricultores de la Comarca de Medina del Campo que sufrieron daños en sus cosechas de remolacha a consecuencia de la incorrecta

aplicación de un insecticida de reciente introducción en el mercado, nuestro Alto Tribunal recoge la doctrina siguiente:

1) Que la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación (lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa), bien en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entaña.

2) La responsabilidad del fabricante que en ambos supuestos (productos defectuosos y carencia de instrucciones o indicaciones de las mismas) habrá de discurrir normalmente por CAUCE EXTRA CONTRACTUAL, salvo cuando esté ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor, descansa en la inexcusable presencia de un *acto culposo o negligente*.

De lo hasta aquí expuesto, se deduce, pues, que esta vía o sistema de responsabilidad extracontractual no produce la satisfacción plena de los derechos del consumidor y ello, por las razones siguientes:

1) Porque la responsabilidad del empresario o productor es una responsabilidad subjetiva y no objetiva. Ciertamente, la evolución jurisprudencial de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres tan absolutos que permitan la exclusión sin más del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo, y, en consecuencia, no se ha eliminado la exigencia de este elemento subjetivo o culposo en la responsabilidad aquiliana del artículo 1.902 del Código, Civil incompatible con una plena objetivación y socialización del daño.

A esta doctrina jurisprudencial recurre la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1984 que, como ya se ha visto, condiciona la responsabilidad del fabricante a la existencia de la "INEXCUSABLE PRESENCIA DE UN ACTO CULPOSO O NEGLIGENTE".

2) Consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior es la posibilidad de que el productor no venga obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el producto defectuoso si demuestra haber procedido con la diligencia debida, atendidas las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Asimismo, quedará el productor libre de toda responsabilidad si demuestra que fue otro intermediario la persona responsable del daño causado por haber generado, antes de llegar al consumidor, el defecto en el producto.

3) La tremenda dificultad que entraña el acreditar o probar el requisito del nexo causal (cuya concurrencia es necesaria para dar origen a la obligación impuesta por el artículo 1.902 del Código Civil) que precisa haya relación de causalidad directa entre la conducta del productor y el daño sufrido por el consumidor; de tal modo que el daño proceda de la culpa o negligencia y no haya podido ocasionarlo otras causas distintas. Si no se acredita la causalidad entre la conducta del productor y el daño o perjuicio sufrido por el consumidor, no nace la obligación de indemnizar, pues, para que ésta nazca, es preciso determinar la causa originadora de los daños y si la misma es imputable, a título de culpa o negligencia, al productor.

Estas razones evidencian, no sólo la situación de inferioridad del consumidor frente al productor, sino además las muchísimas dificultades que siguen existiendo para reclamar, por esta vía extracontractual, la indemnización de daños y perjuicios frente al fabricante o productor, pues pudiendo éste quedar libre de toda responsabilidad si demuestra que obró con la diligencia debida, no siendo a él imputable, y sí a otro intermediario, el defecto en el producto, es clara la insuficiente protección que esta vía brinda al consumidor a quien el moderno tráfico de mercancías le hace bastante problemático, por no decir imposible, el poder identificar o individualizar a la persona responsable del daño causado. Efectivamente, la producción en masa y la utilización de técnicas productivas cada vez más avanzadas, dificultan al consumidor el poder individualizar a la persona que ha generado el defecto en el producto.

Ante lo expuesto y cuando no sea posible dada la pluralidad de sujetos, identificar o individualizar a la persona responsable del daño causado, sería conveniente que el consumidor-no comprador dirigiese su demanda, ejercitando la acción derivada de culpa extracontractual, contra el productor y demás intermediarios conocidos, incluido el vendedor-minorista y, en lo que respecta al consumidor contratante o comprador, repitiendo lo que ya dejé expuesto al estudiar la culpa contractual, sería igualmente conveniente que junto a la acción derivada de culpa contractual contra el vendedor se ejercite y acumule la derivada de culpa extracontractual contra el fabricante y demás intermediarios que pueda conocer, interesándose, en ambos casos, la condena solidaria en la obligación de reparar el daño causado.

Junto a la insuficiente protección que ofrece al consumidor la normativa del Código Civil, tanto el artículo 1.101 y siguientes en materia de responsabilidad civil contractual, como el artículo 1.902 y siguientes en materia de responsabilidad civil extracontractual, ambas fundadas, como hemos visto, en el básico

principio de responsabilidad por culpa, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ante la necesidad de eliminar el elemento de la culpa, que en muchos casos deja indefenso al consumidor, como ya ha quedado expuesto, introduce el régimen de Responsabilidad objetiva para determinados productos.

#### **IV. LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 19 DE JULIO DE 1984**

Esta ley, aprobada el 19 de julio de 1984, después del caso del aceite de colza desnaturalizado, que produjo miles de víctimas y sensibilizó a la opinión pública sobre este tema, reconoce una serie de derechos esenciales del consumidor, cuales son: El derecho a la protección de la salud y seguridad física; el derecho a la protección de sus intereses económicos; el derecho a la información y educación; el derecho de representación y consulta y el derecho la reparación de los daños.

##### **A. Ámbito de aplicación de la Ley**

La citada Ley que, según señala en su preámbulo, se dicta en desarrollo y cumplimiento del artículo 51 de nuestra Constitución, delimita su ámbito de aplicación en el artículo primero al disponer que: "... esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios" entendiendo como tales a "las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden" aunque se indica o advierte que "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Del anterior precepto resulta:

- 1) Que la protección que brinda la Ley lo es tanto a los consumidores como a los usuarios.
- 2) Que los consumidores y usuarios son los destinatarios últimos de los bienes o servicios.

3) Que es consumidor o usuario no sólo quien haya adquirido el bien o servicio sino también el que lo utilice o disfrute como destinatario final.

4) Que no son consumidores o usuarios y, por tanto, no son destinatarios finales, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en un proceso de producción, para transformarlos, para revenderlos etc. Así tendríamos cómo, por ejemplo, no se aplicará esta Ley y no será destinatario último, el pastelero que compra azúcar para integrarla en un proceso de producción o transformación (elaboración de los dulces que vende).

#### **B. La Responsabilidad del Productor y el Derecho a la Indemnización o Reparación de los Daños y Perjuicios Sufridos por el Consumidor**

Estos aspectos, bajo el título “Garantías y responsabilidades”, se encuentran regulados en el CAPÍTULO VIII de la Ley, artículos 25 a 31.

En el primero de los citados artículos se recoge el derecho del consumidor y usuario a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder.

A la vista de lo consignado en dicho precepto lógico es concluir:

1) Que consagra el derecho tanto del consumidor como del usuario a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por el consumo de bienes y por la utilización de productos y servicios.

2) Quedan excluidas las terceras personas que no sean, a efectos de esta Ley (artículo 1.2 ya citado), consumidores o usuarios; estos terceros (no han adquirido, ni utilizado o disfrutado el bien o servicio) que sufran daños a consecuencia del producto o servicio defectuoso (consumido o utilizado por otros) han de acudir, para la indemnización de los mismos, a la vía extracontractual que les brinda el Código Civil.

3) Sólo se indemnizarán los daños y perjuicios que resulten acreditados.

4) No se tendrá derecho a la indemnización cuando los daños y perjuicios hayan tenido su origen en la culpa exclusiva del consumidor o usuario o en las personas de las que se deba responder civilmente (artículo 1.903 del Código Civil).

5) Dado que la ley no distingue, limita o especifica, hablándose genéricamente de daños y perjuicios, parece ser que los daños a indemnizar son todos, es decir, los patrimoniales y los no patrimoniales.

Desarrollando este derecho, la Ley prevé (artículos 26, 27 y 28) dos regímenes de Responsabilidad Civil:

*1. Régimen de responsabilidad subjetiva basado en la culpa*

Este sistema de responsabilidad no va a suponer grandes cambios en nuestro ordenamiento jurídico toda vez que el legislador se limita a plasmar los criterios que habían sido adoptados por nuestro Tribunal Supremo en torno a la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. Y, en este mismo sentido, la Ley prevé (artículo 26) “las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad”. “En consecuencia, la responsabilidad del productor, importador, suministrador y demás que faciliten productos o servicios a los consumidores o usuarios es una responsabilidad subjetiva basada en la culpa con inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al productor, fabricante o empresario acreditar que actuó con la debida diligencia en la elaboración o facturación del producto o en el suministro del servicio así como que cumplió con las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos”. Se presume culposa toda acción u omisión generadora de daños y perjuicios, a no ser que el productor demuestre lo contrario.

El consumidor o usuario ha de probar tanto los daños como la relación de causalidad.

El productor, importador, suministrador y demás que faciliten bienes o servicios al consumidor o usuario (en cuyo grupo se incluye el vendedor) están llamados a responder solidariamente por los daños causados (artículo 27 párrafo segundo).

Dado que este régimen de responsabilidad subjetiva basado en la culpa, no difiere de los criterios que nuestra jurisprudencia ha sentado a la hora de interpretar el artículo 1.902 del Código Civil en relación a la responsabilidad civil extracontractual, no considero conveniente, a fin de evitar repeticiones

innecesarias, el extenderme con el análisis de este régimen de responsabilidad, remitiéndome a lo expuesto en materia de responsabilidad extracontractual.

## *2. Régimen de responsabilidad objetiva*

Este sistema, contemplado en el artículo 28 de la Ley, supondrá una novedad en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección al consumidor y al usuario. Efectivamente, el legislador prescindió, en algunos supuestos, del elemento de la culpa a fin de no dejar indefenso al consumidor, pues era consciente de que la mayor protección que se le puede brindar a los consumidores o usuarios tiene que producirse mediante la regulación de una imputación objetiva de la responsabilidad surgida de los daños acaecidos con ocasión del consumo.

En el artículo 28 de la Ley, tal y como he expuesto anteriormente, se regula esta nueva fuente de responsabilidad civil (responsabilidad objetiva) precisándose que se responderá de los daños derivados en el correcto uso y consumo de los bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

Y continúa la ley añadiendo, que: en todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

Ante lo expuesto se ha de concluir:

1) Que en este artículo 28 no se especifican o no se concretan las personas o sujetos que han de responder por los daños originados. Ciertamente, se omite toda referencia, al contrario de lo preceptuado en los artículos 26 y 27, con respecto a las personas sujetas a este régimen de responsabilidad objetiva. Frente a ello entiendo que si bien en principio puede interpretarse que dichas personas o sujetos llamados a responder, de conformidad a los artículos 26 y 27, parece ser que son los que producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, habrá de esperarse, a fin de suplir esta omisión (consciente del legislador) a que se dicte el oportuno reglamento en desarrollo de esta Ley.

2) Para que surja esta responsabilidad se necesitará la prueba del daño y la relación de causalidad entre el consumo o uso del producto o servicio y el daño.

Acreditados dichos extremos, no se necesitará la concurrencia de una conducta culposa, es decir, se responderá del daño por el producto o servicio, con independencia de la conducta de la persona o sujeto llamado a responder, sin que para nada se tenga en cuenta la circunstancia de que éste acredite o pruebe que ha cumplido no sólo con las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos, sino además que ha actuado con la diligencia debida y exigida por la naturaleza del producto, servicio o actividad, por supuesto, todo ello lo será sin perjuicio de la acción de repetición que podría entablar una persona, que ha sido demandada por el consumidor o usuario, frente al verdadero responsable del daño causado.

3) Para la aplicación de esta responsabilidad se requiere que el consumidor o usuario haya actuado correctamente en el uso y consumo de los bienes y servicios. Por tanto, si el llamado a responder acredita que los daños son consecuencia de un “no correcto uso” de los bienes o servicios por parte del consumidor o usuario, el mismo quedará libre y exonerado de todo tipo de responsabilidad.

4) Este régimen de responsabilidad no se aplica a los daños derivados del uso y consumo de todo tipo de bienes y servicios, sino tan sólo, de conformidad a lo establecido en el párrafo primero del artículo que comentamos, a aquéllos en los que “por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad...” señalándose a título meramente ejemplificativo que “en todo caso se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad...” los bienes y servicios enumerados en el párrafo segundo del artículo 28. En consecuencia, serán muy pocos los productos o servicios (sólo alguno de ellos se señalan a título enunciativo en el párrafo segundo del artículo 28) que queden excluidos del precepto comentado.

5) Los daños indemnizables, al no especificarlo la ley, entiendo han de ser todos los causados (patrimoniales y no patrimoniales).

6) Por último y en lo que respecta a la legitimación activa, opino que sólo la tendrán los consumidores o usuarios, entendidos éstos de conformidad a la noción legal que de los mismos se contiene en el (ya estudiado) artículo 1 de la Ley, pues, si bien es cierto que del tenor literal del tantas veces mencionado artículo 28 podría deducirse y atribuirse legitimación activa a otros terceros per-

judicados, no es menos cierto que la Ley concreta su ámbito de aplicación en el, ya mencionado, artículo 1 que, creo, ha de ponerse en relación con el artículo 28 a la hora de determinar los sujetos legitimados activamente. Tan sólo mediante una interpretación aislada y al margen del contexto de la Ley, pasando por alto los artículos 1 y 25, podría llegarse a la conclusión contraria que, por otro lado, e igualmente, parece ser no adecuada de conformidad al propio tenor literal del artículo 28 que habla del “correcto uso o consumo”.

El párrafo tercero del artículo 28 establece una limitación a la cuantía de la indemnización fijando como tope máximo el de 500 millones de pesetas para estos casos de responsabilidad objetiva, “dicha cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo”.

Por otro lado, la Ley prevé (artículo 30) un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades a que se refiere el artículo 28. Mediante la implantación de este sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía, la ley persigue asegurar al consumidor o usuario la indemnización que, para la reparación de ciertos daños, han de abonar los empresarios como consecuencia de este sistema de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, tanto el establecimiento del seguro obligatorio como la creación del fondo de garantía, precisan, para su efectiva implantación, de la publicación del desarrollo reglamentario de la ley que los implante y regule.

A pesar de los años transcurridos desde la promulgación de la ley general para la defensa de los consumidores o usuarios, esta es la fecha en que aún no se ha dictado su reglamento y, por tanto, no se ha regulado el seguro obligatorio previsto en el artículo 30; en consecuencia, la protección que esta ley brinda al consumidor o usuario no será realmente efectiva y no tendrá eficacia práctica, hasta tanto no se dicte su reglamento.

A pesar de que el desarrollo reglamentario de la Ley no se ha producido, dificultándose así la aplicación de la misma en aquellos puntos confusos y no aclarados, es evidente que nos encontramos ante una Ley vigente que, como tal, no sólo podrá ser invocada ante los Tribunales fundamentando jurídicamente la acción que se entable en los artículos 25 a 28 de este texto normativo, sino que además ha de ser aplicada y, en consecuencia, interpretada por estos órganos, sin perjuicio de que no se haya producido su desarrollo reglamentario.

## **V. DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 25 DE JUNIO DE 1985**

### **A. Introducción**

La norma comunitaria relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, fue aprobada el 25 de Julio de 1985 por el Consejo de la Comunidad Europea.

La directiva (norma esencial del Derecho comunitario de protección a los consumidores y producto de la preocupación existente, tanto en el sector doctrinal como legislativo, con respecto a la necesidad de ofrecer a los consumidores una protección adecuada y suficiente frente al productor) recoge, por primera vez, en el Derecho europeo, el principio de la responsabilidad objetiva del productor, al establecer, en el considerando segundo de su preámbulo, que “únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna”.

En el considerando primero de la directiva comunitaria se prevé la necesidad de aproximar las legislaciones de los estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos a fin de evitar que las actuales discrepancias existentes en las distintas legislaciones puedan falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor. No cabe duda que la armonización de las legislaciones de los países miembros en esta materia deviene necesaria a fin de proteger los distintos mercados nacionales. Evidentemente, si a cada país miembro se le permite mantener o adoptar un sistema distinto con respecto a la responsabilidad del productor ello acarrearía un desequilibrio dentro del mercado y sector empresarial entre los países miembros de la C.E.E., pues, lógicamente, las empresas que operen en países que hayan adoptado un sistema de responsabilidad del tipo objetivo tendrán unos gastos de producción muy superiores a las empresas que lo hagan en países que hayan adoptado un sistema de responsabilidad de tipo subjetivo, por cuanto que las primeras no sólo han de tener unas técnicas de producción más perfectas para tratar de evitar que surgiese, en la cadena de producción, el producto defectuoso que le acarrearía un gran perjuicio, sino

que además han de pagar unas primas de seguros muy superiores a las empresas que operan en países con un sistema de responsabilidad de tipo subjetivo.

Habiéndose notificado esta directiva el 30 de Julio de 1985, los estados miembros, de conformidad al plazo máximo de 3 años que para su entrada en vigor se prevé en el artículo 19, debieron haber adaptado su legislación a la misma, como fecha tope, el 30 de Julio de 1988. Esta adaptación al derecho comunitario se ha producido en casi todos los países de la C.E.E., excepto en España. Ahora bien, siendo nuestro país desde el 1 de Enero de 1986 miembro de pleno derecho de la C.E.E. la citada directiva, en vigor desde el 30 de Julio de 1988, forma parte de su ordenamiento jurídico pudiendo, en consecuencia, ser invocada ante los Tribunales españoles.

### **B. Régimen de Responsabilidad**

En materia de protección de los consumidores la directiva establece un sistema de responsabilidad del productor que no puede considerarse objetivo; se trata de una responsabilidad objetiva que considero bastante recortada. Ciertamente, si bien el productor será responsable por los daños causados por los defectos de sus productos (artículo 1) el perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño (artículo 4); la complejidad e incluso imposibilidad, en muchos casos, de probar este nexo causal dificultará la exigencia de responsabilidad al productor, quien, por otro lado, podrá eximirse de responsabilidad si prueba que no puso el producto en circulación; o, que teniendo en cuenta las circunstancias (se deja a discrecionalidad del Juez) sea probable (al parecer basta con que sea posible, sin exigirse que resulte plenamente acreditado) que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que puso el producto en circulación o que apareciera más tarde; que no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo con fines económicos y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; que el defecto se deba a que el producto se ajusta a las normas imperativas dictadas por los poderes públicos; que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos, no permitía descubrir la existencia del defecto (es lo que se llama riesgos del desarrollo); o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto (artículo 7). Asimismo, podrá reducir e incluso anular su responsabilidad si atendiendo a las circunstancias concurrentes (se deja a discrecionalidad del Juez) prueba que el daño fue causado con-

juntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o persona por la que el perjudicado deba responder (artículo 8 apartado 2).

Acreditar o probar el defecto en el producto así como la relación causa efecto entre éste y el daño (artículo 4), junto a los múltiples supuestos de exoneración de responsabilidad del productor (artículos 7 y 8), lejos de reflejar un auténtico sistema de responsabilidad objetiva, evidencian la existencia de un régimen de responsabilidad en el que la culpa del productor se presume “*iuris tantum*” hasta tanto no demuestre lo contrario.

La responsabilidad del productor no podrá quedar limitada o excluida, en relación al perjudicado, amparándose en las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad (art. 12); en consecuencia, parece ser que tales pactos limitativos o liberatorios de responsabilidad, a “*sensu contrario*”, pueden ser invocados por el productor frente a los demás sujetos (distintos al perjudicado) intervinientes en el tráfico de mercancías.

### **C. Los Productos Defectuosos por los que responde el Productor**

En el artículo 2 de la citada Directiva se entiende por “producto” cualquier bien mueble (excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza) aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o inmueble.

Las materias primas agrícolas, entendidas éstas como los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, no quedarán excluidas cuando hayan sufrido una transformación inicial. Por producto se entiende también la electricidad.

De lo expuesto se deduce que quedan excluidos los servicios y los bienes inmuebles así como los productos agrícolas y de caza que no hayan sido objeto de una primera transformación de tipo industrial. La Directiva sólo protegerá, en principio, los daños causados por todos los bienes muebles producidos industrialmente aun cuando los mismos hayan quedado incorporados a otro bien mueble o inmueble.

De conformidad al artículo 15 de la Directiva, cada estado miembro podrá no obstante lo previsto en el artículo 2, disponer en su legislación que, a efectos del artículo 1 de esta directiva, por “producto” se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza. Una vez fijado el concepto de producto, el mismo será defectuoso cuando no cumpla las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público, pues, tratándose de proteger la integridad física y los bienes del consumidor, el carácter defectuoso del pro-

ducto debe determinarse no por el hecho de que el producto sea de inferior calidad a la ofertada o por su falta de aptitud para el uso (cuestiones sometidas al derecho interno de los estados miembros) sino por no cumplir o no ofrecer la seguridad a la que una persona tiene derecho (artículo 6 y considerando sexto).

El productor no será responsable de los defectos de los productos que son conocidos como consecuencia de los niveles científicos y técnicos alcanzados en momento posterior al de la puesta del producto en el mercado (es lo que se conoce con el nombre de “riesgos del desarrollo”), ni asimismo, tampoco lo será cuando los daños sean consecuencia del uso anómalo, contrario a las instrucciones, que los consumidores hagan del producto.

#### **D. Sujeto Activo**

La Directiva considera como sujeto activo de este régimen (artículo 4) “al perjudicado”, es decir, el legislador comunitario protege a todos los sujetos, sean o no consumidores, que resulten perjudicados por el defecto de un producto y no únicamente al adquirente final del mismo, como vimos ocurre en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

#### **E. Sujetos Responsables**

La Directiva responsabiliza al productor por los daños causados por el producto defectuoso. A tales efectos, considera productor tanto al fabricante del producto acabado como al productor de la materia prima, al fabricante de una parte integrante del producto y, en general, a toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto (artículo 3 párrafo primero). Vemos pues cómo es el fabricante, sea parcial o final, quien en principio debe responder de los productos dañados.

Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, la Directiva (artículo 3 párrafo segundo) extiende la responsabilidad de éste al importador, considerándolo como productor del producto que importa a la Comunidad. Esta equiparación entre importador y productor real se realiza a los fines de facilitar al perjudicado su reclamación sin necesidad de pleitear en el extranjero.

Y para el supuesto caso de que el productor del producto no pudiera ser identificado, la directiva comunitaria extiende la responsabilidad a los suministradores del producto con carácter subsidiario o supletorio, estableciendo que cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser

que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en caso de productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador aun cuando sí se indicara el nombre del productor.

De conformidad al artículo 5 de la Directiva comunitaria si dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria (lo que implica unas mayores garantías para el consumidor).

#### **F. Prescripción y Caducidad**

El artículo 10 de la Directiva prevé para el ejercicio de la acción de indemnización o resarcimiento un plazo prescriptivo de 3 años contados a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y del productor. Dicho plazo prescriptivo será susceptible de suspensión o de interrupción de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros, y, en consecuencia, lo será en nuestro derecho de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.973 del Código Civil que establece que la prescripción de las acciones se interrumpe por el ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial al acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. Asimismo, en el artículo 11 de la Directiva se prevé la extinción de los derechos que la Directiva confiere al perjudicado transcurrido el plazo ( de caducidad) de 10 años contados a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor. Es obvio que nos encontramos ante un plazo de caducidad ( sin posibilidad de suspensión o de interrupción) transcurrido el cual se extinguen los derechos que la Directiva confiere a la víctima. La implantación de este plazo de caducidad responde (considerando núm. 11 del preámbulo) a la necesidad de que la responsabilidad del productor se extinga transcurrido un plazo de tiempo razonable, ya que no sería lógico que respondiera del estado defectuoso de sus productos por tiempo ilimitado, máxime cuando éstos se desgastan por el tiempo, cuando cada vez son más estrictas las normas de seguridad y cuando cada vez se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos.

#### **G. Daños**

Serán susceptibles de indemnización (artículo 9) los daños causados por muerte o lesiones corporales y los causados a una cosa o destrucción de la misma, siempre que ésta no se trate del mismo producto defectuoso causante del

daño y siempre que la cosa sea de las que normalmente se destinan al uso y consumo privado habiendo sido utilizada a tal fin por el perjudicado. En relación a estos últimos daños se establece la deducción de una franquicia de 500 ECUS, es decir, el consumidor sólo podrá dirigirse contra el productor cuando el daño causado sea superior a 500 Ecus; con lo que se trata de evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios (considerando 9 del preámbulo).

Por otro lado, el artículo 16 fija el límite mínimo de responsabilidad del productor en 70 millones de Ecus por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto.

#### **VI. NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A LA DIRECTIVA COMUNITARIA.**

Los artículos 25 a 28 del Capítulo VIII de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios deben ser objeto de modificación a fin de adaptarlos a la Directiva comunitaria. Dichas modificaciones han de afectar a las materias siguientes:

— La Ley española sólo cubre los daños sufridos por los consumidores finales, mientras la Directiva comunitaria cubre los daños sufridos por cualquier persona sin necesidad de que ésta haya adquirido, usado o consumido el producto defectuoso, es decir, la Directiva comunitaria (así se desprende de los artículos 1 y 9) cubre a toda persona o víctima, con independencia de que sea o no consumidor final.

— La Ley española no cubre los daños derivados de la utilización de bienes de producción.

— Los plazos de prescripción aplicables a la responsabilidad del productor, dado el silencio de la ley, serán los generales de uno y quince años, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, respectivamente, mientras la Directiva establece un plazo único de 3 años.

— La Ley española fija un tope máximo de indemnización de 500.000.000 de ptas. para las responsabilidades que regula, mientras la Directiva permite un tope mínimo de 70 millones de ECUS, y únicamente para los daños que afecten a la salud.

Estas notables diferencias, exigen que el Gobierno Español modifique el capítulo VIII de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios adaptándolo a la normativa comunitaria y corrigiendo las lagunas e inconcreciones que presenta.

**VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1990**

Interpuesta demanda en reclamación de daños y perjuicios contra el fabricante, instalador y vendedor con fundamentación fáctica en el fallecimiento de un menor, hijo de los actores, por electrocución debida a un defecto de fabricación del citado armario, consistiendo dicho defecho en el pinzamiento interno de un cable que le privó de protección plástica y puso en contacto el hilo conductor de la electricidad con el armazón metálico del armario, que, al ser tocado por el hijo de los actores (se estaba duchando), le produjo la muerte instantánea, ambas sentencias de instancia absuelven al instalador y condenan solidariamente, al fabricante y al vendedor.

Interpuesto recurso de casación por la entidad vendedora y siendo ponente el Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, nuestro más Alto Tribunal sienta una doctrina que considero loable y digna de exposición, por el alto grado de protección que brinda al consumidor frente al vendedor, fabricante e incluso, en este supuesto de hecho, frente al instalador que, por encargo del vendedor colocó el armario de baño. Efectivamente, limitándose la vendedora-recurrente a pedir su absolución y no la condena del instalador, pese a que el mismo también fue culpable del accidente por defectos de instalación, nuestro Tribunal Supremo, dejando a salvo que dicho demandado debió haber sido condenado por el Juzgado de Primera Instancia, no puede, al igual que no pudo la Audiencia Territorial en el recurso de apelación interpuesto por la vendedora en idénticos términos, condenar al instalador por quedar el mismo fuera del ámbito litigioso de este recurso.

Acreditados los defectos de fabricación e instalación del armario son, sin lugar a dudas, culpables del accidente, tanto al fabricante como el instalador. Ahora bien, en lo que respecta a la entidad vendedora-recurrente su responsabilidad civil, manifiesta la sentencia que se analiza, “no ofrece duda al amparo del artículo 1.902 del Código Civil por sus actos propios, en este caso LA VENTA

DEL ARMARIO, y del artículo 1.903 párrafo 4 como responsable por el hecho dañoso ajeno realizado por su dependiente (instalador) dentro del cometido por aquélla encargado”. Es decir, la entidad recurrente es responsable no sólo por la instalación defectuosa del armario que realizó persona que actuaba por encargo y dependiendo de ella de conformidad a la responsabilidad que le es atribuible de forma directa al amparo del artículo 1.903. 4 del Código Civil, sino que además lo es por sus actos propios o simple hecho de haber vendido el armario con base en el artículo 1.902 de igual cuerpo legal. Como vemos, es la vía extracontractual y no la contractual, la utilizada por los actores para exigir responsabilidad al vendedor en cuyo establecimiento, abierto al público, adquirieron el aparato, responsabilidad extracontractual que resulta exigible al vendedor de conformidad a la reiterada jurisprudencia que viene admitiendo que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato desplegará aquélla sus efectos y entre otros el de la vigorosa presunción de la culpabilidad, en este caso, del vendedor. Y en consecuencia, encuadrándose la responsabilidad civil del vendedor en el citado artículo 1.902, la sentencia que aquí nos ocupa, al menos así lo entiende la que suscribe, acogiendo a la evolución experimentada por nuestra doctrina jurisprudencial, prescinde casi por completo del elemento de la culpa y considera responsable al vendedor por el solo hecho de “LA VENTA DEL ARMARIO”.

Prevé esta sentencia que el vendedor no queda eximido “de una no menos clara responsabilidad por riesgo que se realizó, al resultar muerta una persona a través del uso normal del objeto que vendió”, responsabilidad que aparece reforzada, conforme al decir del Tribunal Supremo, por:

a) La evolución y progreso técnico de la vida moderna exige la implantación de la responsabilidad por riesgo, imponiendo “al que domina una fuente de peligros, representada, como en este caso, por el ejercicio de cierto género de comercio en interés propio, las consecuencias de la inminencia de producción o causación de los daños derivados de tal comercio”.

b) La evolución experimentada por nuestra jurisprudencia que, aunque dominada por el principio de responsabilidad por culpa, hace dimanar responsabilidad de actos lícitos realizados en daño de otras personas legítimamente protegidas.

Tras estas dos consideraciones se recurre a una tercera que, a su vez, se subdivide en tres criterios que considera refuerzan la responsabilidad por riesgo del vendedor, dichos criterios son:

1) El seguido por la jurisprudencia francesa que, en casos similares al que nos ocupa, sin eliminar la responsabilidad del fabricante, entiende “que el que ejerce una industria o comercio se presume que la conoce, y que se presume que el vendedor que trafica con la cosa que tiene defectos de fabricación conoce siempre los defectos de que adolece”.

2) El seguido por nuestra Ley de Consumidores y Usuarios, de 19 de Julio de 1984, que impone no sólo al fabricante, sino también al vendedor, “la responsabilidad por los daños y perjuicios demostrados que la utilización de productos o el consumo de bienes les irroguen cuando no media culpa exclusiva de su parte” (artículos 25 y 27 de dicha Ley).

Dicho pronunciamiento con respecto a la Ley de consumidores y usuarios, considero, ha de tenerse en cuenta a la hora de interpretar los citados artículos 25 y 27, altamente discutidos por nuestra doctrina científica que no logra ponerse de acuerdo a la hora de interpretarlos, pues, mientras una parte de ésta opina que el citado artículo 25 sólo reconoce el derecho del consumidor o usuario a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, otra, por el contrario, entiende que junto con dicho derecho reconocido al consumidor o usuario este precepto igualmente contempla la responsabilidad objetiva de todos aquellos sujetos intervinientes en el proceso de producción; y, en lo que respecta al artículo 27, igualmente, se encuentra dividida nuestra doctrina a la hora de relacionarlo bien con el artículo 26 que como hemos visto recoge un régimen de responsabilidad subjetiva basado en la culpa, con inversión de la carga de la prueba, bien con el artículo 28 que, como asimismo se ha expuesto, consagra un régimen de responsabilidad objetiva.

A la vista de lo consignado en la sentencia que se estudia, casi me atrevería a decir que nuestro más Alto Tribunal se inclina a favor de la corriente doctrinal que opina que dichos preceptos (sin perjuicio del derecho a la indemnización que indudablemente se reconoce al consumidor o usuario) consagran o se refieren al régimen de responsabilidad objetiva de los sujetos intervinientes, pues no otra solución cabe deducir de la interpretación que con respecto a dichos artículos contiene la resolución que aquí se analiza cuando, prescindiéndose por completo del elemento subjetivo de la culpa, afirma que los mismos imponen, tanto al fabricante como al vendedor, “la responsabilidad

por los daños y perjuicios demostrados que la utilización de productos o consumo de bienes les irroguen cuando no media culpa exclusiva de su parte”.

3) Criterio seguido por la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 25 de Julio de 1985, “que impone la responsabilidad al suministrador del producto en los supuestos en que el productor no pudiera ser identificado”.

Todos dichos criterios, alegados con la finalidad de justificar la responsabilidad objetiva, en este caso, del vendedor, reflejan la clara tendencia a la objetivización por parte de nuestra jurisprudencia, consciente de la necesidad de ofrecer a los consumidores del mercado actual una protección suficiente y eficaz.

#### BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ DE LEZCANO, IGNACIO. “La responsabilidad del productor. Referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación”. *A.D.C.* 3 (1990).
- ALCOVER GARAU, GUILLERMO. *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al derecho español*. Editorial Civitas S.A. (1990).
- LÓPEZ PELLICER, JOSÉ A. “Aspectos administrativos del régimen protector de los consumidores y usuarios”. *La Ley*.
- BERCOVITZ, ALBERTO Y RODRIGO. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Editorial Tecnos. S.A. 1987.
- SANTOS BRIZ, JAIME. *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Editorial Montecorvo S.A. 1977.
- MARTÍN GIL, SANTIAGO. “La responsabilidad civil del fabricante y protección del consumidor”. *La Ley*, 4 de Septiembre de 1987, pág. 1.
- QUINTANA CARLO, IGNACIO. “La protección del consumidor en España (aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)”. *Actualidad Civil* núm. 13. Semana 23-29 de Marzo de 1987.
- VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO DE. “La protección jurídica del consumidor y la Administración de Justicia: Procedimientos Judiciales”. *La Ley*. 24 de Noviembre de 1987, pág. 1.
- OLMOS PILDAIN, ASUNCIÓN. “La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios”. *La Ley*, 27 de Noviembre de 1987, pág. 1.
- MORENO QUESADA, BERNARDO, “La protección de consumidores y usuarios al contratar”. *Actualidad Civil* núm. 4, semana 25, 31 de Enero de 1988.
- GARCÍA AMIGÓ. “Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual”. *Actualidad Civil* núm. 17 (1986).

- SEQUEIRA. "El Derecho a la indemnización de daños y perjuicios". *R.C.D.I.* 576 (1986).
- SEQUEIRA. "Defensa del consumidor y derecho constitucional económico". *R.E.D.C.*, 10 (1984).
- YAGUEZ, ÁNGEL. *La responsabilidad civil*. (Bilbao 1988).
- BERCOVITZ A. "La protección de los consumidores en la Constitución Española y el Derecho Mercantil", en *Lecturas sobre la Constitución española II* (Madrid 1978).
- RICO PÉREZ. "La responsabilidad civil del productor en el Derecho español". *R.D.P.* (1978).
- MULLERAT. *La responsabilidad del Fabricante*. (Tarragona 1976).
- CAVANILLAS MÚGICA. *Responsabilidad Civil y Protección del Consumidor*. (Palma de Mallorca 1985).
- ROJO, A. *La responsabilidad Civil del fabricante*. Zaragoza (1974).
- CAVANILLAS, S. "Práctica de la responsabilidad Civil en la defensa de consumidores y usuarios". *Revista General de Derecho* (1989).
- MANGAS, A. *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Madrid (1987).
- AGUILERA, A. "La protección de los consumidores" en *Revista de Derecho Mercantil* (1984).

## JURISTAS DE LA PALMA

**NIEVES HENRÍQUEZ PÉREZ**

ABOGADA

*“Salve, magna parens frugum, saturnia tellus, magna virum”.*  
Virgilio, *Georg.* II, 173.

Estamos conmemorando el 225 aniversario de la Fundación del Colegio de Abogados de Las Palmas, y en su larga y brillante trayectoria, ha contado con hombres ilustres, no sólo Juristas renombrados y estudiosos del Derecho, sino también, grandes literatos, poetas, políticos y músicos, que junto a su profesión y paralelo a ésta, le daban realce con su palabra y su pluma y un prestigio en esta tierra y por ende, a España.

Muchos de estos canarios, Juristas ilustres que desde la isla de La Palma honraron la profesión de la Abogacía, han dejado sus nombres en la gran Historia, que no sólo en nuestro Archipiélago y en el resto de la Nación han destacado con luz propia, sino que, muchos de ellos llegaron, embajadores de nuestra cultura y saber, al Nuevo Mundo, donde aún hoy, se les recuerda como portadores de grandes valores humanos y espirituales.

JUAN DE SANTA CRUZ.— Fue oriundo de Cuenca, llegando a Canarias con Alfonso Fernández de Lugo, interviniendo en la Conquista de La Palma.

Licenciado en Jurisprudencia, fue Regidor del Cabildo, y desempeñó el cargo de Teniente General en 1526, 1530 y 1534; asimismo, desempeñó los cargos

de teniente Gobernador de Tenerife en 1521, 1526 y 1530. Acompañó a Pedro Fernández de Lugo durante la conquista de Santa Marta y fundó en 1540 la Ciudad de Santa Cruz de Mopox, en lo que hoy constituye el Estado de Colombia, pasando a continuación a ser Gobernador de Cartagena de Indias.

Durante el periodo de su mandato en La Palma, fue el que gestionó la traída de aguas a la Ciudad.

**TOMÁS VAN DE WALLE DE AGUIAR.**— Nació en Santa Cruz de La Palma en 1598, (sólo se conoce la fecha de su bautismo, el día 21 de Junio).

Se licenció en Jurisprudencia, siendo Regidor Perpetuo y Depositario General en la isla de La Palma. Desempeñó el cargo de Juez de la Real Contratación del Comercio de Indias; de Abogado de Presos; Ministro Calificador del Santo Oficio de la Inquisición y Caballero de la Orden Constantिनiana de San Jorge.

De su obra literaria, destaca, *De la antigüedad y excelencias de la Sagrada religión de los Caballeros Aureatos Constantिनianos de la Cruz Roxa*, en 1631, dedicándola al Príncipe de Macedonia.

**PEDRO DE LIAÑO.**— Nació en 1552, en el Consejo de Liaño, Marquesado de Santillana, estableciéndose en La Palma, donde en el año 1586 fue Abogado de la Ciudad, Regidor del antiguo Cabildo otorgado por su Majestad en Madrid el 12 de Mayo de 1588, y Juez de Indias de esta isla desde 1576 a 1579. Igualmente desempeñó los oficios de Juez por el Rey para castigar los culpables de los derrotamientos y arribadas de los navíos y personas en la Isla Margarita, Cumaná, Venezuela y Río Hacha; Alcalde mayor y Teniente General en el partido de Llanes, Asturias, y Alcalde de la Casa y Corte de su Majestad. Se distinguió con motivo de la incursión frustrada que en 1585 realizó un barco pirata sobre Santa Cruz de La Palma que efectuó el corsario inglés Sir Francis Drake, según quedó de manifiesto en el informe testifical hecho en Madrid el día 19 de Diciembre de 1586.

En el informe se aduce, que, “al considerar al Teniente Gobernador en la Isla, tenía poca experiencia en estas lides, tomó la iniciativa en la defensa de la Ciudad”, por lo que fue el artífice de la retirada que tuvo que llevar a cabo el citado corsario.

Desde la fortaleza de San Miguel, se hace el primer disparo que traspasa de proa a popa la nao capitana que presidía la Escuadra y se encontraba con otras más dentro del Puerto, y que unido a las descargas que siguieron, les

produjeron grandes daños, por lo que, el corsario se vio precisado a levar anclas y maniobrar rápidamente.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, familiar del Colegio Mayor de San Bartolomé, de su época de estudiante data el informe que hizo sobre su calidad y limpieza de sangre el 10 de Enero de 1568 ante la Justicia del Valle de Villaescusa. En Canarias fue reconocido Caballero Hijosdalgo y amparado en su nobleza por el Gobernador y Capitán General del Archipiélago y Presidente de la Real Audiencia el 30 de junio de 1594 (ambos documentos se hallan protocolizados ante Santiago Albertos Álvarez, que fue escribano de Santa Cruz de La Palma en 1758).

Se casó en la isla de La Palma con Águeda de Monteverde, hija de Diego de Monteverde y de Águeda de Socarrás Cervellón, a la que el Antiguo Cabildo de la Ciudad le concedió el privilegio de poder sentarse en el Monasterio de Santa Águeda en el lugar reservado para la Justicia y Regimiento (6 de enero de 1582).

**BLAS SIMÓN DE SILVA.**— Nació en Santa Cruz de La Palma en 1596. Fue su padre Blas Simón de Silva, Maestre de Campo de las Milicias y Regidor del Antiguo Cabildo de La Palma, y de Lucrecia Martín Morán.

Licenciado en Leyes, sucedió a su padre en la Regiduría del Ayuntamiento, ocupando la plaza de Castellano de la fortaleza de Santa Catalina. Como Abogado, intervino en los Reales Consejos, actuando como Consultor del Santo Oficio de la Inquisición, siendo nombrado Teniente General de La Palma en los años 1624, 1625, 1637, 1656 y 1671, siendo el ciudadano palmero que más veces ejerció, en aquel régimen, la Real Jurisdicción ordinaria como representante del Gobernador o Corregidor de las islas de Tenerife y La Palma.

Se casó con María Orozco de Santa Cruz, hija de Pedro Beltrán de Santa Cruz, Capitán de Infantería en La Palma y corregidor de Manumbo-Indias, y de Catalina Ibáñez de Beitia. Falleció el día 26 de abril de 1680.

**CRISTÓBAL DE VALCÁRCEL.**— Licenciado en Jurisprudencia y natural de Jerez de los Caballeros, hijo de Garci Fernández de Valcárcel, Corregidor de Tordesillas, y de Isabel Xuárez de Figueroa, llegó a Tenerife en 1514, y en ese año, el día 9 de Junio, el Adelantado Alonso Fernández de Lugo le dio, junto a Vasco de Bahamonde, las fuentes y aguas corrientes en la Cabeza de la Caldera, tierras y montes.

Fue Teniente Gobernador de La Palma en dos ocasiones nombrado por

Fernández de Lugo, en 1516-1518, y por el Adelantado Pedro Fernández de Lugo en 1535 y 1538, siendo uno de los personajes más relevantes de la vida pública de Tenerife.

Casó con Isabel de Lugo Bahamonde (llamada la Rica-hembra), fundando una de las capillas del Convento de San Francisco de La Laguna.

**TOMAS VAN DE WALLE DE AGUIAR.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 2 de noviembre de 1570, hijo de Tomás Van de Walle, Capitán de Infantería de las Milicias y de Esperanza Fernández de Aguiar.

Se doctoró en ambos Derechos y ocupó una Canonjía en el Cabildo Catedral en Canarias. Fue Refrendario de su Santidad, asistente al Sacro Solio Pontificio, Consultor del Santo Oficio de la Inquisición y Juez Apostólico en Madrid, falleciendo en Las Palmas de Gran Canaria, el 19 de Abril de 1634.

**DOMINGO PANTALEÓN ÁLVAREZ DE ABRÉU.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 27 de Julio de 1638, hijo de Domingo Álvarez, Sargento de las Milicias de La Palma, y de María Yanes de Abréu.

Cursó Latinidad y Filosofía en el Convento de San Agustín de La Laguna, continuando con Derecho Civil y Canónico y Teología Moral y Dogmática en Ávila, doctorándose sobre las mismas.

Beneficiario de la Parroquia de Nuestra Señora de la Concepción de La Laguna, Juez de la Santa Cruzada, Visitador Sinodal del Obispado y Abogado Fiscal de la Reverenda Cámara Apostólica.

Fue Racionero de la Catedral de Canarias en 1715, Canónigo de la misma Iglesia en 1723, Arcediano de la Diócesis Canariense en 1734, ocupando la sede Arzobispal de la Iglesia Metropolitana de Santo Domingo en La Española en 1737, como primado de Las Indias, rigiendo la titular de Puebla de los Ángeles en México en 1743.

Fue persona de altas virtudes morales, interesado por sus feligreses. En la Catedral del palacio Arzobispal se conserva un óleo con el lema "Benigno, Transparente, Misericordioso". Donó un incensario y naveta de oro y ornamento completo y las andas de plata para el Santísimo Sacramento. Reedificó la iglesia de San Sebastián y terminó y adornó el Convento y la iglesia de Santa Rosa. Añadió al Seminario Tridentino el edificio de San Pantaleón, instituyendo las cátedras de Cánones y Leyes y Sagradas Ceremonias, destinando becas en el de San Pablo para canonistas y legistas.

Nunca olvidó su tierra natal, La Palma, y a él se debe la construcción del último cuerpo de la torre de la Parroquia de El Salvador en esta isla, enviando desde América para su Patrona, Nuestra Señora de las Nieves, un vaso sagrado grabado con el blasón de su familia, falleciendo en Puebla de los Ángeles el 28 de noviembre de 1763.

**PEDRO ÁLVAREZ DE LUGO USODEMAR.**— Nace en Santa Cruz de La Palma en 1628 (bautizado en la iglesia de El Salvador el 27 de junio), hijo de Francisco Álvarez y de María de Lugo Usodemar.

Estudió en los conventos religiosos de su Ciudad, continuando más tarde en el Colegio de San Ildefonso de Alcalá de Henares, donde estudió Leyes y se licenció.

Ejerció como abogado de la Real Audiencia de Canarias en su localidad natal, desempeñando el cargo de Teniente Corregidor en La Palma desde el 12 de agosto de 1692 hasta 1696.

Fue autor de diversas obras, publicando *Primera y Segunda parte de las Vigilias del Sueño; Representadas en las tablas de la noche y dispuestas con varias flores del ingenio* (Madrid 1664); *Convalecencia del alma perdida, quando más bien hallada en el inmundo cieno de los vicios* (Madrid 1689); *Fábula de Atlante e Hipomenes*. Dejó manuscritas *La Lanza de Aquiles*, *Las cadenas de Alcides*, *Ilustración del sueño de la décima Musa Mexicana más despierta en el que en todos sus ilustres desvelos, para desvelos de muchos*. Falleció en Santa Cruz de La Palma el 6 de enero de 1706.

**JUAN PINTO DE GUISLA.**— Nace en Santa Cruz de La Palma en 1631 (se bautizó en la iglesia de El Salvador el día 1 de julio) hijo del Capitán Bartolomé Pinto, Regidor Perpetuo de La Palma, natural de la Villa de San Andrés, y de Margarita de Guisla Van de Walle.

Estudió en la Universidad de Salamanca, donde se licenció en ambos Derechos, Civil y Eclesiástico.

Recibió las Órdenes menores y mayores en Las Palmas de Gran Canaria en 1653, siendo Notario Ordinario, Consultor y Calificador del Santo Oficio en 1656, y Beneficiado servidor de la Parroquia de El Salvador en 1656 también, hasta obtener el cargo en propiedad después de opositar a beneficios y curatos vacantes en 1671.

Actuó como Juez en cuatro causas, y como Visitador General de La Palma,

nombrado por el Obispo Bartolomé García Ximénez, condiscípulo desde que estudiaron en Salamanca, demostró “su celo, asiduidad y diligencia”.

Pero su faceta más importante en lo relativo a La Palma y su historia, fue la labor de recopilación de citas y datos de interés, tales como la creación de ermitas e iglesias, cláusulas fundacionales, cursos, capellanías, tal como consta en los archivos de los templos, con lo que palió la pérdida de documentos ocasionada por los incendios a que estuvo expuesta la Ciudad por los asaltos de piratas y corsarios franceses en 1553, lo que unido a recoger noticias transmitidas verbalmente por ancianos referidas a hechos históricos, han hecho posible que llegaran hasta nosotros.

Como tantos otros personajes ilustres de nuestra tierra, también cultivó la poesía, aunque poco se encuentra de su obra. Falleció en la isla de La Palma el día 12 de Mayo de 1695.

**JUAN BAUTISTA POGGIO Y MONTEVERDE.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el día 16 de junio de 1632. Fue su padre Juan Ángel Poggio, Maestre de Campo de las Milicias de La Palma, natural de Génova, y su madre fue María Maldonado y Monteverde, natural de la Capital Insular.

Sus primeros estudios los realizó en el convento dominico de la Ciudad, marchando a Salamanca, donde obtuvo la Licenciatura en Leyes en 1655, regresando a Canarias e inscribiéndose como Abogado de la Real Audiencia.

En 1675, el Corregidor de Tenerife le nombra su teniente general en La Palma, renunciando en 1677 para seguir la vocación religiosa, recibiendo las órdenes sagradas al año siguiente, pasando a Visitador General de El Hierro y la Gomera, y Vicario de La Palma.

Fue un poeta con una abundante obra lírica y dramática, por lo que fue llamado el “Calderón Canario”; reflejándose en su amplia y variada obra, en loas, comedias, pasillos, sonetos, romances y canciones, conservándose en manuscritos. De su obra impresa sólo se conserva una *Loa sacramental*. Falleció en la isla de La Palma el día 20 de septiembre de 1707.

**ANTONIO JOSÉ ÁLVAREZ DE ABRÉU.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el día 7 de febrero de 1688, hijo de Domingo Álvarez y de María Yanes de Abréu.

Fue considerado el Abogado de más prestigio en la España de su época. Fue miembro del Consejo y Cámara de Indias de su Majestad.

Cursó sus primeros estudios con los frailes de su ciudad natal, continuándolos en el Convento de San Agustín de La Laguna, donde estudió Latín y Filosofía. Pasó más tarde a cursar Leyes en la Facultad de Cánones de la Universidad de Salamanca, obteniendo el grado de Bachiller en 1707.

En Madrid, fue recibido por Abogado de los Reales Consejos en 1711. Fue protegido por el Fiscal General, Melchor de Macanaz, con quien estuvo en sus visitas a la Real Biblioteca (hoy Biblioteca Nacional), dándose a conocer muy pronto como un letrado sagaz y profundo, dedicándose al estudio de las regalías reales por considerar que las conclusiones del Consejo de Indias en la materia no eran correctas.

Esto motivó, que el rey Don Felipe V le nombrara por Real Título, dado en el Pardo el 16 de agosto de 1714, Alcalde Visitador de la Veeduría General y Conservaduría del Comercio entre Castilla y las Indias, y Juez Conservador del navío registro del Marqués de Montesacro con destino en Venezuela.

El día 30 de agosto de 1715 y a instancia del Arzobispo Rincón, en virtud a su fama de jurista, se hizo cargo de la Cátedra de Derecho Civil, la primera que hubo en aquel País, en el Colegio-seminario de Santa Rosa, siendo considerado como el iniciador de esta materia en Venezuela.

Desempeñó la Gobernación interina de la provincia desde el 17 de agosto al 11 de diciembre de 1721. En 1722 actuó como asesor del Comisario Real de Marina en La Habana y Veracruz, y regresó a España al año siguiente. Su obra: *Víctima real legal, discurso único jurídico-histórico-político, sobre que las Vacantes Mayores y Menores de las Iglesias de las Indias Occidentales, pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno y absoluto dominio* Madrid, 1726.

En ésta trató el tema que había comenzado a estudiar desde que terminó su carrera y se ha dicho, que reportó a la Corona más de un millón de reales de ingresos anuales, siéndole concedido título de Castilla denominado Marqués de la Regalía, por reconocimiento real manifestando, “queriendo dar señales de cuán agradable me ha sido el ymportante servicio que habéis hecho”, mediante Real Cédula dada en Buen Retiro a 8 de julio de 1738.

Esta publicación acrecentó su prestigio y, sucesivamente, fue asesor en la Superintendencia de las Reales Rentas y de Salinas en 1726; Ministro de la Casa de Contratación a Indias en 1727, asesor de Rentas Generales en la Aduana de Cádiz en 1728; Ministro del Real Consejo de Indias en 1730; Ministro de Azogues en 1731; Ministro de Negros en 1732; Ministro de Tabaco en 1737;

Asesor en la Superintendencia General de Azogues en 1737; Subdelegado de la misma en 1741 y Ministro de Dependencia de Extranjeros en 1744.

Debido a los conocimientos que poseía, se le consultaba sobre diversos temas de interés nacional, como así fue, sobre los derechos del Rey de España a algunos estados hereditarios de la Casa de Austria, y dicho informe se publicó en 1740.

Fue recator de las plenipotencias que debían ejecutarse por la Secretaría de Estado ante la Dieta de Frankfurt en 1741, y respondió al manifiesto del Duque de Saboya sobre Milán.

De su obra existe amplio repertorio: *Informe a Don José Patiño sobre resultado de la Comisión que Don Juan Vázquez de Agüero desempeñó en Buenos Aires en 1733 para dar cuenta al Rey del Estado de las misiones de Jesuitas en el Paraguay* (Madrid, 1735); *La isla de Santa Cruz, una de las de Barlovento, no puede ser justamente vendida al Rey de Dinamarca* (Madrid, 1735); *Extracto del historial del Expediente que pende en el Consejo Real, y Supremo de las Indias, a instancia de la Ciudad de Manila, y demás de las Islas Philipinas, sobre la forma en que se ha de hacer, y continuar el Comercio y Contratación de los Texidos de China en Nueva España* (Madrid, 1736); e *Instrucción, que han de observar los Jueces Comisarios nombrados por los Señores Ministros de las Reales Audiencias de los Reynos de las Indias, subdelegados para la venta, y composición de Valdíos, y Realengos, y los demás subdelegados particulares en los Partidos de su cargo, en el uso de la comisión que se les diere para reconocer, medir, remediar, deslindar, amojonar y evaluar sitios, estancias, corrales y demás tierras Valdías o Realengas, usurpadas, pertenecientes a la Real Corona, y que deben integrarse a ella para su venta, y enajenación* (Madrid, 1746).

Fundó un importante mayorazgo en 1751 y edificó para su residencia, el Palacio de la calle de San Bernardo que es en la actualidad sede del Ministerio de Justicia. Falleció en Madrid el 28 de Noviembre de 1756.

MELCHOR BRIER Y MONTEVERDE.— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 9 de mayo de 1634, hijo de Jacques de Brier, Capitán de Caballería de las Milicias de La Palma, natural de Amberes, y de doña Luisa Monteverde, que era de La Palma. Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, graduado en su Facultad de Cánones, recibió las órdenes sagradas de manos del Obispo de Canarias Fray Juan de Toledo.

Clérigo presbítero y Abogado de los Reales Consejos, fue Visitador General de La Palma, Juez de cuatro causas y Vicario en la Isla, el 21 de enero de 1666. Fue una de las personas que promovió la devoción y culto a Nuestra Señora de las Nieves, en la celebración quinquenal que más tarde se denominó “La bajada de la Virgen”, cooperando en dicha fundación, que habría de celebrarse en el mes de Febrero, en la octava de Nuestra Señora de Candelaria, comprometiéndose a costear de forma desinteresada y de su propio caudal, uno de los días de estancia de la imagen en la Ciudad.

**ANDRÉS GONZÁLEZ XIMÉNEZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el día 8 de Marzo de 1621, hijo de Juan Fernández Ximénez, y de Juana Luisa, se licenció en Derecho, fue clérigo presbítero y ejerció su ministerio en la Parroquia de San Pedro en Breña Alta, nombrado por el Obispo Rodrigo Gutiérrez de Roxas.

**PEDRO MASSIEU Y MONTEVERDE.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 26 de noviembre de 1673, hijo de Nicolás Massieu Vandalle y Rautz, y de Ángela de Monteverde y Ponte.

Se licenció por la Capilla de Santa Bárbara en la Facultad de Leyes en la Universidad de Salamanca, opositando a las Cátedras de Cánones y Leyes de dicha facultad, ejerciendo como profesor al frente de la misma.

Perteneció al Consejo de su Majestad, fue Oidor Decano de la Real Audiencia y Juez Conservador del Real Colegio de San Telmo, en Sevilla, fundando la Capilla de Jesús Nazareno del Convento de San Francisco el Grande de la citada ciudad.

Falleció en Sevilla el 22 de junio de 1755.

**BLAS SIMÓN DE SILVA.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, en 1596, bautizado en El Salvador el 6 de Marzo, hijo de Blas Simón de Silva, Maestre de Campo de las Milicias y Regidor del Antiguo Cabildo de La Palma, y de Lucrecia Martín Morán.

Sucedió a su padre en la regiduría del Ayuntamiento y ocupó la plaza de Castellano de la fortaleza de Santa Catalina.

Intervino como Abogado de los Reales Consejos y actuó como Consultor del Santo Oficio de la Inquisición y fue nombrado Teniente General de La Palma en cinco ocasiones: 1624, 1625, 1637, 1656 y 1671, siendo el palmero que ejerció más veces, en aquel régimen, la Real Jurisdicción Ordinaria como re-

presentante del Gobernador y Corregidor de las Islas de Tenerife y La Palma, falleciendo el 26 de abril de 1680.

**RODRIGO DE SILVA Y SANTA CRUZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 29 de noviembre de 1644, hijo de Blas Simón de Silva y María Orozco de Santa Cruz.

Cursó estudios superiores y se licenció en Leyes igual que su padre, ejerciendo como Abogado de los Reales Consejos. Fue clérigo presbítero siendo un destacado escritor y un poeta de los más significativos de su época, “de retórica grave y conceptuosa”.

Marchó a América y falleció en Caracas en 1728.

**JOSÉ CARBALLO VAN GHEMERT.**— Nació en Los Llanos de Aridane el día 1 de Septiembre de 1750, hijo de José Martín Carballo y de María Van Ghemert, siguiendo estudios eclesiásticos y licenciándose en Leyes y en Sagrada Teología, para más tarde obtener el grado de Doctor en Cánones, en 1784 en la Real y Pontificia Universidad de Caracas.

Fue nombrado Canónigo de la Catedral de Guadalajara en México en 1786, desempeñando el cargo de Racionero cuando fue designado para formar parte del Cabildo catedralicio de Caracas en 1789.

Promovido a Maestrescuela del mismo en 1794, lo que llevaba aparejado ser Juez de Estudios de la citada Real y Pontificia Universidad, fue chambre en 1795 y Arcediano de Venezuela, no llegando a ocupar el deanato y la presidencia del Cabildo Catedral para el que había sido propuesto.

Falleció en Caracas el 26 de Diciembre de 1799.

**TOMÁS DEL REY ALBERTOS.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 21 de diciembre de 1775, hijo de Pedro José del Rey, Guardalmacén de la Real Artillería, y de Teresa María Albertos y Cabrera.

Inició sus estudios en el convento dominico de Santa Cruz de La Palma, donde preparó Humanidades, Gramática, Filosofía, Retórica y Teología. Continuó en el Seminario de Las Palmas, y desplazándose a Sevilla en su Universidad obtuvo el grado de Doctor en Derecho.

Jurisconsulto de fama, se estableció en Madrid aconsejado por su amigo Leandro Fernández de Moratín; siguió los acontecimientos de 1808 y le valió ser nombrado Secretario particular del Rey Don José I.

Restablecida la Casa de Borbón, fue enviado a Navarra con el cargo de Intendente de Policía, marchando destinado a Filipinas con el mismo empleo, por lo que, en La Palma se le llamó popularmente “el Virrey de Manila”, falleciendo en aquel País, el 14 de Diciembre de 1843.

**MIGUEL MARIANO DE TOLEDO.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 6 de octubre de 1736, hijo de Tomás de la Concepción y de Manuela Pérez de Toledo.

Pasó a Las Palmas como Jefe del Deán Manuel Massieu Monteverde, cursando estudios en el Seminario Conciliar, continuando más tarde en la Península, doctorándose en ambos Derechos.

Cuando recibió las órdenes sagradas del presbiterado, se estableció en aquella Capital, donde se destacó y formó parte del alto clero. Primero fue Arcediano, sucesivamente Juez Apostólico de los Tribunales de la Santa Cruzada, del de Expolios, Vacantes y Medias Anatas eclesiásticas, Examinador Sinodal, Visitador del Obispado, Provisor y Vicario General por el Obispo Manuel Verdugo Albiturria, y Deán y Presidente del Cabildo Catedral.

Como Abogado de los Reales Consejos, inscrito en el Ilustre Colegio de la Real Audiencia de las Islas, desempeñando el cargo de Secretario de aquella institución, falleció en Las Palmas de Gran Canaria.

**JOSÉ ANTONIO VAN DE WALLE DE CERVELLÓN.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 18 de mayo de 1737, hijo de Luis Van de Walle de Cervellón, Gobernador de las Ramas de La Palma y Regidor Decano de dicha isla, y de Antonia de Guisla Lorenzo de Monteverde.

Licenciado en Jurisprudencia, ocupó el cargo de Regidor perpetuo del Antiguo Cabildo de La Palma, fue Diputado General de Canarias en la Corte de Carlos III.

Cultivó la Genealogía y se preocupó por la investigación del pasado de las Islas, que por el importante archivo familiar, le fue de mucha ayuda para ello.

Es autor de *Historia de Canarias*, 1772; *Notas biográficas del General Don Francisco Díaz Pimienta*, y *antigüedad y necesidad de la Historia*, 1782, quedando inéditas.

Hizo gestiones para conseguir lo que beneficiara al Archipiélago, como la instalación de la imprenta en La Laguna, la libertad de comercio en las Islas y la fundación de la Sociedad Económica de Amigos del País de Tenerife. Falleció en La Palma, el 25 de octubre de 1811.

**DOMINGO ALBERTOS.**— Fue Abogado de los Reales Consejos. Nació en Sevilla, (bautizado el 19 de septiembre de 1762), hijo de Domingo Albertos y Martínez y de Celestina Fernández de Miranda; antes de cumplir los 5 años de edad, pasó a residir en Santa Cruz de La Palma, lugar de donde era su padre.

Con vocación sacerdotal, se trasladó a Las Palmas de Gran Canaria donde cursó estudios eclesiásticos en el Seminario Diocesano, ampliándolos más tarde en la Península donde se doctoró en Leyes.

Formó parte del alto clero del Archipiélago y llegó a ser Prebendado de la Catedral de Canarias y Visitador General del Obispado. Como escritor se le consideró como un poeta de facilidad notoria, esencialmente palmero, destacando por su fecundidad y por la agudeza y sátira de sus poemas.

**DOMINGO ALBERTOS MARTÍNEZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 11 de agosto de 1737, hijo de José Albertos Álvarez, escribano público de La Palma, y de María Jerónima Martínez.

Comenzó sus estudios de sacerdocio a instancias de su padre, pero renunció a los deseos de éste y en lugar de marchar a Tenerife para recibir las órdenes sagradas, continuó a Sevilla para cursar estudios superiores en la Facultad de Leyes.

Se estableció en La Palma en 1765, saliendo elegido Diputado del Común para el Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma en las elecciones de 1767, aliado con Dionisio O'Daly y Anselmo de Brito; fue uno de los que elevaron el memorial del 19 de agosto de 1768 en contra del Gobierno Municipal de los Regidores Perpetuos y pasó a la Corte, por sí y en nombre de los Diputados y del Síndico, para formular acusación en contra de aquéllos por despotismo, malversación de fondos y otros cargos.

Años más tarde, fue el primer testigo que declaró en el sumario que como venganza por su actuación en todo aquel proceso, fue incoado en contra de Pérez de Brito, antiguo coaligado.

Residió durante largo tiempo, en Las Palmas, al desempeñar el cargo de Relator de la Real Audiencia de Canaria, pero su actividad pública transcurrió en Santa Cruz de La Palma, donde ostentó los cargos de Sustituto Fiscal y Alcalde Mayor de La Palma, tomando posesión en este último el 17 de julio de 1800; sufriendo un atentado de un disparo de fusil, el 10 de abril de 1801, saliendo ileso.

**JOSÉ FRANCISCO DE ARCE Y ROJAS.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 8 de noviembre de 1651, hijo de José de Arce y Rojas y de María González de Limia. Se educó en el convento dominico de La Palma; donde adquirió los primeros conocimientos, marchando más tarde a Sevilla para estudiar la carrera de Derecho en el Colegio de San Hermenegildo, no terminándola por haber decidido entrar en la Compañía de Jesús por su vocación religiosa.

Cursó estudios en el Colegio de San Ambrosio de aquella Compañía en Valladolid, destacando por su oratoria y altos valores humanos en ciudades como Sevilla, Valencia, Valladolid y Salamanca.

Solicitó licencia para desarrollar su actividad en misiones, que fue concedida, trasladándose al Uruguay, llegando a Buenos Aires en 1674.

En Bolivia, fue Rector del Colegio de la Villa de Tarifa durante tres años, y en Paraguay, Padre Superior en las reducciones de indios.

Destinado por el Rey Don Carlos II, para entrar en tierra de patagones, se le cambió la orden a fin de que reconociera a los chiriguanás. A lo largo de más de 30 años, llevó a cabo un difícil trabajo en misiones llenas de peligro que supo arrostrar con gran entereza y vocación evangelizadora.

Muchas tribus de aquella zona del río Paraguay tuvieron la fortuna de aprender de su labor encomiable, tales como los chiquitos, guaraníes, piñocas, perroquis, tapica y taucas, que se beneficiaron de sus fundaciones, falleciendo a manos de los payagúas, quienes, después de darle muerte, entregaron su cuerpo a los guycuries que vejaron su cadáver, en Diciembre de 1715.

Dominó las lenguas guaraní, chiquito, quichua, chiriguaná y pajaguá, recordado como “Apóstol de Paraguay”.

**JOSÉ MIGUEL CAMACHO DE ACOSTA.**— Nació en Tzacorte el 5 de abril de 1729, hijo de José Camacho de los Santos, Alcalde Real del término de Los Llanos, y de María de Acosta.

Estudió en Las Palmas y más tarde en la Universidad de Osuna, donde se licenció en Leyes, figurando como Abogado de los Reales Consejos en la Real Audiencia de Sevilla y en la de Canaria, 1765, ciudad de donde aparece como uno de los fundadores del Colegio de Abogados, desempeñando la fiscalía General del Obispado.

Fue propuesto por su Majestad para una prebenda en la Catedral de Las Palmas, obteniendo auto aprobatorio el 20 de junio de 1775 y recibió la colación

de manos del Obispo Cervera, nombrado Hacedor de Rentas Decimales de La Palma, que llevaba anexo el cargo de Visitador y Vicario de dicha isla en 1781, siendo Racionero y Canónigo de la citada Catedral en 1791.

Durante su estancia en Las Palmas, fue persona de confianza del alto clero catedralicio para proseguir las obras de la iglesia Catedral por reconocimiento a su “acreditado conocimiento de la arquitectura y de la maquinaria”, y su habilidad y pericia en la materia, falleciendo en Las Palmas de Gran Canaria en 1811 a causa de la epidemia de la fiebre amarilla.

**FRANCISCO DIONISIO VOLCÁN Y MONTERREY.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 9 de octubre de 1728, hijo de Francisco Volcán y Monterrey, Subteniente de la llamada Compañía Coronela del Regimiento de Milicias de La Palma, y de Inés de los Ríos Torres, gozando de gran prestigio en el clero canario.

Comenzó sus estudios en el convento franciscano de La Palma, fue bachiller de Cánones por la Universidad de Sigüenza, el 13 de Marzo de 1767. Estudió cinco cursos en la Facultad, y salió aprobado “nemine discrepante”. Doctor en Derecho Canónico, Notario, Comisario y Ministro Calificado del Santo Oficio de la Inquisición en La Palma, Hacedor de Rentas Decimales y Vicario de la citada isla, le fue conferida la comisión de Explios y Medias Anatas, así como la mayordomía del Hospital de Nuestra Señora de los Dolores.

También fue examinador Sinodal del Obispado, Prebendado y Racionero de la Catedral de Canarias por Real Presentación de 25 de Marzo de 1772.

Fue socio fundador de las Económicas de Amigos del País de Las Palmas y de La Palma en 1776. Falleció en Las Palmas el 26 de Febrero de 1799.

**ANSELMO PÉREZ DE BRITO.**— Nació en el pago de Juan Adalid, Garafía, el 21 de abril de 1728, hijo de Silvestre Francisco y de María Magdalena Pérez de Brito.

Se le ha considerado como uno de los personajes más importantes de la historia de La Palma.

Se quedó sin madre antes de cumplir los dos meses, pasando a vivir a Santa Cruz de La Palma, en la casa de Tomás Rexe Méndez, criándose en ella como un hijo más.

Estudió con los frailes franciscanos de la isla de La Palma, logrando un grado de preparación más profunda que lo normal para una persona joven.

Trabajó como amanuense con los escribanos que ejercían en Santa Cruz de La Palma, hasta que marchó a Sevilla, logrando la licenciatura en leyes en un periodo de tiempo muy corto, sólo en seis meses.

Al regresar a La Palma comenzó el libre ejercicio de su profesión y gozó fama de ser el mejor Abogado de su tiempo.

En las elecciones que se llevaron a cabo por Real Auto acordado por el Rey Don Carlos III, promulgado el 5 de Mayo de 1766, salió elegido Diputado.

En el Colegio Capitular alzó su voz contra los Regidores y los abusos que cometían, denunciándolo públicamente.

Como Síndico Personero, salió elegido el irlandés Dionisio O'Daly en 1767 y queriendo valerse los Regidores de su calidad de extranjero para dejar sin efecto la elección, cosa que lograron, fue revocado su nombramiento por la Real Audiencia de Canarias, por lo que éste recurrió ante el Consejo de Castilla.

Esto dio lugar a que el 3 de Febrero de 1768 se iniciara el pleito común de los vecinos de La Palma contra el Gobierno Municipal de los Regidores Perpetuos, por lo que se aprovechó para denunciarlos por malversación de caudales públicos.

El letrado Pérez de Brito llevó la causa y, ausente O'Daly de la isla, se volcaron las iras sobre él por su actuación, logrando se levantara en su contra un proceso por sedición, ingresando en prisión el 9 de Marzo de 1770 por orden del Alcalde Mayor, que revocó posteriormente la Audiencia.

Fue considerado un adelantado a su época, defensor de unas libertades por las que se atrevió a enfrentarse a una situación de privilegio de los estamentos de la nobleza en la municipalidad, consiguiendo que el pueblo tomara conciencia de sus derechos para seguir su destino.

Logró que el Consejo de Castilla, por resolución de 3 de Diciembre de 1771, aboliera el Gobierno de los Regidores Perpetuos, destituyéndolos, y fueran sustituidos por otros bienales elegidos por sufragio.

No vio su obra realizada, por haber fallecido el 14 de Mayo de 1772. Debido a su labor, La Palma fue adelantada de la democracia, pues tuvo el primer Ayuntamiento de la España Moderna elegido por voto popular.

**EUGENIO ABRÉU GARCÍA.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 6 de Febrero de 1860, hijo de Esteban Abréu Luján, Licenciado en Jurisprudencia y Alcalde Constitucional de dicha ciudad, y de Secundina García Carrillo.

Licenciado en Derecho Civil y Canónico por la Universidad de Sevilla, Decano del Ilustre Colegio de Abogados, Juez Municipal, Alcalde de su localidad natal y Presidente del Cabildo Insular de La Palma.

Fue el primer Delegado del Gobierno en La Palma en 1913, con motivo de la creación del régimen especial establecido para el Archipiélago en virtud de la Ley de 11 de julio de 1912.

Falleció en Santa Cruz de La Palma el 23 de Noviembre de 1924.

**SILVESTRE BATISTA ABRÉU.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 30 de Diciembre de 1800, hijo de Félix Batista González, y de Ana Abréu Oramas, naturales de los Silos, Tenerife.

Comenzó sus estudios con Manuel Díaz Hernández, beneficiario de la Párroquia de El Salvador, para continuarlos más tarde en el Seminario Conciliar de Las Palmas.

Cursó estudios superiores en la Universidad de La Laguna, donde se licenció en Derecho en 1830. Ejerció como Abogado en La Palma, al propio tiempo que desempeñaba el cargo de Sensor de la Ayudantía de Marina, Promotor Fiscal de Santa Cruz de La Palma y Juez de Primera Instancia de La Laguna.

Con ideas liberales, desarrolló una actividad política en La Palma, y se le siguió un proceso en 1845 por dar vivas a Espartero.

Perteneció al partido progresista, formando parte de su comité en la isla, donde figuró como Vocal de su Junta de Gobierno.

Diputado a Cortes por la provincia en 1854, y reelegido en varias ocasiones, militó en las filas más radicales de la izquierda en el Congreso.

Destacó como escritor profundo y correcto en los temas de su especialidad, falleciendo en La Palma el 10 de Mayo de 1860.

**MANUEL CARBALLO FERNÁNDEZ.**— Nació en Los Llanos de Ariadane el 9 de Enero de 1830, hijo de Antonio Carballo de Alcalá y de María Fernández Taño.

Se doctoró en Derecho Civil y Canónico por la Universidad Central el 2 de Enero de 1862, ampliando estudios en París, ejerciendo su profesión en La Palma.

Fue Catedrático supernumerario por oposición de la Escuela Profesional

de Comercio agregado al Real Instituto Industrial de Madrid, en 1858, Juez de Paz en 1864; y Juez Municipal en 1874 de Santa Cruz de La Palma y Promotor Fiscal en 1871, y Asesor Jurídico Militar en 1864 en la misma Ciudad.

Ejerció una Cátedra y la dirección interina del Instituto de Segunda Enseñanza y de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Santa Cruz de La Palma.

Por la actividad en estos cargos, publicó: *Discurso pronunciado en el Casino-Liceo de esta Ciudad al inaugurar sus clases de enseñanza en el Curso 1862 a 1863*; *Discurso leído en la Real Sociedad Económica de Amigos de País de la Ciudad de Santa Cruz de La Palma, en Canarias, al inaugurar sus tareas el presente Año, 1866*, y una *Memoria leída el 1º de Octubre de 1870*, con motivo de la solemne apertura de estudios en el Instituto libre de segunda enseñanza de Santa Cruz de La Palma en 1870.

Aficionado a la música, compuso y arregló diversas piezas de carácter sacro para la iglesia Parroquial de El Salvador. Falleció por la epidemia de fiebre amarilla el 15 de Noviembre de 1888.

EUGENIO CARBALLO MORALES.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 5 de Septiembre de 1896. Se formó en el Colegio de Sebastián Arozena Henríquez. Estudió bachillerato en La Palma, terminándolo en Barcelona con premio extraordinario en 1914.

Se licenció y doctoró en Derecho por la Universidad de Barcelona, ingresando en la Carrera Judicial y se jubiló como Fiscal General del Tribunal Supremo.

Escritor y poeta, de lírica fluida e inspirada, publicó *Cancionero de Amor*, en 1922, con prólogo de Eugenio D'Ors; *Senderos de España* en 1950. Todos los poemas contenidos en las obras citadas fueron premiados en juegos florales y certámenes literarios en los que intervino, tanto en Cataluña como en otras regiones.

Otras obras suyas, son, *Llama viva*; *Poemas de mar y cielo*, 1971; también presentó algunas de sus composiciones en *Diez poetas*, que editó la Asociación de Amigos de la Poesía de Valencia en 1974.

De su trabajo en prosa escribió, *Del amor a la muerte*, novela, y los ensayos *El derecho de Autor y su Universalidad*, conferencia publicada por la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación en 1963 y *La nave y el Capitán*

en los riesgos del transporte marítimo, que apareció en la “Revista Española de Derecho Marítimo” en 1968.

En teatro adaptó la obra de Federico Heblel *María Magdalena*, en colaboración con Hans Schlegel, así como otras obras que fueron un éxito completo, tanto en Madrid como en Barcelona, lo que estuvo a punto de hacerle abandonar la carrera judicial por esta nueva faceta de su vida, pero continuó con su quehacer profesional.

Falleció en Barcelona el 6 de Octubre de 1978.

BENIGNO CARBALLO WANGÜEMERT.— Nació en Los Llanos de Ariadane el 13 de Febrero de 1826, hijo de Justo de la Concepción y de María Candelaria Carballo Wangüemert.

Comenzó sus estudios en la Universidad de La Laguna, y de allí pasó a Sevilla en la que se licenció en Jurisprudencia.

Fue Abogado, Economista y escritor, estableciéndose en Madrid en 1850, doctorándose en la Universidad Central y se dio a conocer como periodista y colaboró en *Las Antillas*, *La Iberia*, *La Revista de Instrucción Pública*, *La tutelar* y otras más; dirigió la *Gaceta Economista* en 1863, fundó *Las Canarias*, en cuya redacción se integraron prestigiosas figuras políticas y de las letras, publicando entre otros trabajos, un curso de *Economía Política* en dos tomos, en 1855, que le dio reputación como economista; y *Las Afortunadas, viaje descriptivo a las Islas Canarias*, en 1862.

Fue defensor del libre cambio, destacando como orador brillante en el Ateneo y la Bolsa de Madrid a la hora de exponer sus argumentos sobre la libertad comercial. Solicitó la Cátedra de Economía Política de la Escuela de Comercio que obtuvo en propiedad y desempeñó el mismo empleo en el Real Instituto Industrial. Al fusionarse estas escuelas con los Institutos de Segunda Enseñanza, denominados de Estudios de Aplicación, explicó la Cátedra de Derecho Mercantil.

Se le comisionó para estudiar en el extranjero las mejoras que hubiera en su especialidad y métodos de enseñanza en 1857, aprovechando su estancia en París para asistir a las sesiones de la Sociedad de Economía Política, de la que más tarde fue Socio Correspondiente, lo mismo que lo era de la de Madrid.

Fue miembro del Ateneo de dicha Capital, Vicepresidente de la nombrada Sociedad de Economía Política y Vicesecretario de la Asociación para la Reforma

de Aranceles, siendo designado por ambas entidades para que las representara en el Congreso Nacional del Impuesto, celebrado en Lausana, Suiza en 1861, falleciendo en Madrid el 17 de Abril de 1864.

**EZEQUIEL CUEVAS PINTO.**— Nació en Santa Cruz de La Palma en el término de Las Nieves, el día 5 de Junio de 1880. Hijo de Augusto Cuevas Camacho, natural de Los Llanos de Aridane, y de María Nieves Pinto y Poggio.

Estudió Derecho e ingresó en la Carrera Judicial. Fue Magistrado de la Audiencia de Gerona y Fiscal de la Audiencia Territorial de Barcelona, destacando por sus intervenciones profesionales y por su oratoria fácil, brillante y razonada, de las que se hizo eco la prensa de la Ciudad Condal.

Murió asesinado en Barcelona en 1936.

**PEDRO CUEVAS PINTO.**— Nació en Los Llanos de Aridane el 24 de diciembre de 1875.

Licenciado en Derecho, fue Presidente del Cabildo Insular de La Palma en 1918, y Delegado del Gobierno en 1923. Ostentó la jefatura del Partido Insular Demócrata en 1923.

En su profesión, fue un jurista de prestigio, de palabra docta, destacando por su oratoria, ocupando el Decanato del Colegio de Abogados.

Tuvo inquietudes literarias en su juventud, escribiendo un monólogo titulado *Una carta a tiempo*, el 29 de marzo de 1898.

Falleció en Santa Cruz de La Palma el 29 de Mayo de 1957.

**TOMÁS FELIPE CAMACHO.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 13 de Septiembre de 1886, hijo de Atanasio Felipe y Felipe, natural de Los Llanos de Aridane, y de María del Rosario Camacho Arceo.

Emigró a Cuba en su juventud y trabajó en el Central Azucarero “Estrella”, para trasladarse más tarde a La Habana con el fin de estudiar la carrera de Derecho en la Universidad Nacional donde se doctoró en 1911.

Llegó a ser una figura prominente en el campo de la Abogacía de aquel País, artífice de la campaña electoral del Presidente Gerardo Machado Morales.

Su bufete fue de los más acreditados de La Habana, destacándose en el ámbito socio-político-canónico de Cuba, por lo que, gracias a su prestigio, tuvo abiertas siempre las puertas del Palacio Presidencial de todos los Gobiernos.

Fue gran orador y se distinguió por sus discursos espontáneos, directos y brillantes, tanto políticos como académicos, usando la metáfora y la claridad de conceptos.

Como escritor, dominó por igual la prosa y el verso y sus colaboraciones literarias las dio a conocer a poco de llegar a Cuba en *La Discusión*, *La Luchada*, *Diario de la Marina* y *El Mundo*; además de estar vinculado a *Cuba* y *Canarias*.

Algunos de sus poemas aparecieron en periódicos de Santa Cruz de La Palma, como *Crepúsculo*, *Saludo*, *Humanidad levántate*, *A España*, *Leyendo a Electra*, *Al Pueblo* o *Mi Musa*. También publicó un poemario titulado *Ritmos y notas*.

Fue famoso orquidario, situado en Las Lomas de Soroa con 5.500 ejemplares, que disfrutó solamente hasta que triunfó la revolución castrista, pues antes de ver su propiedad confiscada y perdida, la cedió al régimen cubano, para que se conservara antes de su salida del País.

Fue Presidente de la Asociación Canaria de Cuba, destacándose por su acendrado canarismo. Falleció en Santa Cruz de Tenerife el 17 de Noviembre de 1961.

MANUEL FERNÁNDEZ CABRERA.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 9 de julio de 1885, hijo de Vicente Fernández Torres, natural de Guamutás (Cuba), y de Heraclia Cabrera González, natural de La Palma, emigrante en 1905 a Cuba, donde estudió y se doctoró en Derecho, destacando como periodista brillante, escritor y conferenciante.

Quedó ganador como el primer prosista novel de Cuba en un concurso que convocó el periódico de La Habana *La Noche*. Fue director de la Revista *Cuba y Canarias*, y autor de *Alma Canaria* (Álbum patriótico), *Mis patrias: Canarias, Cuba, España* (conferencias), *Crónicas y devaneos* (artículos), *Sendas de misterio... y de amor* (cuentos), *Mi viaje a Venezuela* (crónicas), *Panchito* (relato de una vida barroca), *Sino de tragedia* (novela), *Del divino tesoro* (recopilación), y *El decir de los políticos* (periodismo), quedando inéditas las tres últimas obras.

Regresó a La Palma por estar enfermo de tuberculosis, y murió en la Dehesa de la Encarnación el 12 de Mayo de 1918.

JOSÉ MARÍA GARCÍA CARRILLO.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 17 de noviembre de 1827, hijo de Francisco Javier García Pérez, y de María

del Rosario Carrillo Ginosi. Diputado a Cortes en 1872, fue una de las personalidades de más prestigio en la vida pública de dicha Ciudad. Políticamente militó en el Partido Liberal, y ocupó la Vicepresidencia de la Junta Soberana de La Palma en 1888.

Obtuvo la licenciatura en Jurisprudencia por la Universidad de Sevilla en 1854, ejerciendo la Abogacía libremente entre 1855 y 1881, y fue miembro de los Ilustres Colegios de Las Palmas y de Santa Cruz de La Palma.

Fue sustituto del Promotor Fiscal entre 1855 y 1857; Segundo Comandante del Batallón Provincial de La Palma en 1856; Registrador de la Propiedad en su Ciudad natal entre 1862 y 1872, y más tarde en la Cañiza, Moguer, Fuentes de Cantos y Soria; Censor y Director Presidente de la Real Sociedad Económica de Amigos del País. Fue designado Correspondiente por la misma entidad de Las Palmas de Gran Canaria; Diputado provincial por Santa Cruz de La Palma en 1868, y Juez Municipal de esta Ciudad y gran impulsor para rendir público homenaje al beneficiado de El Salvador, Manuel Díaz Hernández, con la colocación de una estatua en el centro de la Plaza de España, falleciendo en la isla de La Palma el 22 de Julio de 1898.

**MANUEL PEDRO GONZÁLEZ FERNÁNDEZ.**— Nació en Breña Baja el 26 de Noviembre de 1893, hijo de Anselmo González de la Cruz y de Antonia Fernández Afonso.

Emigró a Cuba a los 15 años y allí trabajó en el comercio de un familiar en Punta de la Sierra (Cordillera de los Órganos) de donde pasó a La Habana para estudiar Derecho y Filosofía y Letras, lográndolo a base de grandes sacrificios, con el estímulo y protección de José Antonio Rodríguez García.

Se doctoró en ambas materias en 1920 y 1922. Después de estudiar y obtener la ciudadanía cubana, se trasladó a los Estados Unidos y ejerció la docencia en la Berlitz School of Languages de Nueva York en 1923 y en el Goucher College de Baltimore en 1924; en la Universidad de California en 1925 a 1958, ocupando la Cátedra de Literatura Hispanoamericana y el puesto distinguido de Faculty Research Lecturer en 1952, donde fue titulado honoríficamente como “Profesor Emérito” a la hora de jubilarse.

Como conferenciante profesó en las Universidades de Arizona, La Habana, Puerto Rico, México, Buenos Aires, Venezuela y Nueva York (Stony Brook).

Escritor polémico, hispanista, crítico literario y ensayista destacado, elegido en la Academia Cubana de la Lengua en 1957; colaboró en revistas especializadas

con cientos de artículos y sus publicaciones aparecieron en *Cuadernos Americanos*, *Atenea*, *Papel Literario* (Caracas), *Revista Iberoamericana*, *Revista Hispánica Moderna*, *Hispania*, *Modern Language Journal*, *Monthly Review*, *Anuario del Instituto de Literatura y Lingüística* (Cuba), *Books Abroad*, *Union*, *Cursos y conferencias*, *Bulletin of Hispanic Studies* y *Anuario Martiniano*.

Fue admirador de José Martí desde su juventud y se le consideró una de las autoridades más notables en el tema martiniano, fundando con su propio peculio la José Martí Foundation, ostentando su presidencia desde 1969 hasta su muerte y Coordinador de la Sala José Martí y el *Anuario Martiniano* de la Biblioteca Nacional de Cuba, 1967; del primer seminario sobre este personaje en la Yale University en 1970, y del coloquio internacional "En torno a José Martí", celebrado en la Universidad de Bordeaux y en la de París en 1972.

Bajo su impulso nació el Instituto de Literatura Iberoamericana en 1937 del que fue su primer Presidente en 1940, organizando el Congreso Internacional de Profesores de Literatura Iberoamericana en la Universidad Nacional de México en 1938, y coorganizó la *Revista Iberoamericana* de dicho Instituto.

Sus publicaciones giran sobre varios temas: *Cuban Short Stories*, en colaboración, Nueva York, 1942; *Trayectoria del Gaucho y su Cultura* La Habana, 1942; San José de Costa Rica, 1949; *Variaciones en torno a la epistografía de José Martí* (San José de Costa Rica, 1949); *Fuentes para el estudio de José Martí*, La Habana, 1950; *Estudios sobre literaturas hispanoamericanas*, México, 1951; *José Martí, Epic Chronicler of the United States in the Eighties*, Carolina del Norte, 1953; La Habana, 1961; *José María Heredia, primogénito del romanticismo hispano*, México, 1955; *Notas en torno del Modernismo*, México, 1958; *Antología crítica de José Martí*, México 1960; *Esquema ideológico de José Martí*, en colaboración, México 1961; *Indagaciones martinianas*, Santa Clara, 1961; *José Martí en el octogésimo aniversario de la iniciación del modernismo*, Caracas, 1962; *Ensayos críticos*, Caracas, 1963; *Coloquio sobre la novela hispanoamericana*, en colaboración, México, 1967; *Lucía Jerez de José Martí*, Ed. y notas, Madrid, 1969; *Martí, Darío y el Modernismo*, en colaboración, Madrid, 1969; *Notas críticas*, La Habana, 1969; *Amor y mito en Juana Borrero*, Montevideo, 1972; y *Epistolario de José Martí*, Ed. y notas, Madrid, 1973.

Falleció en la Ciudad del Mar, California el 7 de Julio de 1974 con la ciudadanía norteamericana desde 1941.

JOSÉ LÓPEZ MARTÍN-ROMERO.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 11 de Julio de 1893, hijo de Federico López Abréu, Licenciado en Derecho y Notario, y de María del Carmen Martín-Romero y González.

Abogado y periodista, desempeñó varios cargos en la política insular. Fue miembro de la Asamblea Nacional durante la época del Gobierno de Primo de Rivera, Presidente de la Mancomunidad Provincial, Delegado del Gobierno en La Palma, Presidente del Cabildo Insular y Delegado Comarcal de Justicia y Derecho.

Falleció en el buque “Villa de Madrid” en la travesía de Cádiz a Canarias el 30 de Noviembre de 1944.

JOSÉ LOZANO PÉREZ.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 24 de Agosto de 1890, hijo de Juan Lozano Lozano y de Josefa Pérez Morales.

Abogado, escritor y poeta, fue autor de la letra de diversos espectáculos de las fiestas de la Bajada de la Virgen, como las Danzas de los Enanos y de las Niñas, colaborador asiduo en certámenes y veladas literarias celebradas en su Ciudad Natal. Preparó un libro de poemas titulado *Rimas y flores*, quedando inédito, aunque muchas composiciones las dio a conocer en la prensa.

El día 4 de Febrero de 1916, la actriz Carlota Pla que se hallaba actuando con su compañía en Santa Cruz de La Palma, le estrenó la comedia *La Dicha* que se publicó y al año siguiente presentó en la Sociedad “Juventud Republicana”, la obra titulada *El calvario de un soltero*.

Falleció en La Palma el día 12 de Diciembre de 1951.

ALONSO PÉREZ DÍAZ.— Nació en la Villa de Mazo el 11 de Junio de 1876, hijo de Alonso Pérez Sánchez, Capitán de Infantería de las Milicias de La Palma y Alcalde de su localidad natal, y de Luisa Díaz Guerra.

Estudió Filosofía y Letras y Derecho, alcanzando premio extraordinario de Licenciatura en Derecho por la Universidad Central en 1902, doctorándose más tarde.

Fue elegido Alcalde de Santa Cruz de La Palma en 1923 y desde 1922 ostentaba la Presidencia del Partido Republicano Palmero.

Abogado de gran prestigio y reputado una de las figuras más importantes en el campo del Derecho en la provincia, ejerció libremente su profesión en La Palma, distinguiéndose por su ética profesional y conocimientos jurídicos.

Diputado en las Cortes Constituyentes de la Segunda República Española y en las Ordinarias siguientes, debido a su gestión en Madrid, consiguió en 1932 la creación del Instituto de Enseñanza Media para Santa Cruz de La Palma.

Desde el año 1978 dicho centro docente lleva su nombre en público reconocimiento, lo mismo que la biblioteca de la Villa de su nacimiento, para cuyo fin legó al Municipio la casa familiar. Falleció en Las Palmas de Gran Canaria, el 17 de Octubre de 1941 encarcelado por motivos políticos.

**PEDRO PÉREZ DÍAZ.**— Nació en la Villa de Mazo el 29 de Junio de 1867, hijo de Alonso Pérez Sánchez y de Luisa Díaz Guerra y hermano de Alonso Pérez Díaz.

Fue discípulo de Francisco Giner de los Ríos y estudió Filosofía y Letras y Derecho, doctorándose en esta última por la Universidad Central en 1899. Catedrático de la Asociación para la Enseñanza de la Mujer y Letrado Mayor de la Sección de Hacienda, Fomento e Instrucción Pública y Trabajo del Consejo de Estado.

Candidato republicano permanente por La Palma en las elecciones a Diputado a Cortes, salió derrotado en varias ocasiones, aunque obtuvo acta en 1916 por Los Llanos de Aridane, distrito por el que había luchado hasta lograr su creación.

Fue publicista de relieve y miembro del Ateneo de Madrid, destacado autonomista y pensador cambrativo de los problemas canarios y sus soluciones, contribuyendo a la promulgación de la Ley de Cabildos Insulares del 11 de Julio de 1912.

Autor de *Suspensión de Ayuntamientos. Interpretación del art. 189 de la Ley Municipal* (1905). Se le consideró uno de los más notables sociólogos de su tiempo y prestó una señalada atención a este tema en sus trabajos, *El socialismo, fundamento del sistema marxista; trabajo y valor*, 1910, obra fundamental en su trayectoria como pensador, consagrado como el primero en incorporar a nuestro País las nuevas corrientes europeas; *El problema social y el socialismo. Una solución*, 1915; y *El contrato de trabajo y la cuestión social*, 1917.

Sobre el Archipiélago escribió *La cuestión regional y la autonomía* en 1908, y *El problema canario*, en 1910, que fue una contestación a la información abierta dictada por Real Orden del Ministerio de la Gobernación sobre la organización político-administrativa que debía darse a la provincia de Canarias.

Fue persona de arraigadas convicciones democráticas y de sentido laico sin estridencias anticlericales; en la Academia de Jurisprudencia dejó en sus debates la huella de su talento con intervenciones razonadas, falleciendo en Madrid el 27 de Marzo de 1931.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.— Nació en Velhoco, Santa Cruz de La Palma, el 13 de agosto de 1898, hijo de Juan Pérez Díaz y de María del Rosario González Pérez.

Estudió bachillerato en el colegio de segunda enseñanza “Santa Catalina” de la capital palmera, excepto el último curso que realizó en Barcelona; y la carrera de Derecho en la Universidad de La Laguna y en la de Madrid, donde la terminó con premio extraordinario en la Licenciatura, y el Doctorado, obtenido con su trabajo *Política criminal preventiva y medidas de seguridad*, 1927.

Destacó como un civilista eminente, autor de la traducción y comentario que hizo del Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolf en colaboración con el Catedrático José Alguer, menos el octavo volumen que llevó a cabo en unión del catedrático de Derecho Civil y Presidente del Tribunal Supremo José Castán Tobeñas.

Publicó una serie de monografías, tituladas; *El método jurídico*; *El requisito de la viabilidad*; *La rescisión de participación en Cataluña*; *El seguro y la garantía hipotecaria*; *El Jurista y la revolución metodológica Kelsiana*.

Fundó con otros compañeros la sociedad “Juventud Republicana” de Santa Cruz de La Palma.

Con inclinación marcadamente política ostentó la jefatura de la Unión Patriótica de La Palma durante el Gobierno del general Primo de Rivera. Durante las últimas elecciones del Congreso de los Diputados celebradas antes de aquella dictadura, pretendió ser candidato por el Partido Liberal, pero sus dirigentes no pudieron aceptar su ofrecimiento por existir un compromiso de antemano con el señor Maraver, que lo haría por aquel distrito; y en las Constituyentes de 1931 se presentó por la Provincia con carácter independiente, saliendo derrotado.

En 1920 ingresó por oposición en el Cuerpo Jurídico Militar, siendo destinado como Fiscal Militar a Larache (Marruecos), y más tarde, a la Auditoría de Guerra de Santa Cruz de Tenerife, cuerpo en el que llegó a ser inspector General Asesor del Ministerio del Aire.

En 1926 impartió clases como profesor adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Madrid y, al año siguiente, obtuvo la Cátedra de esta especialidad de la Universidad de Barcelona, desempeñando el Decanato de la Facultad de Derecho hasta 1936, al ser declarado cesante por el Gobierno del Frente Popular.

Detenido en aquella Capital al estallar la guerra civil, y encarcelado en la checa San Elías el 27 de Septiembre de 1936, fue condenado a muerte al día siguiente por haber actuado como Juez Militar en los procesos que siguieron a la sublevación de octubre de 1934. Liberado por uno de sus antiguos alumnos, permaneció escondido algún tiempo hasta que pasó a Francia.

Regresó a España el 20 de mayo de 1937 y fue destinado como segundo Jefe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de Franco. En 1938 fue Fiscal del Tribunal Supremo y en 1939 Delegado Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de la J.O.N.S.; y miembro de su Junta Política, cargos en los que cesó al pasar a desempeñar la titularidad del Ministerio de la Gobernación el 3 de Septiembre de 1942, al frente del cual estuvo hasta el 25 de Febrero de 1957.

En el campo de la Jurisprudencia destacó como académico electo de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de la de Legislación y Jurisprudencia. Terminó su vida profesional al frente de su Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Madrid, a la que había sido trasladado por concurso antes de ser ministro.

Fue distinguido con numerosas condecoraciones (Doce grandes Cruces: de Carlos III; de Beneficencia; del Mérito Civil; del Mérito Civil Aeronáutico; dos del Mérito Militar; del Mérito Naval; de Alfonso X el Sabio; de San Raimundo de Peñafort; de Isabel la Católica; de Cisneros y de San Lorenzo de Jerusalén. Las extranjeras: Orden de Cristo, de Portugal; la del Libertador, de Venezuela; del Sol, del Perú; la Pontificia de San Gregorio; de Vasco Núñez de Balboa, de Panamá; y de Trujillo, de la República Dominicana); se le otorgaron las medallas de Oro de Madrid, de Santa Cruz de La Palma e Isla de La Palma:

Fue nombrado Hijo Adoptivo de numerosos Municipios de diversas provincias del País; Presidente Honorario del Cabildo Insular de La Palma; Decano Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma; Hijo Predilecto de esta Ciudad y de la Isla. Falleciendo en Madrid el 7 de Febrero de 1978.

**PEDRO POGGIO ÁLVAREZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 8 de Enero de 1863, hijo de Félix Poggio y Lugo, y de Josefina Álvarez Massieu.

Comenzó sus primeros estudios en el Colegio de Santa Catalina de su Ciudad natal y continuó en el Instituto General y Técnico de la provincia en La Laguna, y la carrera de Derecho en la Universidad Central de Madrid, ter-

minándola en 1887, ingresando en el cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.

Inició su carrera política en el año 1896 como candidato del Partido Conservador saliendo elegido Diputado a Cortes por La Palma; y en la época de celebrar las elecciones por distritos, lo fue por el de los Llanos de Aridane, y también fue Senador del Reino por Canarias.

Su presencia en el Parlamento abarcó muchos años, las dos primeras décadas del S. XX y sus discursos siempre versaron sobre el Archipiélago Canario, por lo que, en 1912, y con motivo de la reforma administrativa de Canarias, tomó activamente parte en los debates, prosperando la mayor parte de sus enmiendas, principalmente, sobre los Arts. 2º, 3º, 8º y 9º; se opuso totalmente a la división de la provincia y contrario al dictamen de la Comisión, apoyando los Cabildos Insulares.

En la administración ocupó los cargos de Director General de Enseñanza Primaria y durante su mandato se crearon más de veinte escuelas en La Palma, siendo el primer Director General de Bellas Artes y organizador de esta Dirección General.

Fue un orador brillante de verbo fácil y sonoro, al estilo de Castelar, y se dio a conocer en las veladas públicas organizadas por la Academia de Jurisprudencia, y en ciertas ocasiones se ocupó de él parte de la prensa de Madrid, como lo fue en su disertación sobre la pena de muerte.

En La Palma se presentó al público por vez primera en 1878 con el tema *El hombre ante el progreso* en una sesión extraordinaria de la Sociedad “La Unión”; también en La Laguna intervino muchas veces en el Ateneo en su época de estudiante.

Como escritor colaboró en varios periódicos de Madrid, al mismo tiempo que trabajaba en la Audiencia al finalizar su carrera. Abarcó todos los géneros y estilos y fue editado en prosa *50 Académicos* (semblanzas) en 1887, sintiendo especial predilección por la poesía, interviniendo en múltiples ocasiones en los certámenes literarios organizados por la ya mencionada sociedad “La Unión”, publicando un poemario titulado *Enseñanzas y desengaños*, 1879; también practicó la pintura, paisajes sobre todo.

Merced a su gestión oficial no se cerraron las Escuelas de Artes y Oficios de Santa Cruz de La Palma y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Los Llanos de Aridane; intervino para que continuara la carretera general

del sur; en que se erigiera el faro de Fuencaliente; el remate de la carretera del Norte; y los problemas del tabaco.

Fue Académico de número de la Real de San Fernando y de mérito de la de Legislación y Jurisprudencia; se le distinguió con la Gran Cruz de Villaviciosa, la de caballero de la Orden de Carlos III y de Isabel la Católica.

Se le dio su nombre a una calle donde estaba ubicada la casa donde nació en Santa Cruz de La Palma y otra en Los Llanos de Aridane, en reconocimiento por haber obtenido la creación del Partido Judicial y categoría de Ciudad, reconociéndose hijo predilecto de La Palma en 1912 por acuerdo unánime de los Ayuntamientos principales.

Falleció en Madrid el 8 de Mayo de 1929.

FRANCISCO ACIEGO DE MENDOZA DE LAS CASAS.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 2 de Abril de 1851, hijo de Manuel Mendoza Morales y de Antonia de Las Casas Lorenzo.

Licenciado en Jurisprudencia, perteneció como su padre al Partido Conservador y fue Diputado a Cortes por La Palma en 1884. Falleció en Santa Cruz de Tenerife.

JOSÉ BOSIO CORRAL.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 22 de Abril de 1816, hijo de José Bosio Forneris, soldado del ejército francés hecho prisionero y confinado en La Palma, natural de Birle, en el Piamonte, y de María Pérez Corral.

Licenciado en Jurisprudencia, formó parte del Claustro de profesores del Colegio de Segunda Enseñanza “Santa Catalina” de dicha Ciudad al ser inaugurado en 1868; desempeñó la Cátedra de Geografía e Historia Universal y de España.

Tuvo inquietudes literarias publicando *Compendio de un discurso compuesto en el año de mil ochocientos setenta y uno sobre la vida de San Pedro González Telmo* (Santa Cruz de La Palma, 1871). Como poeta se le conoce el poema titulado *El Venerable Sr. Manuel Díaz*, y *Versos que se fijaron en la Iglesia Matriz de El Salvador, Ciudad de La Palma, con ocasión y motivo de solemne función religiosa, ofrecida a la Virgen de Las Nieves para que nos libertara del cruel cólera-morbo que afligió a la Gran Canaria en 1851*, conservándose esta última en la “Biblioteca Cervantes” de su ciudad natal.

Ejerció como Abogado en Santa Cruz de La Palma hasta que marchó a Cuba el 5 de Enero de 1876.

VÍCTOR CAMACHO LORENZO.— Nació en Los Llanos de Aridane el 22 de octubre de 1834, hijo de Victoriano Camacho Rodríguez, Subteniente de Milicias y Teniente Castellano de la fortaleza de Tazacorte, y de María Ana Lorenzo Wangüemert.

Se doctoró en Teología, Filosofía y Letras y Derecho Civil y Canónico; recibió las órdenes menores en la isla de la Madera y el presbiterado en Lisboa el 9 de Abril de 1859.

Fue rector de la iglesia de San Agustín y Capellán de la Concepción de La Laguna, Coadjutor de la Parroquia del Puerto de la Luz, y capellán y Misionero de la Esperanza. En Madrid lo fue del Convento de las Salesas, de la iglesia del Espíritu Santo e Italianos, y del Colegio de Loreto y Leganés, de la Parroquia de San Ginés, del Convento de Jesús y de la iglesia de San Ignacio.

Como profesor estuvo al frente del rectorado del Colegio interino del Instituto provincial de La Laguna desempeñando las Cátedras de Griego, Latín, Castellano, Retórica y Poética, Religión y Moral, Francés, Matemáticas, Fisiología e Higiene, Historia Universal y de España, Psicología, Lógica y Filosofía en los Colegios de primera clase de Santo Tomás de Aquino, de Nuestra Señora de los Remedios y de San José en Madrid, figurando en este último en el Claustro junto a Salmerón, dando clases también en la Universidad Central.

Asimismo en Madrid, en 1867, abrió el colegio denominado “Nuestra Señora del Carmen”, en el que se impartía la primera y segunda enseñanza y se preparaban para todas las carreras.

En varios cursos formó tribunal como Juez de Exámenes en los Institutos de San Isidro y del Cardenal Cisneros de aquella Villa, y en 1870 se presentó simultáneamente a las oposiciones de tres cátedras creadas en la Universidad para la carrera de la Administración Civil de Filipinas.

Fue corresponsal en Madrid de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de La Palma y Diputado de su permanente, dejando escritas algunas obras, colaborando oficialmente en periódicos científicos, literarios e industriales.

Se colegió como Abogado en el Ilustre Colegio de aquella Villa, donde fue académico-profesor de la Real Jurisprudencia y Legislación Matritense.

Prestó notables servicios durante una epidemia de fiebre amarilla que hubo en Tenerife y lo mismo en Madrid con motivo del cólera que padeció en 1865, fundando por ese motivo una sociedad benéfica que denominó “Amigos del Amor y del Bien del Próximo”.

Aficionado a la música, practicó en su niñez el violín y fue profesor de una orquesta de aficionados que hubo en su Ciudad natal, nombrado Socio de Mérito de la Academia de Música que se estableció en el Casino de La Palma.

En la legislatura de 1876, los Senadores y Diputados a Cortes por Canarias, en unión de otros partidos políticos, le recomendaron al Ministro de Gracia para ocupar la sede episcopal de la Diócesis de Tenerife, pero la caída del Gobierno impidió que se realizara ese nombramiento muriendo en Madrid.

**BENIGNO CAPOTE GUTIÉRREZ.**— Nació en El Paso el 7 de Octubre de 1851, hijo de Pedro Capote García y de Antonia Gutiérrez.

Se licenció en Derecho por la Universidad de Sevilla, y Doctor en Filosofía y Letras por la Universidad Central. Se trasladó a Cuba en 1877, fijando su residencia en San Antonio de los Baños, donde abrió bufete y ejerció libremente la abogacía y más tarde obtuvo por oposición la plaza de notario de la Villa de Alfonso XII.

Valedor de los intereses palmeros en aquel País, se preocupó siempre en conseguir entre la colonia isleña los medios económicos necesarios para hacer realidad los proyectos de mejora de su localidad natal.

Uno de ellos, fue la construcción de la nueva iglesia parroquial de Nuestra Señora de Bonanza, en El Paso, que se comenzó gracias a su iniciativa, pero quedó inacabada por haber ocurrido su fallecimiento. Falleció en la Villa de Alfonso XII el 9 de Julio de 1895.

**VICENTE CLAVIJO Y PLO.**— Hijo de Salvador Clavijo y Miranda, Teniente de Fragata de la Armada Nacional, natural de Tegui (Lanzarote), y de María de la Cruz Plo Martínez, casados en El Ferrol.

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna, fue Diputado a Cortes por La Palma. Militante del Partido Conservador y amigo personal de Romero Robledo, Ministro de la Gobernación, desempeñó los cargos de Consejero provincial en 1867 y de Gobernador Civil de Canarias desde el 13 de Enero de 1875 al 7 de Diciembre de 1879.

Fue distinguido con la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica en 1876, falleciendo en Santa Cruz de Tenerife a los 79 años el 15 de Mayo de 1889.

**VÍCTOR FERNÁNDEZ FERRAZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 12 de abril de 1846, hijo de José María Fernández Díaz y de María del Rosario Ferraz, fue profesor de Geografía e Historia en Cuba, donde se destacó en la enseñanza y la erudición.

Fue bachiller en Filosofía y Letras por la Universidad Central en 1867, logrando por oposición el premio de grado que consistía en la dispensa de los derechos del título y la concesión de la Medalla de oro con su correspondiente diploma honorífico.

Al año siguiente obtuvo la licenciatura por la misma Universidad, así como el Doctorado en la citada materia de Filosofía y Letras, y en Derecho.

Al regresar a su isla natal, colaboró en el periódico *La Palma*, fue Catedrático del colegio de segunda enseñanza “Santa Catalina” y Presidente de la “Sociedad Instructiva” al fundarse la misma en 1876, falleciendo en Cuba.

**CIRO GONZÁLEZ DE LAS CASAS.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 4 de Abril de 1856, hijo de Severiano González Guerra y de María de los Dolores de las Casas López.

Se licenció en Derecho Civil y Canónico y fue un personaje relevante y muy activo en la vida pública de la Ciudad, donde ejerció con éxito su profesión de Abogado, actuando como Juez municipal, Fiscal municipal, Delegado Fiscal, Registrador de la Propiedad y Juez de 1ª Instancia e Instrucción. Ostentó además la presidencia de las sociedades “La Investigadora” y “Casino-Liceo”; fue director de la Económica de Amigos del País, Venerable Maestro de la logia “Idafe” y en el marco político canario, Diputado provincial, Vicepresidente de la Diputación en Santa Cruz de Tenerife y candidato a Diputado a Cortes, sin resultar elegido.

Su vida ha quedado perpetuada debido al hecho de morir asesinado en el camino de La Dehesa de la Encarnación en Santa Cruz de La Palma el 23 de Septiembre de 1906 a manos de Manuel Ramos Hernández, siendo uno de los casos más comentados a nivel popular, dando lugar a un juicio de enorme expectación de los que se han celebrado en La Palma.

**PABLO GUERRA DÍAZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 27 de Diciembre de 1850, hijo de Pablo Guerra Brito y de Josefa Díaz Martín. Cursó estudios en el colegio de segunda enseñanza “Santa Catalina” de su Ciudad natal y obtuvo el grado de Bachiller en el Instituto de La Laguna en 1870, pasando más tarde a Sevilla donde se hizo Notario, pero que no ejerció.

Fue considerado un escritor correcto y de amplia cultura, dedicándose al periodismo. Sus artículos sobre *Unidad religiosa* publicados en Santa Cruz de La Palma, llamaron la atención en el Archipiélago, así como los titulados *El porvenir de Canarias en África*. También dio a conocer *Compendio analítico*

de la crítica de una razón pura de Kant que fue muy discutido en los medios de intelectuales, comenzando a escribir *Historia de la Isla de La Palma*, que no finalizó por morir prematuramente en La Dehesa de la Encarnación el 23 de Febrero de 1880.

MANUEL LUJÁN ABREU.— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 29 de Mayo de 1853, hijo de Manuel Luján Lecuona, Bachiller en Jurisprudencia y de Juana Abréu Luján. Se licenció en Derecho Civil y Canónico, siendo Asesor de la Marina e Interventor de Puertos Francos de Canarias.

Se destacó en el campo de la política de su Ciudad natal, perteneció al Partido Liberal tradicional y ostentó la jefatura del mismo en La Palma, falleciendo en la misma localidad, el 27 de Agosto de 1931.

JOSÉ ALEJANDRO DE MEDINA Y LORENZO.— Nació en Los Sauces el 3 de Febrero de 1803, hijo de Gregorio José de Medina Acosta, escribano público de La Palma, y de María Isabel Lorenzo de Alcalá.

Se le consideró en su época como uno de los Abogados más reputados del Archipiélago; profundo conocedor del latín, que aprendió con el sacerdote José Gracia Valcárcel y Herrera-Leiva, realizó sus estudios superiores en La Laguna donde gozó fama de humanista destacado. Allí cursó la carrera de Derecho en la Universidad de San Fernando y se graduó de Bachiller en Jurisprudencia el 18 de Agosto de 1835 con unos exámenes efecutados a "cláustro pleno".

Al año siguiente obtuvo la Licenciatura en Derecho Civil, con unos ejercicios llevados a cabo en "pública aula", y el 12 de Marzo de 1837 logró el Doctorado en la materia por la misma Universidad.

Sus disertaciones en todas estas actuaciones las realizó en latín con gran brillantez y una aprobación "nemine discrepante". Atendiendo su preparación intelectual, durante su estancia en aquella Ciudad sustituyó a catedráticos al frente de las clases; impartió Derecho Canónico y también Civil y Romano.

Al regresar a La Palma ejerció libremente la Abogacía y se destacó por sus vastos conocimientos y profunda erudición. En esta isla, fue Promotor Fiscal, Asesor del Gobierno Militar, Director de la Sociedad Económica de Amigos del País y del Colegio de segunda enseñanza "Santa Catalina" y fundador y primer Decano del Ilustre Colegio de Abogados.

Como muchos otros hombres ilustres, dedicaba tiempo para la poesía, escribiendo poemas de carácter jocoso, de una sátira despiadada; y en su época

de estudiante, fue periodista colaborando y siendo cofundador de *El Pigmeo* de La Laguna, que defendía los intereses laguneros en contra de lo que consideraban usurpaciones por parte de Santa Cruz.

Durante este periodo de su vida fue contertulio en las reuniones del Marqués de Villanueva del Prado, y poco después de regresar a La Palma, fundó el Partido progresista y formó parte de la Junta Revolucionaria de La Palma en 1840, pero se retiró de la política por divergencias con sus correligionarios al radicalizarse aquéllos en su doctrina, principalmente en lo que a la Iglesia se refería, y él, en cambio, era creyente (el Obispo de la Diócesis lo nombró mayordomo de la ermita de Nuestra Señora del Socorro en Breña Baja el 16 de Octubre de 1837).

Ingresó, después de un tiempo, en el Partido Moderado ostentando la jefatura con lo que le ocasionó graves problemas con sus compañeros. Fue director del colegio de segunda enseñanza "Santa Catalina" publicando el *Discurso* de apertura el 16 de Septiembre de 1868 y la *Memoria* el año siguiente, 1869. Falleció el 27 de Abril de 1885.

FRANCISCO JAVIER CENTURIÓN HERNÁNDEZ.— Nació en San Andrés y Sauces el 18 de Octubre de 1916, hijo de Francisco Centurión Centurión y de Rosario Hernández Herrera.

Estudiante de la Carrera de Derecho cuando se produjo el alzamiento nacional, muriendo en plena contienda civil el 13 de Junio de 1938. Fue un orador brillante y un poeta de fuerte personalidad, con unas composiciones que reflejaban su sentir apasionado, tales como *Un duro viento de pólvora*, *¡Presente!*, *Voz*, *Nuestro padre José Antonio*, *Cuerda* y *Lluvia y amor del camarada muerto*. Su obra se publicó en *Ardiente voz de guerra* en prosa y verso dejando escrito un *Diario de guerra* inédito.

MANUEL CERVIÁ CABRERA.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 10 de Diciembre de 1904, hijo de Baldomero Cerviá Noguer y de Manuela Cabrera Duque. Doctor en Derecho por la Universidad Central, ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado a los 21 años. Destinado en Tenerife, también desempeñó las Cátedras de Derecho Internacional Público y Privado en 1926 y de Derecho Administrativo hasta diciembre de 1931 en la Universidad de La Laguna.

Pasó a Madrid como Abogado del Estado con destino en la Delegación de Hacienda en 1934 siendo nombrado secretario del Consejo de Administración

del entonces Patrimonio de la República, hoy Patrimonio Nacional. De allí fue destinado a la Dirección General de lo Contencioso del Estado y después sucesivamente, a la Asesoría Jurídica del Instituto de Reforma Agraria, a la Dirección General de Deuda y Clases Pasivas, y por último, a la Dirección General de Seguridad.

Salió de España en plena Guerra Civil a través de Francia en 1937, y a su vuelta se le designó Letrado auxiliar del cuartel del General de Franco en Burgos, 1938, y más tarde se le destinó a la Asesoría Jurídica de la Secretaría General del Movimiento, 1939.

Abogado del Estado, Jefe en la Delegación de Hacienda de Ciudad Real, 1939, cesó al tomar posesión del cargo de Abogado Fiscal del Tribunal Supremo e ingresó en la carrera fiscal como Fiscal de Término en 1941. Fue nombrado Magistrado de la Sala 5ª del Tribunal Supremo con renuncia de la carrera fiscal e ingresó en la judicial, en 1957. Destacó por sus sentencias en materia de personal y expropiación forzosa, sentando doctrina jurisprudencial sobre la desviación de poder. Fue seleccionado y promovido a Presidente de la Sala 3ª de dicho Tribunal en 1967, y a petición propia pasó a Presidente de la Sala 4ª del mismo Tribunal en 1973.

Fue Asesor Jurídico de NO-DO, Jefe de la Asesoría Jurídica para la Ordenación Económico-Social de la Presidencia del Gobierno y secretario general de la Asesoría Jurídica de la Secretaría General del Movimiento.

De 1951 a 1957 desempeñó la Subsecretaría de Información y Turismo, al crearse este Ministerio, y a su labor se debe la construcción del parador de Las Cañadas del Teide, la declaración del Puerto de la Cruz como localidad de interés turístico, y obtuvo el acuerdo para el establecimiento de Radio Nacional de España en Tenerife. Al mismo tiempo fue Procurador en Cortes por libre designación del Jefe del Estado. En 1964 ganó las elecciones para Consejero Nacional y Procurador en Cortes en representación de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, y fue Vicepresidente de la Comisión de Justicia durante dicha legislatura. Fue reelegido en los mismos cargos en las elecciones de 1967 y 1971, desempeñando la Vicepresidencia de la Comisión de Información y Turismo, así como la de la Sección Especial de Contrafueros del Consejo Nacional, 1972 y 1973.

Está en posesión de la Gran Cruz del Mérito Civil, Gran Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Pañafort, medalla de oro del Mérito Turístico, Encomienda de la Orden de Cisneros y Drago de Oro del Hogar Canario de Madrid.

MANUEL HENRÍQUEZ PÉREZ.— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 20 de Agosto de 1923, hijo de Emiliano Henríquez Hernández y de Secundina María Pérez Luis.

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna, colaboró asiduamente en la prensa sobre diversos temas, aunque con una marcada preferencia hacia la música, ya que tiene una larga y prolífera ascendencia musical. Como ensayista dio a conocer su trabajo titulado *Ópera en La Palma*, e impartió varias charlas radiofónicas sobre compositores clásicos. Es autor de una breve biografía de Alejandro Henríquez Brito, y otra sobre Elías Santos Abréu, con la que ganó un concurso literario convocado con motivo de las fiestas lustrales de La Palma y publicada en la *Revista de Historia* de la Universidad de La Laguna.

Aficionado a la poesía han aparecido algunos de sus poemas en una Antología de poetas jóvenes e inéditos publicada en la Península, además de ser letrista de las Danzas de Enanos de los festejos de la Bajada de la Virgen desde 1965.

PEDRO NICANDRO MARTÍN GONZÁLEZ.— Nació en El Paso el 15 de Marzo de 1911, hijo de Pedro Martín Hernández y Castillo y de Petronila González Welmes. Estudió Derecho en la Universidad de Madrid, y por el mismo centro docente se le publicó el discurso que había leído con motivo de la solemne apertura del curso académico de 1932-33 como miembro de la Asociación Profesional de Estudiantes de Derecho (F.U.E.) de la que fue jefe nacional, falleciendo en Madrid el 11 de Marzo de 1937.

JOSÉ PÉREZ VIDAL.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 20 de Octubre de 1907, hijo de Juan Pérez Cabrera y de Leonor Vidal Cabrera.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid y Doctor en Filosofía y Letras, Sección de Geografía e Historia, por la misma Universidad, inició sus actividades como publicista en revistas literarias de Santa Cruz de Tenerife, Madrid y Barcelona. En 1933 fue Delegado del Gobierno de La Palma y cuando preparaba oposiciones en Madrid a Cátedra de Literatura, de Institutos de Bachillerato, sobrevino la guerra civil, durante la que fue profesor del Instituto Escolar Manuel B. Cossío de la Generalitat de Catalunya.

Al terminar la guerra, regresó a Canarias y fue profesor del Instituto de Bachillerato de Santa Cruz de La Palma desde 1940 a 1948. En 1946 y por iniciativa de Sebastián Cabezas, promovió la fundación de la Academia Insular

de Música de La Palma, de la que fue secretario hasta 1948. En este año volvió a Madrid y empezó a colaborar en el Centro de Estudios de Etnología Peninsular y en la *Revista de Tradiciones Populares*.

En 1949 fue nombrado Colaborador eventual del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, donde años después obtuvo en propiedad la plaza de Colaborador, y más tarde la de Investigador. Desde 1954 hasta su jubilación simultaneó sus actividades en el C.S.I.C. con las de Conservador y Secretario del Museo del Pueblo Español, de Madrid. En 1956 fue becado por el Gobierno Francés para una investigación de temas museísticos, y en 1961 lo fue por el Gobierno Portugués para investigaciones filológicas y lingüísticas.

En 1962 fue nombrado miembro de la Comisión Técnica de Etnología del Instituto Central de Restauración y Conservación de Obras y Objetos de Arte, Arqueología y Etnología. Pertenece a la Real Academia Española como correspondiente desde 1947, a la Real Sociedad Geográfica, a la Asociación Española de Etnología y Folklore, a El Museo Canario de Las Palmas, al Instituto de Estudios Canarios de La Laguna en Tenerife, a la Sociedad Arqueológica de Bolivia, a la Sociedad Folklórica de México, a la Sociedad Peruana de Folklore, a la Sociedad de Amigos del Arte Popular de Buenos Aires.

En Mayo de 1984 obtuvo el primer "Premio Canarias" de investigación y ese mismo mes el Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma acordó dar su nombre a una de las calles de la ciudad; es uno de los publicistas más fecundos que ha tenido Canarias; su bibliografía científica, con un centenar amplio de títulos, ha sido organizada por Amada Elsa López Rodríguez, bajo el enunciado "*Bio-bibliografía. José Pérez Vidal*" (Las Palmas, 1983).

De este conjunto destacan las publicaciones aparecidas en forma de libro: *Díaz Pimienta y la construcción naval española en el siglo XVII*, Las Palmas, 1933; *Viento y tormenta de una vocación. Contribución a una biografía de don Valeriano Fernández Ferraz*, Santa Cruz de Tenerife, 1944; *La fiesta de San Juan en Canarias*, La Laguna, 1945; Edición, prólogo y notas de la *Colección de Voces y Frases provinciales de Canarias*, de Sebastián de Lugo, La Laguna, 1946; *Galdós en Canarias*, Madrid, 1952; *Endechas populares en trístrofos monorrimos, siglo XV-XVI*, La Laguna, 1952; *Historia del cultivo del tabaco en España*, Madrid, 1956; *Galdós crítico teatral*, Madrid-Las Palmas, 1956; *Catálogo de la colección de tabaqueras y utensilios de fumador, del Museo del Pueblo Español*, Madrid, 1957; *Catálogo de la colección de cucharas de madera y de astas, del Museo del Pueblo Español*, Madrid, 1958; *Poesía tradicional canaria*,

Las Palmas, 1968; *La cultura de la caña de azúcar en el Levante español*, Madrid, 1973; Canarias en Galdós, Las Palmas, 1979; *Medicina, dulcería en el Libro de Buen Amor*, Madrid, 1981; *El almirante Díaz Pimienta*, Madrid, 1982; *Los estudios del folklóre canario, 1880-1980*, Madrid, 1982; *El arrorró*, Las Palmas, 1983; *La cerámica popular española, Zona Norte, Barcelos, Portugal*, 1983.

En 1983 el Cabildo Insular de La Palma lo nombró Hijo Predilecto de la isla y en imprenta la recopilación ha fallecido en 1990.

HERMENEGILDO RODRÍGUEZ PÉREZ.— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 14 de Agosto de 1913, hijo de Hermenegildo Rodríguez Méndez y de Leonor Pérez y Pérez. Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid, Inspector Técnico Fiscal del Estado, primero en Zaragoza y luego en Madrid, se integró en el Cuerpo de Inspectores Financieros y Tributarios del Estado.

Fue un publicista fecundo con una bibliografía que supera la treintena de artículos de su especialidad, siendo coautor con Narciso Amorós Rica, de los libros: *Contribución general sobre la renta*, Madrid, 1974 y *Contribución sobre la renta*, Madrid, 1955, y autor de *Comentarios a la Ley y Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Madrid, 1979, con cinco ediciones hasta 1982. Durante su estancia en Zaragoza fue miembro de la redacción de la *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, editada en Madrid, y desde su traslado a esta Capital, fue redactor jefe de dicha revista, hasta su jubilación en 1983. En la actualidad es miembro de su Consejo de Redacción.

JULIÁN VIDAL TORRES.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 9 de febrero de 1907, hijo de Juan Vidal Cabrera y de María del Pilar Torres Méndez.

Doctor en Derecho y Licenciado en Filosofía y Letras, rama de Historia de América, por la Universidad de Madrid, fue profesor del Liceo Francés y del Instituto “Calderón de la Barca” de dicha Capital, y del Instituto “Calderón de la Barca” de dicha Capital, y del Instituto de Ciudad Real.

Fue una persona de confianza de Antonio Lara Zárate y durante la Segunda República Española, jefe de su secretaría en las ocasiones que aquél estuvo al frente de los Ministerios de Hacienda y Justicia, que simultaneó con el cargo de Vicesecretario General de la Junta de Menores y de Secretario General Honorífico del Colegio de Huérfanos de la República; al mismo tiempo opositó al Cuerpo Jurídico Militar, y tuvo el cargo de delegado del Gobierno en Gudadalajara.

Procesado y condenado en Consejo de Guerra, solicitó traslado a la cárcel

de Santa Cruz de La Palma, para estar cerca de sus padres, y falleció en esta Ciudad, el 5 de Julio de 1942.

Fue un poeta de lírica inspirada y desgarrada en sus últimos tiempos, dominando una oratoria brillante. Aparte de las composiciones de sus primeros años, que las destruyó personalmente, dejó terminados tres libros de poemas que se han conservado inéditos: *Primeros cuadernos*, que dedicó a sus padres, y que corresponde a los años 1927-1934, con marcada influencia de García Lorca y Alberti; *Tiempos de guerra*, dedicado a su hermano que abarca los años de la Guerra Civil, 1936-1939; y *Cuatro paredes* que ofreció a su esposa escrito en la cárcel provisional de la calle Torrijos en Madrid y en Santa Cruz de La Palma, años 1939-1942.

FERNANDO DEL CASTILLO-OLIVARES Y VAN DE WALLE.— Nació en Las Palmas de Gran Canaria, el 19 de Abril de 1900, hijo de José del Castillo-Olivares y Fierro y de Josefa Van de Walle y Fierro.

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna, desempeñó los cargos de Presidente del Cabildo Insular de La Palma entre 1948 y 1949; Delegado del Gobierno en dicha isla entre 1948 y 1955, y Vicepresidente de la Mancomunidad Provincial Interinsular, en Santa Cruz de Tenerife.

Durante el tiempo que desempeñó una concejalía en el Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane, ciudad donde se le honró con el título de Hijo Adoptivo y en la que tiene dedicada una glorieta, salió elegido Procurador en Cortes en representación de los Municipios de la provincia.

Se le concedió la Cruz de Primera Clase de la Orden Civil de Beneficencia y la Medalla de la Campaña, y se le distinguió con el nombramiento de Hijo Adoptivo y Medalla de Oro de la Isla de La Palma, falleciendo en Las Palmas de Gran Canaria, el 13 de Enero de 1976.

ALEJANDRO ACENK GALVÁN GONZÁLEZ.— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 26 de Febrero de 1917, hijo de Basilio Galván Lorenzo y de Marina González Ramos.

Obtuvo la licenciatura en Derecho por la Universidad de La Laguna en 1947; pero anteriormente había obtenido el título de Maestro Nacional por la Escuela Normal de Magisterio en la misma ciudad, ejerciendo su carrera en Las Manchas, San Pedro en Breña Alta y Santa Cruz de La Palma.

Ejerció libremente su profesión de Abogado en La Palma, desde el 15 de Enero de 1948, donde ocupó el Decanato del Colegio de Abogados. Fue Con-

sejero Insular por nombramiento del Gobernador Civil Luis Rosón Pérez en 1950, Concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma por libre designación en 1948, Vicepresidente del Cabildo Insular de La Palma, Consejero de Educación en el primer Gobierno de la Junta de Canarias y Secretario del Consejo de Administración Territorial en el segundo Gobierno de dicha Junta.

Fue Senador por La Palma en dos legislaturas, en las Elecciones Generales de 1977 y 1979 como candidato del partido político Unión de Centro Democrático. Durante su actuación en el Senado perteneció a las comisiones de Incompatibilidades, Derechos Humanos, Trabajo, Justicia y Constitucional. Presentó enmiendas que posteriormente defendió en proyectos de ley que afectaron al Código Civil y al Código Penal, e intervino en la elaboración de la Constitución, del Estatuto de Autonomía para Canarias, de la LOTRACA, y de la LOFCA.

En la Constitución se debe a su labor personal la particularidad de que la isla del Hierro sea circunscripción electoral para elegir su propio senador independiente de La Gomera y la referencia al Régimen Económico y Fiscal de las Islas Canarias; en el Estatuto de Autonomía fue ponente en todo momento de su estudio y redacción, artífice de la parte política del texto y el encargado de su defensa ante el Senado; en la LOTRACA también fue ponente y redactor de su proyecto; y en la LOFCA presentó importantes enmiendas de especial interés para el Archipiélago. Falleció en Pamplona el 30 de Enero de 1990.

EUGENIO ANTONIO HERRERA MARTÍN.— Nació en San Andrés y Sauces el 5 de Enero de 1917, hijo de Eugenio Herrera Pérez y de María Luisa Martín Hernández.

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna y en Ciencias Políticas por la Universidad de Madrid, alcanzó el grado de Teniente en la Guerra Civil Española, distinguido con la Cruz Roja del Mérito Militar, Cruz de Guerra y Medalla de la Campaña.

Ha sido Fiscal de la Audiencia Territorial de Sevilla y del Tribunal de Orden Público, Gobernador Civil de Córdoba en 1977 y Abogado Fiscal del Tribunal Supremo. Falleciendo en Madrid, en 1989.

FAUSTINO MÉNDEZ CABEZOLA.— Nació en Santa Cruz de La Palma el 16 de Febrero de 1836, hijo de Andrea Méndez Martín y de Juana Cabezoza Pérez.

Fue una de las figuras más preclaras de la vida pública de La Palma en

la segunda mitad del siglo XIX. Se le consideró a lo largo de su existencia como propagador constante de la democracia liberal y republicano convencido, catedrático modelo, jurisconsulto distinguido, escritor notable, literato profundo y periodista incansable.

Merced a su gestión logró La Palma la traída de la primera imprenta y promoción del primer periódico; la reorganización de la Sociedad Económica de Amigos del País a la que dio nuevos rumbos; la creación del asilo de mendigos; la fundación del colegio de segunda enseñanza “Santa Catalina”; la organización de la Exposición Palmense entre 1876 y 1877; y la obtención del título de Villa para Los Llanos de Aridane por decreto de mayo de 1868.

Realizó sus estudios en el Instituto de La Laguna y en el Colegio de San Agustín de Las Palmas de Gran Canaria, graduándose Bachiller en Filosofía y Letras, por la Universidad de Madrid en 1864. El 27 de Octubre de 1867 recibió la investidura de Licenciado en Derecho, Sección de Derecho Administrativo por la misma Universidad, apadrinado por Segismundo Moret y Prendergast, catedrático de aquella Facultad; la de Filosofía y Letras también por la Universidad de Madrid en el año siguiente, apadrinado por el Catedrático Francisco Fernández González.

Con una inquietud cultural poco común por su juventud, concibió la idea de publicar un periódico en Santa Cruz de La Palma, por lo que gestionó la adquisición de una imprenta sin que consiguiera su deseo.

En 1860 encontró apoyo para su proyecto y con la ayuda de palmeros afincados en América hizo realidad su idea, llegando la imprenta a La Palma, procedente de Inglaterra el 25 de Febrero de 1863, y *El Time* fue publicado por primera vez el 12 de Julio siguiente.

Aficionado a la poesía, en su juventud, publicó algunos de sus poemas en *El Eco del Comerico*, de Santa Cruz de Tenerife; a los 19 años ya era autor de un ensayo dramático titulado *Emilia o el amor les reparó sus padres*, al que siguieron novelas como *Fray Agustín*, la elegía *Un diálogo con mi madre* en 1867, y un ensayo sobre una cuestión trascendental *La vida privada*, (Madrid, 1870), mereciendo los elogios del publicista francés Eduardo Laboulaye.

Su fama quedó acreditada en el campo de las letras publicando en las columnas de los periódicos en los que colaboró, tanto en la Península como en el Archipiélago, y aunque trató los más variados temas, se le puede considerar un especialista del periodismo político.

Publicó en *La Discusión*, destacando por los enfrentamientos que sostuvo con los ministerios de Narváez y O'Donnell; *Las Cortes*; *La Atlántida* y *El Ángel del Hogar*, de Madrid; *La Idea*, de Granada; *El País*, de Valencia; *El Océano*, de Lisboa; *La Revista de Canarias* y *El Museo Canario* en el Archipiélago y *El Noticiero*, *La Palma*, *El Time*, en el que publicó leyendas, anécdotas y novelas bajo el enunciado Ratos de Ocio, del que ostentó su dirección por corto tiempo, y *La Asociación* que fue de su fundación y el primer periódico político que vio la luz en su ciudad natal el 2 de Mayo de 1879.

En 1865, y con motivo de una estancia en La Palma, comenzó a publicar una serie de artículos bajo el título *El colegio en La Palma*, con el objeto de mentalizar a sus conciudadanos sobre la necesidad de crearse en Santa Cruz de La Palma un colegio de segunda enseñanza; al mismo tiempo tomó la decisión de reorganizar la Económica de Amigos del País, que se hallaba inactiva. Logrando su objetivo el 26 de Noviembre de 1865 al quedar restablecidas sus funciones y como secretario de la misma, publicó *Primera época de la Sociedad Económica de Amigos del País de la Ciudad de Santa Cruz de La Palma en Canarias, 1865*, recopilando documentos extractados de las actas de la asociación; y al año siguiente propuso en forma a la citada sociedad el proyecto de creación de colegio que fue aprobado, lográndose definitivamente el 2 de Septiembre de 1867, mediante escrito dirigido por el Ministro de Fomento al Rector de la Universidad de Sevilla. El Colegio tomó el nombre de "Santa Catalina" por haber tenido lugar la reunión sobre este asunto en la ermita que en honor de esta Santa existía en La Palma, lográndose su apertura el 15 de Septiembre de 1868.

En 1864 había renunciado el ofrecimiento de una cátedra en Rioseco (Valladolid) pues su vida transcurría entre La Palma y Madrid, aunque posteriormente fue profesor en el Instituto de Canarias en La Laguna en el Colegio Santa Isabel de la citada Villa; en la Universidad de Oñate desempeñando la Cátedra de Literatura Griega y Latina; en el Instituto de Guipúzcoa al frente de las clases de Historia de España y Universal, y en el colegio de "Santa Catalina" de Santa Cruz de La Palma.

Durante la Primera República, fue Gobernador Civil de Logroño, en 1873 y estuvo propuesto para el mismo cargo para Sevilla quedando sin efecto por la caída de Pi y Margall. En los últimos años de su vida en Santa Cruz de La Palma ejerció libremente su profesión de Abogado, coincidiendo con el centenario de la fundación de la Económica de Amigos del País, auspició la organización de la Exposición Palmense de Bellas Artes, Agricultura e Industria.

Fue admitido en la Sociedad Geográfica en 1876, en la Academia de Jurisprudencia y en la Sociedad de Escritores y Artistas de Madrid, fue Socio de las Económicas de dicha Capital; de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas, corresponsal de Béjar y de Mérito de Santa Cruz de La Palma, falleciendo el 13 de Mayo de 1880.

Pi y Margall lo consideró una esperanza para el Partido Republicano y que con su muerte se perdió uno de los hombres más útiles.

**EZEQUIEL PERDIGÓN BENÍTEZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma el 22 de octubre de 1922, hijo de Miguel Perdigón Méndez y de María Dolores Benítez Rodríguez.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid en 1949, ingresó por oposición en el Cuerpo Técnico del Ministerio de Trabajo en 1952 y en el Cuerpo de Secretarios de Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana en 1955.

Ha desempeñado la dirección del Gabinete de Relaciones Públicas del Ministerio de Trabajo en 1971, y la Jefatura del Servicio de Ordenación Administrativa de dicho Ministerio en 1972. Es miembro del Instituto de Estudios Colombinos de la isla de la Gomera. Procurador Honorario de los Tribunales de Madrid, Académico correspondiente de la Real Jurisprudencia y Legislación, miembro de Honor del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Madrid, Ávila, Guadalajara y Segovia y Académico correspondiente de la Mallorquina de Estudios Genealógicos. Ha tomado parte en numerosos congresos internacionales y está en posesión de numerosas condecoraciones españolas y extranjeras.

Aficionado a la música ha sido autor de numerosas canciones que han sido grabadas en cassettes y algunas han alcanzado popularidad, como la titulada *Isla mía*, residiendo actualmente en Madrid.

**ESTEBAN PÉREZ GONZÁLEZ.**— Nació en Santa Cruz de La Palma, el 30 de Junio de 1920, hijo de Juan Pérez Díaz y de María del Rosario González Pérez.

Se licenció en Derecho por la Universidad Central, ejerciendo libremente su profesión en La Palma y Madrid. Desempeñó los cargos de Jefe Insular de Falange Española T. y de las J.O.N.S.; Delegado del Gobierno en los años 1926-1930, y 1938-1941; Vicepresidente de la Mancomunidad Provincial Interinsular en Santa Cruz de Tenerife; Director General de Jurisdicción en el Ministerio de Trabajo en 1941; Subsecretario del mismo Ministerio; y Procurador en Cortes por libre designación del Jefe del Estado en 1943.

Fue distinguido con la Encomienda con Placa de la Orden de Cisneros, la Medalla de Oro al Mérito Agrícola, y las de la Ciudad e Isla de La Palma, fue Comendador con Placa de la Orden de Isabel la Católica, y de Número de la Orden al Mérito Agrícola; Socio de Mérito de la Económica Matritense de Amigos del País, Hijo Predilecto de Santa Cruz de La Palma e Isla de La Palma, e Hijo Adoptivo de varias localidades. Falleció en Madrid el 4 de Febrero de 1978.

JOSÉ JAVIER PÉREZ RODRÍGUEZ.— Nació en Los Llanos de Aridane el 15 de octubre de 1938, hijo de Manuel Pérez Paz y de Dolores Rodríguez Fernández.

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna y Maestro Nacional por la Escuela Normal de la misma localidad, se estableció en Lima en 1964, revalidando allí los títulos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la más antigua de América continental, y en la Pontificia Universidad Católica del Perú, además de seguir estudios de postgrado en Humanidades, Arte y Turismo.

Sin embargo su actividad profesional ha estado orientada principalmente a la educación, alternando la docencia con las funciones de secretario general y miembro del Consejo Superior Académico de las Escuelas Superiores de Relaciones Públicas y Turismo; Posteriormente impartió clases en la Universidad del Pacífico y en la Escuela Nacional de Turismo, donde desempeñó la dirección.

Salió elegido Decano de la Facultad de Administración y Contabilidad de la Universidad del Pacífico en 1987, y Vicerrector de la misma Universidad en 1989, el más alto puesto académico docente que puede alcanzar un extranjero en aquel País; es Profesor en el Departamento de Humanidades en el mencionado centro y en la Escuela de Arte de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima.

Sus colaboraciones en diversos diarios y revistas han hecho que fuera elegido Vicepresidente de la Asociación de la Prensa Turística del Perú, 1971-1973 y Presidente de la misma en 1974. Ha participado en numerosos simposios relacionados con el turismo, tanto en dicho País como en Buenos Aires, Caracas, La Habana, Quito, Panamá y Madrid. Está en posesión de la Medalla de Oro de la Escuela Nacional de Turismo del Perú y de la Medalla al Mérito Turístico de la Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo. En la actualidad reside en Lima.

GREGORIO RODRÍGUEZ MARTÍN.— Nació en Tazacorte el 25 de diciembre de 1915, hijo de Antonio Rodríguez Sánchez y de Angelina Martín Pérez. Estudió la carrera de Derecho y obtuvo la licenciatura en la Universidad de La Laguna y ha desempeñado el libre ejercicio de su profesión en Los Llanos de Aridane.

En el terreno literario ha publicado un folleto en prosa titulado *Agonía del Amor* y el poemario *Mar íntimo* en 1947. Reside en la actualidad en Los Llanos de Aridane.

MANUEL FERMÍN SOSA TAÑO.— Nació en El Paso el 13 de Enero de 1896, hijo de Fermín Sosa Pino, alcalde en dos ocasiones de dicha localidad y Juez Municipal, y de Guadalupe Taño Pérez.

Licenciado en Derecho y Maestro Nacional se le consideró uno de los elementos más destacados dentro del magisterio primario de Canarias, y le fue concedido un voto de gracia por su actuación docente en 1917.

Estuvo vinculado al partido Conservador del que llegó a ser uno de sus miembros más valiosos y dinámicos y al fundarse la Unión de Derechas de La Palma pasó a pertenecer a su comité. Como periodista de hondos conceptos y clara expresión, batalló en defensa de sus ideales y de los intereses de La Palma.

Estuvo al frente de la Alcaldía de El Paso desde el 2 de enero de 1928 al 10 de mayo de 1930 donde realizó una labor encomiable en obras públicas, sanidad y cultura. Falleció en Santa Cruz de La Palma el 10 de Marzo de 1934. Fue Caballero de la Orden del Mérito Civil en 1930.

#### BIBLIOGRAFÍA

*FASTOS BIOGRÁFICOS DE LA PALMA*, Jaime Pérez García, Servicios de Publicaciones de la Caja General de Ahorros de Canarias, Núm. 90, Historia. Edt. Confederación Española de Cajas de Ahorro, Registro de Empresas Editoriales Núm. 936 del Ministerio de Cultura, 1985.

*FASTOS BIOGRÁFICOS DE LA PALMA II*, Jaime Pérez García, Servicio de Publicaciones de la Caja General de Ahorros de Canarias, Núm. 142, Historia 11, Edt. Confederación Española de Cajas de Ahorro Registro de Empresas Editoriales Núm. 936, del Ministerio de Cultura, 1990.