

Cuadernos **de la** **Facultad de Derecho**

1-1982



Universidad de Palma de Mallorca

DIRECTOR

Gregorio Delgado del Río

CONSEJO DE DIRECCION

Javier Boix Reig
Manuel García Fernández
Juan Ramallo Massanet

CONSEJO DE REDACCION

Francisco Astarloa Villena
Manuel Atienza
José María Bricall Masip
Bartolomé Colom Pastor
Miguel A. Fernández López
Román Piña Homs
Pablo Salvador Coderch
Francisco Samper Polo
Jaime Zurita y Saénz de Navarrete

SECRETARIO

Miguel Dolz Roca

Correspondencia:

Facultad de Derecho.
Universidad de Palma de Mallorca
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 550 pts.
Por suscripción. Número 400 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

1-1982



Universidad de Palma de Mallorca

Las opiniones expuestas en los diferentes trabajos son de la exclusiva
responsabilidad de sus autores.

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

Jorvich, S.L. - Industria Gráfica
Francisc de Borja Moll, 22 - Palma.

SUMARIO

	Págs.
PRESENTACION	7
ESTUDIOS	
Manuel Atienza <i>Marx y los derechos humanos</i>	13
Javier Boix Reig <i>Las prácticas restrictivas de la competencia en el Proyecto de Código penal de 1980</i>	35
Gregorio Delgado del Rio <i>Libertad interna y consentimiento matrimonial</i>	51
Gabriel Garcias Planas <i>Consideraciones en torno al agente provocador</i>	81
Miguel Masot Miquel <i>La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho civil de Mallorca</i>	91
Juan Ramallo Massanet <i>El control de la Hacienda no estatal por el Tribunal de cuentas</i>	119
Francisco Samper Polo <i>Los bona paterna y la fecha de las interpretaciones</i>	139
Jaime Zurita y Saénz de Navarrete <i>La exclusión de la cotización oficial: primeras impresiones sobre su nuevo régimen</i>	147

NOTAS

	Págs.
Eduardo Calderón Susín <i>El artículo 10º de la Ley 39 1981</i>	171
Miguel Dols Roca <i>El delito fiscal en el Proyecto de Código penal de 1980</i>	179
Vicente Ortega Llorca <i>El Juez de vigilancia</i>	191
Ladislao Roig Bustos <i>Las formas y la impugnabilidad de las resoluciones del Juez de vigilancia</i>	199
Manuel García Fernández <i>Notas sobre la seguridad social del clero</i>	209

BIBLIOGRAFIA

Josep M ^a . Quintana, <i>Las autonomias y el título VIII de la Constitución</i> (Félix Pons)	223
Gregorio Delgado del Rio, <i>Los obispos auxiliares</i> (Antonio Pérez Ramos)	225
Miguel Polaino Navarrete, <i>La voluntariedad de las acciones punibles</i> (Eduardo Calderón)	226
RELACION DE LIBROS RECIBIDOS	228

PRESENTACION

Son muchos y de muy diversa naturaleza los vehículos que pueden utilizarse con el fin de poner en contacto a la institución que hace de la enseñanza e investigación de un determinado sector del saber, al más alto nivel, su fin principal con el conjunto de intereses colectivos de una comunidad que, de un modo u otro, aplican aquel saber.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, al filo de los cuatro años de su creación, abre ahora un nuevo camino, con la citada intención, mediante la presencia de este primer número de sus "CUADERNOS". Desde los comienzos de la Facultad estuvo presente en un grupo de personas la idea de crear una publicación jurídica. Si la gestación intencional ha sido larga, su puesta en práctica ha sido relativamente rápida desde el momento en que —como sucede con frecuencia— factores materiales y, sobre todo, personales se han puesto decididamente al servicio de la idea para su ejecución. Hay que felicitar y agradecer, pues, al Profesor Dr. Don Gregorio Delgado del Río —Catedrático de esta Facultad y Director de la publicación— su afán y desvelo por impulsar la idea y aglutinar a un equipo de trabajo que la lleve adelante.

Parece oportuno también en esta ocasión, y no por seguir simplemente una norma de cortesía, justificar ante los lectores la aparición de esta nueva publicación jurídica, exponiendo sus intenciones y describiendo, en breves trazos, su finalidad.

Es frecuente fundamentar la aparición de una nueva publicación periódica bien en razones objetivas, es decir por el tema y la especialización a que se va a dedicar, bien en razones subjetivas, es decir por quienes la hacen y quienes van a ser sus destinatarios. La que hoy tengo el honor y satisfacción de presentar no encaja exactamente en ninguno de los dos tipos descritos. Se trata, más bien, de una publicación en la que se van a conjugar criterios objetivos y subjetivos, de una publicación "carrefour" que se comportará como lugar de encuentro de personas y de temas.

Por un lado, lugar de encuentro de personas, tanto del ámbito universitario como de otras profesiones jurídicas, tanto de aquí como de fuera. Tenemos la convicción de que el enriquecimiento de la cultura jurídica si bien exige, en primer lugar, un afán de elaboración científica, ese afán no es, en principio, exclusivo de grupo alguno; si bien exige, también, la validez general de los estudios teóricos, tampoco es patrimonio exclusivo de los juristas de un territorio; si bien requiere, por último, una pretensión doctrinal, ella no se encuentra unilateralmente ni en los viejos juristas experimentados ya en muchas lides ni en brillantes ideas mantenidas con impetu y arrojo juvenil. Así pues, a unos y a otros ofrecemos estas páginas.

Por lo que se refiere a los temas, sabido es que la división que se ha ido produciendo en el mundo del Derecho a lo largo del tiempo —y a una mayor velocidad en el presente siglo— se debe a la necesidad que el Derecho ha tenido de ir dando respuestas a las nuevas realidades sociales. La zonificación del Derecho (en disciplinas, asignaturas, partes o ramas) tiene, por lo tanto, una razón fundamentalmente didáctica, una razón de utilidad práctica que facilite y profundice el conocimiento jurídico pero que, en ningún caso, debe ser incompatible con el aforismo "de uno universo iure", o, dicho en términos de Ciencia del Derecho, las especializaciones jurídicas no sólo no deben ser incompatibles con la construcción de una Teoría General del Derecho sino que deben provocarla.

Es de suma importancia tener presente lo anterior, a modo de común denominador, por cuanto en "CUADERNOS" es intención que aparezcan temas referentes a distintas zonas del Derecho, en un sentido tanto vertical como horizontal. Me refiero a que, desde el primer punto de vista, se estudiarán problemas que tomen como base de partida el ordenamiento jurídico estatal, español o extranjero, o el nuevo ordenamiento jurídico autonómico (en particular el nuevo Derecho balear que va a unirse a nuestro tradicional Derecho civil especial), bien sea refiriéndose a las normas escritas —desde la

Constitución a una circular administrativa— bien a las decisiones jurisprudenciales de los distintos Tribunales en sus diversas instancias. Desde el segundo punto de vista, se tratarán los problemas jurídicos con independencia de que estén configurados o no, específicamente, como asignaturas en el Plan de Estudios de la Facultad.

Las recientes y reiteradas variaciones e innovaciones jurídicas que se están produciendo en nuestro país, y teniendo muy presente, repito, el nuevo Derecho de la Comunidad Autónoma Balear y la aplicación en nuestras Islas del Derecho estatal general, obligan a que se proyecte, con rigor y método, la herramienta jurídica sobre ellas. Y es esa precisa técnica jurídica la que la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca quiere poner al servicio —junto con los otros esfuerzos que en el mismo orden de ideas conducen su actividad— de las personas ocupadas profesionalmente y preocupadas científicamente por el Derecho.

Juan Ramallo
Decano de la Facultad

ESTUDIOS



MARX Y LOS DERECHOS HUMANOS

MANUEL ATIENZA
Prof. de Filosofía del Derecho

SUMARIO: 1 Introducción. 2. Derechos humanos y alienación del hombre. 3. Los derechos humanos, entre la ética y la política. 4. Los derechos humanos en la sociedad capitalista. 5. Conclusión

1. INTRODUCCION

Si se entiende por ideología un conjunto de ideas con capacidad para influir en las conductas de los hombres, entonces los derechos humanos y el marxismo son dos de las mas importantes ideologías de nuestro tiempo. Pero las relaciones entre ambas son considerablemente problematicas, lo que se debe, en parte, a la obscuridad de ambos conceptos, en especial el de marxismo.

En efecto, existen interpretaciones muy diversas de los derechos humanos y hoy incluso podría hablarse de una cierta pérdida de sentido del concepto desde el momento en que todas las ideologías parecen estar de acuerdo en que los derechos humanos constituyen el contenido fundamental de la idea de justicia. Pero, por lo demás, se puede dar una idea razonablemente clara de lo que son los derechos

humanos. Bastaría con remitir (a la manera de una definición ostensiva) a la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, a las Declaraciones de Derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución francesa de 1789 y 1793 o a la Declaración de la ONU de 1948. Incluso cabe decir que esta última Declaración, con sus desarrollos posteriores, ha configurado un conjunto normativo (aunque sea difícil de considerar como normatividad jurídica) que concita un consenso (la sinceridad no importa a estos efectos) prácticamente universal.

Respecto al marxismo, sin embargo, la situación es bastante menos clara. Si intentáramos dar una definición ostensiva del mismo, nos encontraríamos, sin duda, con dificultades mucho mayores. Por ejemplo, podría quizás lograrse acuerdo en que la ideología marxista (en un sentido mas bien no-marxista de ideología) es la contenida en los textos de Marx, ¿pero también en los de Engels, Lenin, Luxemburg, Kautsky, Gramsci, Mao, etc.? E incluso cabría preguntarse si el marxismo queda definido por toda la obra de Marx o mas bien habría que ir a buscarlo al "joven Marx", al "Marx maduro", etc. Concretamente, y por lo que se refiere a la cuestión de los derechos humanos, es posible distinguir, al menos, dos líneas de pensamiento "marxista" que podrían ejemplificarse con la famosa polémica entre Kautsky y Lenin al final de la segunda Internacional (1)

Kautsky, siguiendo una línea interpretativa que puede remontarse a los últimos escritos de Engels y que luego caracterizará a lo que suele denominarse humanismo socialista o socialismo democrático, defendió el carácter irrenunciable, aunque susceptible de profundización, de los derechos humanos del liberalismo y en especial el valor de la democracia y del derecho de sufragio. Lenin, y tras él el pensamiento jurídico soviético, enfatizó, por el contrario, los aspectos críticos de Marx respecto a los derechos humanos (y, en general, respecto al Derecho y el Estado). Para Lenin, en la fase de transición al socialismo, en la dictadura del proletariado, no cabría hablar de derechos humanos, al menos en cuanto "derechos de todos los hombres": los explotadores burgueses no podían tener los mismos derechos que la clase proletaria que partía de una situación de inferioridad económica, cultural, técnica, etc. Y en la segunda fase, en

(1) Sobre la polémica Kautsky-Lenin, vease el libro publicado por Grijalbo (México, 1975) con introducción de F. Claudin y que recoge *La dictadura del proletariado* de Kautsky, y *La revolución proletaria y el renegado Kautsky* de Lenin, escritos ambos en 1918.

la sociedad plenamente socialista, los derechos humanos dejarían también de tener sentido, pues la consecución de la libertad y de la igualdad reales significaba también la desaparición del Derecho y del Estado.

Dicho de otra forma, mientras que en la primera interpretación se trata de mostrar los elementos de continuidad entre el liberalismo y el socialismo, en la segunda se pone el énfasis en los elementos de ruptura y en la imposibilidad de una transición pacífica (a través del derecho de sufragio y de la democracia) del capitalismo al socialismo.

Si este mismo problema lo trasladamos a la propia obra de Marx (objetivo de este trabajo) no parece haber tampoco una respuesta precisa. Marx, en mi opinión, mantuvo siempre una cierta ambigüedad a la hora de enfrentarse con la cuestión de los derechos humanos. Así, por un lado, se refirió a ellos siempre en términos críticos e incluso sarcásticos (un ejemplo, entre otros muchos: en *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Marx compara el lema *Liberté, égalité, fraternité*, con las palabras "inequívocas": ¡Infantería, caballería, artillería!) (2). Mientras que, por otro lado, otorgó a los derechos humanos (en especial a algunos de ellos) una gran importancia práctica.

Las causas de dicha ambigüedad son, en parte, externas a la obra de Marx: la sociedad capitalista que él conoce difiere en aspectos esenciales de las sociedades industriales o postindustriales del presente; pero también internas a la misma: en Marx hay una serie de conceptos, (que, desde luego, no son ajenos a los condicionamientos externos en que se forjaron) como la tesis de la separación sociedad-Estado, el extincionismo, el economicismo en algunas fases, etc. que son otros tantos obstáculos para una consideración abiertamente positiva de los derechos humanos. Por otro lado, es preciso reconocer que la postura de Marx respecto a esta cuestión no fue siempre exactamente la misma, aunque exista una importante continuidad a lo largo de toda su obra.

(2) En Marx-Engels, *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, 1971, t. I. p. 264

2. DERECHOS HUMANOS Y ALIENACION DEL HOMBRE

2. En diversos artículos publicados en la *Gaceta del Rin* en los años 1842 y 1843, Marx asume una ideología liberal radical que se basa en la defensa de los derechos humanos, es decir, de la libertad y de la igualdad que caracterizan el Derecho y el Estado "racionales". Así, por ejemplo, critica la censura y defiende la libertad de prensa, la legitimidad del divorcio, la libertad religiosa o el principio de la separación entre la Iglesia y el Estado. No obstante, en el famoso artículo que publica en 1842 a propósito de la ley contra los hurtos de leña, inicia su crítica a la propiedad privada, aunque sin formular todavía una noción clara de la propiedad privada capitalista y de sus efectos (3).

La *Crítica de la filosofía del Derecho público de Hegel* (1843) significa un cambio importante en los planteamientos de Marx. En esta obra (que permaneció inédita hasta 1927) caracteriza, como había hecho Hegel, al Estado moderno por la oposición que en él se establece entre la sociedad civil y el Estado político. A diferencia, sin embargo, de Hegel, Marx entiende: En primer lugar, que dicha oposición es real, y no meramente lógica, ideal, y por tanto susceptible de mediación. En segundo lugar, que la sociedad civil es lo que determina al Estado, y no el Estado a la sociedad civil. Finalmente, Marx relaciona esta caracterización del Estado moderno con la religión: al igual que "los cristianos son iguales en el cielo y desiguales en la tierra", los diferentes miembros del pueblo "son *iguales* en el cielo de su mundo político y desiguales en la existencia terrestre de la sociedad" (4).

Los planteamientos de Marx en esta última obra son, a su vez, los presupuestos de la crítica que efectúa a los derechos humanos en *La cuestión judía*, artículo que se publicó en los *Anales franco-alemanes*, editados en Francia, en 1844. Y esta crítica se continúa, prácticamente en los mismos términos, en *la Sagrada Familia* (1845), obra con la que se inicia su colaboración con Engels. En *La cuestión judía*, Marx parte de la distinción que establecía la Declaración de derechos de la Revolución francesa entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, y los relaciona, respectivamente, con las esferas de la sociedad civil y del Estado: "Los derechos del hombre —escribe— son los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es de-

(3) Cfr. K. Marx, *Debates sobre la ley contra los hurtos de leña*, en K. Marx, *Scritti politici giovanili*, ed. preparada por L. Firpo, Einaudi, Torino, 1950 (reeditado en 1975)

(4) K. Marx, *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, Grijalbo, Barcelona, 1974, p.

cir, del hombre egoista, del hombre separado del hombre y de la comunidad". Mientras que los derechos del ciudadano son "derechos que sólo pueden ejercerse en comunidad con el resto de los hombres. Su contenido es la *participación en la comunidad*, y concretamente en la comunidad *política*, en el Estado" (5).

Además, los derechos del ciudadano estarían, en la Declaración, supeditados a los derechos del hombre (la sociedad civil es lo que produce el Estado, y no a la inversa). La crítica de Marx se centra, por eso, en los derechos humanos (naturales e imprescriptibles) de igualdad, libertad, seguridad y propiedad.

La libertad a la que se refiere la Declaración, según Marx, es "el derecho de hacer o ejercitar todo lo que no perjudica a los demás", pero tales límites "están establecidos por la Ley, del mismo modo que la empalizada marca el límite o la división entre las tierras". Se trata, por tanto, de "la libertad del hombre en cuanto mónada aislada y replegada en sí misma", es el "*derecho del individuo delimitado, limitado a sí mismo*" (6). El derecho del hombre a la propiedad privada es, por su lado, "el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él abiertamente (*á son gré*) sin atender al resto de los hombres, independientemente de la sociedad" (7). La igualdad no es otra cosa que la igualdad de la libertad en el sentido antes indicado, es decir "que todo hombre se considere por igual mónada y a sí mismo se atenga" (8). Y, finalmente, la seguridad sería la cláusula de cierre de todos los demás derechos, esto es, "la garantía de ese egoísmo" (9).

La conclusión a la que llega Marx es que ninguno de los derechos humanos trasciende "el hombre egoista, el hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, el individuo replegado en sí mismo" (10). La emancipación del hombre, la realización del hombre como *ser genérico* (un concepto que toma de Feuerbach) no consiste pues en el logro de los derechos humanos, de la emancipación política. Por el contrario, la emancipación humana se caracteriza precisamente por la supresión del Derecho y del Estado:

(5) K. Marx, *La cuestión judía*, en K. Marx-A. Ruge, *Los Anales franco-alemanes*, Martínez Roca, Barcelona, 1970, p. 241.

(6) *Ibid.*, p. 243

(7) *Ibid.*, p. 244

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*, p. 244-45

“La emancipación política es la reducción del hombre, de una parte, a miembro de la sociedad burguesa, al individuo *egoista independiente* y, de otra parte, al *ciudadano del Estado*, a la persona moral.

Solo cuando el hombre individual real reincorpora a sí al ciudadano abstracto y se convierte como hombre individual en *ser genérico*, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales; solo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus “forces propres” como fuerzas *sociales* y cuando, por lo tanto, no desglosa ya de sí la fuerza social bajo la forma de fuerza *política*, solo entonces se lleva a cabo la emancipación humana” (11).

Desde luego, es posible efectuar diversas objeciones a la postura de Marx en estos escritos de juventud:

Por ejemplo, Marx no hace ninguna referencia a lo que podría considerarse como el aspecto más revolucionario de las Declaraciones de derechos populares (incluyendo, naturalmente, la francesa): el derecho de resistencia frente a la opresión. Es discutible la subordinación que establece de los derechos del ciudadano a los derechos del hombre, pues, por ejemplo, en la Declaración francesa, el límite que se señala a los derechos humanos es *la ley* que se entiende, a su vez, como expresión de la *voluntad general*; es decir, como el resultado de un derecho del ciudadano a participar en la formación de la voluntad política. La interpretación que hace de la libertad como libertad negativa y de la igualdad como igualdad ante la ley, aunque esencialmente exacta referida a las declaraciones burguesas de derechos es, sin embargo, excesivamente restringida, pues no tiene en cuenta otras acepciones de libertad e igualdad (en sentido político o en sentido material) que ya estaban en la Declaración, al menos en germen. La separación entre la sociedad civil y el Estado no podría aceptarse, por lo menos para describir las sociedades actuales, donde el Estado cumple una función cada vez más intervencionista en la sociedad civil y concretamente en la esfera de la economía. La crítica de Marx estaría, en todo caso, limitada, en cuanto a su alcance, a un determinado momento en el desarrollo histórico de los derechos humanos, pero no podría extenderse a lo que hoy son los derechos humanos (por ejemplo, si se toma como marco de referencia la Declaración de la ONU). Finalmente, Marx parece trasladar al plano jurídico-político su crítica a la religión (cuyo origen es, de nuevo, Feuerbach), y según la cual, la religión es una forma de conciencia que

(11) *Ibide.*, p. 249

necesariamente aliena al individuo; la religión es, incluso, la esencia de la alienación y está, por lo tanto, destinada a desaparecer en una sociedad verdaderamente libre. Del mismo modo, el Derecho, el Estado (y por lo tanto los derechos humanos) constituyen otros tantos momentos de la alienación humana incompatibles con una sociedad realmente emancipada. Hay que decir, sin embargo, que Marx mostró durante toda su vida una actitud de crítica radical frente a la religión, pero parece haber modificado sensiblemente su postura frente al Derecho y al Estado hasta llegar, en sus últimas obras, a abandonar la tesis de la extinción. Con ello se abría también la posibilidad de una perspectiva mas positiva desde la que afrontar el problema de los derechos humanos.

3. LOS DERECHOS HUMANOS, ENTRE LA ETICA Y LA POLITICA

A comienzos de 1845, Marx escribe en Bruselas un brevísimo trabajo, las *Tesis sobre Feuerbach*, en el que muestra su oposición a este autor en un doble sentido: En primer lugar, la filosofía de Feuerbach no sería una filosofía de la praxis; para Marx, el materialismo de Feuerbach es un materialismo teórico o contemplativo, pero no práctico, revolucionario. En segundo lugar, para Marx, el punto de vista asumido por Feuerbach es ahistórico y abstracto; Feuerbach contempla al hombre como ente aislado, no como ser social. Resumiendo: por un lado, la noción feuerbachiana del hombre como ser genérico de la que había partido en su anterior crítica a los derechos humanos, aparece ahora sustituida (el cambio empieza ya a advertirse en los *Manuscritos del 44*) por el concepto de hombre como ser social; por otro lado, la primera de las críticas a Feuerbach apunta también a la consideración de los derechos humanos como un producto característico del pensamiento especulativo, abstracto, es decir, como una ideología.

Y precisamente desde esta última perspectiva es desde la que Marx aborda el problema de los derechos humanos en *La ideología alemana* obra que escribe (en colaboración con Engels) en 1845-46 y que no llegó a publicarse hasta 1932. Frente a la filosofía neohegeliana de Feuerbach, Bauer, Stirner, etc., Marx afirma que "no es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia" (12). La libertad en el régimen burgués es, para Marx, una libertad

(12) K. Marx-F. Engels, *La ideología alemana*, Coedición Pueblos Unidos, Montevideo - Ed. Grijalbo, Barcelona, 1974, p. 26

puramente ficticia; no es propiamente libertad, sino alienación. La verdadera libertad solo puede darse en el contexto de la sociedad comunista (que describe en términos libertarios) y presupone: negativamente, la abolición de la división social del trabajo y de la propiedad privada y, en general, de las condiciones de existencia de la antigua sociedad (burguesa) incluyendo el Estado y el Derecho; y, positivamente, el desarrollo del hombre social, del hombre multilateral, polifacético.

El carácter ideológico de los derechos humanos se explica, en *La ideología alemana*, en cuanto que las ideas de libertad, igualdad, etc., aparecen como independientes de la práctica material y, en este sentido, tienen un carácter ilusorio, ya que plantean falsamente la liberación del hombre en el terreno de las ideas y no en el de la praxis: "Todas las luchas que se libran dentro del Estado —escribe Marx—, la lucha entre la democracia, la aristocracia y la monarquía, la lucha por el derecho de sufragio, etc., no son sino las formas ilusorias bajo las que se ventilan las luchas reales entre las diversas clases" (13).

Sin embargo, tanto en esta última obra como en *Miseria de la filosofía* (1847), Marx atribuye una gran importancia a la conquista de los derechos de asociación y de huelga como medios de transformación de la propia sociedad capitalista que, inevitablemente, los hace surgir. Y en diversos artículos que publica en la *Gaceta alemana de Bruselas*, también en 1847, los derechos y libertades burguesas (o, al menos, algunos de ellos) se presentan ya muy claramente como medios para la consecución del objetivo final: la revolución proletaria. Dicho de otra forma, la defensa que Marx hace de los derechos humanos tiene un sentido político, no ético.

En el *Manifiesto del partido comunista* (1848), la ambigüedad (no contradicción) de Marx al afrontar el problema de los derechos humanos, aparece muy acusada. Por un lado, parece defender un determinismo económico que le lleva a valorar muy negativamente el papel del Derecho y del Estado (instrumentos de dominación de la burguesía destinados a extinguirse en la futura sociedad comunista) y por tanto de los derechos humanos. La libertad y la justicia son tachadas despectivamente en el *Manifiesto* de "verdades eternas" que cabe reducir a fenómenos económicos: "por libertad, en las condiciones actuales de la producción burguesa, se entiende la libertad de

(13) *Ibid.*, p. 35

comprar y vender" (14). Por otro lado, sin embargo, insiste en la necesidad de que el proletariado lleve a cabo una acción política y otorga una gran importancia práctica a la consecución de los derechos humanos, excluido el derecho de propiedad en sentido capitalista.

Ahora bien, Marx insiste en la necesidad de abolir la propiedad privada burguesa, precisamente porque resulta incompatible con el "igual derecho" de todos los hombres a la propiedad. La limitación de la jornada de trabajo y el derecho de asociación le parecen conquistas fundamentales de la clase obrera, que sin embargo contempla en una perspectiva economicista y determinista. Marx no considera en absoluto que el comunismo sea incompatible con la libertad, sino que, al contrario, en su opinión es la verdadera libertad lo que resulta incompatible con la existencia del Estado y de la sociedad burguesa. Es cierto que ve como inevitable la vía de la violencia para llevar a cabo la revolución proletaria, pero el derecho de resistencia frente a la opresión es uno de los derechos humanos reconocido en todas las declaraciones populares de derechos (incluyendo, como se ha dicho, la de la Revolución francesa). Finalmente, las medidas que se proponen en el *Manifiesto* para llevar a cabo la transformación radical del modo de producción burgués no suponen la negación de los derechos humanos (excluido, naturalmente, el derecho de propiedad capitalista) sino su profundización; tal es el caso, por ejemplo, de la obligatoriedad del trabajo para todos, la instrucción pública, la abolición del trabajo infantil, etc.

Marx participa activamente en la revolución europea de 1848, fundamentalmente a través del periódico *Nueva Gaceta renana* que se publica en Colonia de junio de 1848 a mayo del año siguiente, bajo la dirección de Marx. Inicialmente, Marx defiende, para Alemania, un programa democrático avanzado (el subtítulo del periódico era "Órgano de la democracia") que deberían apoyar todos los partidos democráticos, obreros y burgueses, y en el que se concedía una gran importancia al sufragio universal, se defendía la necesidad de participación en las elecciones y se reclamaba un sistema de libertades burguesas en su más amplia extensión. Sin embargo, a medida que va comprobando la tibieza de la burguesía en defender tales principios y el giro conservador que va tomando la revolución, va radicalizando su postura y adoptando una actitud cada vez más crítica hacia los derechos humanos (15). Es decir: inicialmente, consideraba a los

(14) K. Marx-F. Engels, *Manifiesto del partido comunista*, en Marx-Engels, *Obras escogidas*. Ed. Progreso, Moscú, 1971, t. I., p. 33.

(15) Cfr., para este periodo de Marx, F. Claudin, *Marx, Engels y la revolución de 1848*, Siglo XXI, Madrid, 1975.

derechos humanos como medios, no como fines en sí mismos, pero acaba por no ver en ellos ni siquiera el *único* medio para llegar al socialismo.

Sobre la situación francesa, Marx adopta una actitud todavía más radical que con respecto a Alemania, tanto en *La lucha de clases en Francia* (1850) como en *El 18 Brumario de Luis Bonaparte* (1852)

En esta última obra, parece introducir, sin embargo, (con la teoría del "bonapartismo") un elemento de flexibilidad en relación con su concepción del Estado: el Estado es, primariamente, un producto clasista, una determinación de la sociedad civil, pero parece poseer también una relativa autonomía. Por otro lado, en *Las luchas de clases en Francia*, aparece por primera vez la noción de *dictadura del proletariado* para referirse a la estructura política revolucionaria del paso del capitalismo al socialismo. La dictadura del proletariado significa, para Marx, el dominio absoluto de una clase, la clase más numerosa de la sociedad, pero no de un partido o de una persona. Para Marx, todo poder político, desde el punto de vista de las clases sociales (incluyendo el Estado representativo democrático), es dictatorial, es siempre el poder de una clase sobre otra. La dictadura del proletariado tiene carácter transitorio y debe desembocar en la abolición de las clases y del poder político como tal, es decir, del Estado. Pero, finalmente, Marx, que siempre prestó más atención a la cuestión de *quien* gobierna que a la de *cómo* se gobierna, no aclaró cual habría de ser la forma política concreta que debería asumir la dictadura del proletariado.

Esta última cuestión está ligada a la admisión o no de una vía no violenta (la vía del sufragio) para la consecución del socialismo. Marx parece excluir esta posibilidad —especialmente con el triunfo de la contrarrevolución— para Alemania y Francia, pero la admite en el caso de Inglaterra: "para la clase obrera inglesa —escribe en 1852—, sufragio universal y poder político son sinónimos (...) el sufragio universal sería en Inglaterra una conquista con más espíritu socialista que cualquier otra medida que haya sido honrada con ese nombre en el continente. Esta conquista tendría como consecuencia inevitable la *supremacía política de la clase obrera*" (16).

En los dos escritos ya citados en los que analiza la situación polí-

(16) K. Marx, artículo aparecido en el *New-York Daily Tribune* de 15-VIII-1852; tomado de M. Rubel, *Páginas escogidas de Marx para una ética socialista*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974, t. II, p. 97.

tica francesa desde el estallido de la revolución, en 1848, al golpe de Estado de finales de 1851, los derechos humanos se presentan, por un lado, como un fenómeno característicamente burgués, al igual que la república constitucional; pero, por otro lado, de la misma manera que la república constitucional vendría a ser la forma superior y mas completa de dominación de la burguesía (que, por tanto, aproxima el momento del logro del socialismo), los derechos humanos serían el terreno de lucha, la situación mas favorable en la que puede encontrarse el proletariado para llevar a cabo su revolución.

Además, la república liberal y parlamentaria tiene para Marx un caracter contradictorio. Las armas que la burguesía había forjado para asegurar su dominación, los derechos humanos, pueden volverse contra ella misma: tal es el caso, sobre todo, del derecho de asociación y del derecho de sufragio universal. Por esto, la clase dominante se ve en la necesidad de tener que suprimirlos para seguir ejerciendo su poder, tal como pone de manifiesto —en opinión de Marx— el caso francés.

Resumiendo: Si en su etapa juvenil, Marx realizaba una crítica radical de los derechos humanos por su caracter burgués y por ser instrumentos de la alienación humana, ahora, en esta nueva etapa, sigue considerándolos como fenómenos burgueses (como formando parte de la ideología burguesa), pero le parecen medios importantes en la lucha por el logro de la sociedad comunista. Tienen un valor político, estratégico, pero no ético. Y lo que hace posible su utilización es el caracter contradictorio de la sociedad burguesa y el sentido dialéctico de la historia, en la que se da una cierta continuidad entre el capitalismo y el socialismo.

Se podrían, desde luego, formular también aqui una serie de consideraciones críticas que sirvan como explicación al hecho de que Marx no haya ido, en esta época, mas allá en su valoración de los derechos humanos y de la democracia:

En primer lugar, el riesgo de considerar a los derechos humanos (o a la democracia formal) como el medio para el logro del fin último: la revolución proletaria o el comunismo, estriba en que se puede caer facilmente en la tentación (en la que cae Marx) de pensar que dichos medios pueden ser sustituidos (al menos en ciertos casos, etc.) por otros. Por otro lado, lo que —aparte de las otras posibles razones— le lleva a postular la naturaleza de los derechos humanos como *medios* es la proximidad e inevitabilidad con que contempla el fin último, la llegada del socialismo. Si, por el contrario, el fin se viera como algo distante en el tiempo y meramente posible (no-necesario), los medios se convertirían casi naturalmente en fines.

En segundo lugar, el economicismo que aflora, al menos, en algunos pasajes de las obras de Marx de esta época, tiende a reducir los fenómenos jurídicos, políticos o éticos a efectos casi automáticos con respecto a determinadas estructuras económicas. En consecuencia, los derechos humanos se interpretan en clave casi exclusivamente (y, desde luego, unilateralmente) económica.

En tercer lugar, y vinculado a lo anterior, la tesis de la extinción del Derecho y del Estado que sigue apareciendo en los escritos de Marx de esta época lleva, inequívocamente, a la infravaloración de los derechos humanos. Si la sociedad comunista es una sociedad sin Derecho ni Estado, también será una sociedad en la que no tenga ya sentido hablar de "derechos" humanos. La sociedad comunista se configura como una asociación de hombres libres e igualmente propietarios de los medios de producción, pero la libertad y la igualdad, al ser reales, no necesitarán adoptar ya ninguna forma jurídica o política.

Ahora bien, aparte de que la desaparición del Derecho y del Estado no parece ser —y menos hoy— un acontecimiento que vaya a producirse en un futuro próximo, esta tesis está ligada a una idea que resulta bastante discutible: la idea de que las únicas fuentes de conflicto (por lo menos, de conflicto agudo que hagan necesario la utilización de recursos coactivos) son la propiedad privada de los medios de producción y la división social del trabajo.

En cuarto lugar, la lenta progresión del Estado de Derecho en el siglo XIX, con algunos pasos atrás temporales (como, por ejemplo, con ocasión del triunfo de la contrarrevolución en Europa en 1849), le llevaron demasiado rápidamente a considerar que la república constitucional (otra denominación para lo que hoy conocemos como Estado de Derecho) era una organización periclitada. Consecuentemente, los derechos humanos que surgen en su seno (en particular, el derecho de asociación y el de sufragio) habían llegado ya a su cenit y a partir de ahí, en cuanto que significaban una amenaza *real* para el poder de la burguesía, no podían hacer otra cosa que declinar. Pero la historia ha mostrado que las cosas iban por otro camino, que el sistema burgués era bastante más resistente y flexible de lo que Marx imaginaba (especialmente en esta época) y capaz de subsistir, no solo sin suprimir estos derechos humanos, sino incluso ampliándolos, al menos para una parte de los países capitalistas. La evolución del derecho de sufragio es una importante prueba de ello.

4. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD CAPITALISTA

En 1849, con el triunfo de la contrarrevolución en el continente europeo, Marx tiene que trasladarse a Inglaterra, en donde vivirá ya el resto de su vida, en medio de grandes dificultades económicas. En la década de los 50, colabora en diversos periódicos, en especial en el *New-York Daily Tribune*, y prosigue sus trabajos de economía, aunque con frecuentes interrupciones. Fruto del trabajo de Marx de estos años en su *Contribución a la crítica de la economía política* de 1859, en cuyo conocidísimo prefacio efectúa un breve repaso de su biografía intelectual y presenta una síntesis de la concepción materialista de la historia en la que se destaca la importancia de la sociedad civil cuya anatomía "hay que buscarla en la economía política" (17), y en donde el Derecho y el Estado aparecen en una posición singularmente subordinada con respecto a la estructura económica: "en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia" (18).

Además, Marx había escrito en 1857 una *Introducción general* a la crítica de la economía política que quedó inédita, así como unos borradores redactados en 1857-58 en los que prepara tanto la *Contribución a la crítica de la economía política* como *El Capital*, los famosos *Grundrisse* (19), y que sólo se publicaron por primera vez en 1939-41. La importancia que hoy se da a los *Grundrisse* entraña en que esta obra de Marx muestra la continuidad esencial de todo su pensamiento, así como la importancia que en él tiene la problemática filosófica y, mas concretamente, hegeliana.

En los *Grundrisse*, la libertad en el sistema burgués vuelve a aparecer como una manifestación de la alienación del hombre. De

(17) K. Marx, *Prefacio de la Contribución de la crítica de la economía política*, en Marx-Engels, *Obras escogidas*, Ed. Progreso, Moscú, 1971, t. I., p. 342.

(18) *Ibid.*, p. 343

(19) K. Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Borrador)*, Siglo XXI, Madrid, 5ª. ed. 1976.

(20) *Ibid.*, p. 183.

libertad en el sistema capitalista solo puede hablarse en cuanto que al individuo se le abstrae de las condiciones de su existencia que constituyen, precisamente, la verdadera base de la alienación. Se trata, por lo tanto, de una libertad abstracta, ilusoria, ideológica. Pero, al mismo tiempo, la postulación de las ideas de libertad e igualdad es una necesidad de la sociedad capitalista, en cuanto sociedad de intercambiantes de mercancías: “No solo se trata, pues, de que la libertad y la igualdad son respetadas, en el intercambio basado en valores de cambio, sino que el intercambio de valores de cambio es la base productiva, real, de toda *igualdad y libertad*. Estas, como ideas puras, son meras expresiones idealizadas de aquel al desarrollarse en relaciones jurídicas, políticas y sociales, estas son solamente aquella base elevada a otra potencia” (20). Y esto, según Marx, se puede confirmar históricamente por el hecho de que la igualdad y la libertad en el sentido burgués, moderno, son lo contrario, de lo que eran la igualdad y la libertad en la Antigüedad. La libertad e igualdad modernas, los derechos humanos, presuponen relaciones de producción (el trabajo como productor de valores de cambio en general, es decir, el trabajo genérico, libre) que no se habían realizado ni en el mundo antiguo (trabajo forzado) ni en el de la Edad Media (trabajo corporativo).

Para Marx, la verdadera libertad, incompatible con el sistema capitalista, solo puede darse en el contexto de la sociedad comunista y gracias al desarrollo técnico y científico que permite la disminución del tiempo de trabajo, la aparición del ocio creativo y el desarrollo del hombre multilateral. En definitiva, una sociedad que significa el fin de la alienación humana.

Durante los primeros años de la Internacional, fundada en septiembre de 1864, Marx redacta diversos escritos en los que, aparte de insistir en la idea de que “la emancipación económica de las clases obreras es la gran finalidad a la que todo movimiento político debe estar subordinado como un medio” (21), valora altamente la lucha por la consecución de los derechos humanos. Especialmente, el derecho a la limitación de la jornada de trabajo, a la asociación y a la educación. Pero, al mismo tiempo, insiste también en las limitaciones inherentes al sistema capitalista: “el clamor por la *igualdad de salarios* —escribe en 1865— descansa en un error, es un deseo *absurdo*, que jamás llegará a realizarse (...) Pedir *una retribución igual, o incluso*

(21) *Alocución inaugural de la Asociación Internacional de los trabajadores* (1864); tomado de M. Rubel, cit., t. II, p. 59.

una retribución equitativa, sobre la base del sistema del trabajo asalariado, es lo mismo que pedir *libertad* sobre la base de un sistema fundado en la esclavitud. Lo que pudieramos reputar justo o equitativo, no hace el caso. El problema está en saber qué es lo necesario e inevitable dentro de un sistema dado de producción" (22).

En 1867 se publica por fin el libro primero de *El Capital*, sin duda la obra maestra de Marx. En la sección segunda, se explica cómo, en el modo de producción capitalista, la compra y la venta de la fuerza de trabajo —que se desarrolla en la órbita de la circulación o del cambio de mercancías— es el "verdadero paraíso de los derechos humanos". Lo que aquí impera —dice Marx— es la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham: "¡*Libertad!*, porque el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo de *la fuerza de trabajo*, sólo están determinados por su *libre voluntad*. Celebran su contrato como *personas libres*, jurídicamente iguales. El *contrato* es el resultado final en el que sus voluntades confluyen en una expresión jurídica común. ¡*Igualdad!*, porque sólo se relacionan entre sí *en cuanto poseedores de mercancías*, e intercambian equivalente por equivalente. ¡*Propiedad!*, porque cada uno dispone solo de lo suyo. ¡*Bentham!*, porque cada uno de los dos se ocupa solo de sí mismo. El único poder que los reúne y los pone en relación es el de su *egoísmo*, el de su ventaja personal, el de sus *intereses privados*" (23).

Ahora bien, los derechos humanos cumplen, en el sistema capitalista, una función ideológica, la función de enmascarar la explotación capitalista dando a la misma una apariencia de relaciones presididas por la libertad e igualdad. Y la cumplen de una manera doble:

Por un lado, en cuanto que la libertad y la igualdad solo aparecen cuando se contempla el plano de la circulación, pero no cuando se baja al "taller oculto de la producción" que es donde realmente se genera la plusvalía y la explotación: el capitalista solo paga una parte del trabajo del obrero, mientras que el resto se lo apropia. Y como este hecho aparece enmascarado en el ámbito del mercado, es preciso introducirse en el plano de la producción en el que las escenas y los personajes aparecen cambiados: "El otrora poseedor del dinero abre la marcha como *capitalista*; el poseedor de fuerza de trabajo le sigue como *su obrero*; el uno, significativamente, sonríe con ínfulas y avanza impetuoso; el otro lo hace con recelo, reluciente, como el que ha

(22) K. Marx, *Salario, precio y ganancia*, en Marx-Engels, *Obras escogidas*. Ed. Progreso, Moscú, 1976, t. II, p. 56.

(23) K. Marx, *El Capital*, libro primero, t. I., Siglo XXI 6ª. ed., Madrid, 1978, p. 214.

llevado al mercado su propio pellejo y no puede esperar sino una cosa: que se lo curtan" (24).

Por otro lado, en cuanto que tal libertad e igualdad aparecen como ideas eternas, separadas de la historia. Aunque al "poseedor de dinero (al capitalista) —argumenta Marx— que ya encuentra el mercado de trabajo como sección especial del mercado de mercancías, no le interesa preguntar *por qué* ese obrero libre se le enfrenta en la esfera de la circulación", sin embargo hay un hecho indiscutible, y es que la "naturaleza no produce por una parte poseedores de dinero o de mercancías y por otra persona que simplemente poseen sus propias fuerzas de trabajo. Esta relación en modo alguno pertenece al *ámbito de la historia natural*, ni tampoco es una *relación social* común a todos los periodos históricos. Es en sí misma, ostensiblemente, el resultado de un desarrollo histórico precedente, el producto de numerosos trastocamientos económicos, de la decadencia experimentada por toda una serie de formaciones mas antiguas de la producción social" (25).

Aunque la ambigüedad en el tratamiento de los derechos humanos sigue sin resolverse en *El Capital*, es importante destacar que aquí desaparece toda referencia a la extinción del Derecho y del Estado, el economicismo resulta sustituido por el reconocimiento de una cierta autonomía al Derecho y al Estado, y los derechos humanos (especialmente algunos de ellos, como la limitación de la jornada de trabajo y el derecho a la asociación o a la educación) tienden a configurarse no como *necesidades* económicas del sistema capitalista, sino como conquistas hechas posibles (pero no necesarias) por la economía.

La conclusión que podría extraerse de *El Capital* —y en general de toda la obra de Marx— podría ser ésta: como los derechos humanos, la libertad y la igualdad no son mas que realidades ilusorias o, en todo caso, limitadas, el objetivo debe ser el de hacerlas reales. Sólo que Marx pone especial énfasis en mostrar que esto, dentro del sistema capitalista, es puramente utópico. Bajo el sistema capitalista no cabe pensar en acabar con la explotación del trabajador, sino que sólo es posible poner ciertos límites a dicha explotación, por ejemplo, limitando la jornada de trabajo:

"Es preciso reconocer que nuestro obrero sale del proceso de producción distinto de como entró. En el mercado se enfrentaba a otros poseedores de mercancías como poseedor de la mercancía

(24) *Ibid.*, p. 214.

(25) *Ibid.*, p. 205-6.

“fuerza de trabajo”: poseedor de mercancías contra poseedor de mercancías. El contrato por el cual vendía al capitalista su fuerza de trabajo demostraba, negro sobre blanco, por así decirlo, que había dispuesto libremente de su persona. Cerrado el trato se descubre que el obrero no es “ningún agente libre”, y que el tiempo de que disponía *libremente* para vender su fuerza de trabajo es el tiempo por el cual está *obligado* a venderla; que en realidad su vampiro no se desprende de él “mientras quede por explotar un músculo, un tendón, una gota de sangre”. Para “protegerse” contra la serpiente de sus tormentos, los obreros tienen que confederar sus cabezas e imponer *como clase* una ley estatal, una *barrera social* infranqueable que les impida a ellos mismos verse junto a su descendencia, *por medio de un contrato libre con el capital*, para la muerte y la esclavitud. En lugar del pomposo catálogo de los “derechos humanos inalienables” hace ahora su aparición la modesta *Magna Charta* de una jornada laboral restringida por la ley, una carta magna que “pone en claro finalmente *cuando termina el tiempo que el obrero vende, y cuando comienza el tiempo que le pertenece a sí mismo. ¡Qué gran transformación!*” (26).

En su más famoso escrito polémico, sobre la Comuna de París: *La guerra civil de Francia* (1871), Marx seguía considerando a la emancipación económica del trabajo como el objetivo final, mientras que las conquistas democráticas de la Comuna aparecen en un segundo plano: “La Comuna —escribía— dotó a la república de una base de instituciones realmente democráticas. Pero ni el gobierno barato, ni la “verdadera república” constituían su meta final; no eran más que fenómenos concomitantes”. Y proseguía: “He aquí su verdadero secreto: la Comuna era, esencialmente, un gobierno de la clase obrera, de la lucha de la clase productora contra la clase apropiadora, la forma política al fin descubierta para llevar a cabo dentro de ella la emancipación económica del trabajo” (27).

Pero lo cierto es que en el modelo (libertario) que Marx trazaba de la Comuna, el desarrollo y profundización de los derechos humanos es lo que caracterizaría a esta fórmula organizativa que venía a suponer el fin del antagonismo entre la sociedad civil y el Estado: “El régimen de la Comuna había devuelto al organismo social todas las fuerzas que hasta entonces venía observando el Estado parásito, que se nutre a

(26) *Ibid.*, pp. 364-5.

(27) K. Marx, *La guerra civil en Francia*, en Marx-Engels, *Obras escogidas*, Progreso Moscú, 1976, t. II, pp. 235-6.

expensas de la sociedad y entorpece su libre movimiento" (28). Ante todo, Marx concede una enorme importancia al derecho de sufragio universal que en la Comuna había de cumplir una función muy distinta de la que cumplía en la república burguesa: "En vez de decidir una vez cada tres o seis años qué miembros de la clase dominante han de representar y aplastar al pueblo, en el parlamento, el sufragio universal habría de servir al pueblo organizado en comunas, como el sufragio individual sirve a los patronos que buscan obreros y administradores para sus negocios (...) Por otra parte, nada podía ser mas ajeno al espíritu de la Comuna que sustituir el sufragio universal por una investidura jerárquica" (29). Mas aún, podría decirse que lo que caracterizaría, según Marx, el modelo de la Comuna (el empleo del condicional tiene sentido, pues la experiencia de la Comuna fue tan breve que su organización nunca pasó de ser un proyecto) sería la profundización del sufragio universal: en sentido extensivo, ya que el sufragio universal habría de ser el procedimiento para elegir a todos cuantos desempeñasen funciones públicas, incluidos los jueces; y en sentido intensivo, pues la elección iría acompañada de un control en todo momento sobre los elegidos.

Y otro tanto cabría decir respecto a las medidas tomadas por la Comuna en el sentido de abrir todas las instituciones de enseñanza gratuitamente al pueblo, al tiempo que se emancipaban "de toda intromisión de la Iglesia y el Estado" (30). O respecto a la justificación, por parte de Marx, de las limitaciones al derecho de libertad de expresión decretadas por la Comuna, pues esta no podía "sin traicionar ignominiosamente su causa, guardar todas las formas y las apariencias de liberalismo, como si gobernase en tiempos de serena paz" (31).

Finalmente, es interesante analizar cual era la postura de Marx respecto al problema de la violencia. Marx justifica los actos de violencia a que se ve obligada a recurrir la Comuna apelando, aunque no sea explícitamente, al derecho de resistencia frente a la opresión: "la guerra de los esclavizados contra los esclavizadores" es, argumenta, "la única guerra justa de la historia" (32).

No obstante, es preciso resaltar el caracter ambivalente con el que Marx se plantea el problema de la guerra y, en general, el de la

(28) Ibid., p. 235

(29) Ibid.

(30) Ibid., p. 234.

(31) Ibid., p. 242.

(32); Ibid., p. 252.

violencia. Así, en un discurso que pronuncia en Amsterdam, en 1872, afirmaba: "Conocemos la importancia que se debe atribuir a las instituciones, costumbres y tradiciones de los diferentes lugares; y no negamos que existen países como Estados Unidos, Inglaterra, y si conociera mejor vuestras instituciones agregaría Holanda, en que los trabajadores pueden lograr sus fines por medios pacíficos. Si esto es así, debemos reconocer también que, en la mayoría de los países del continente, nuestras revoluciones deberán apoyarse en la fuerza, a la cual será necesario recurrir por un tiempo para establecer el reino del trabajo" (33). Y, mas adelante, en 1878, condenará los dos atentados contra la vida de Guillermo I que habían servido de excusa para la promulgación por Bismarck de la ley antisocialista, mientras que, en 1881, expresaba su admiración por el ala terrorista del movimiento populista ruso.

Con el final de la Internacional (1873), Marx se retira "a su cuarto de trabajo", pero dificultades de diverso tipo, especialmente su deteriorada salud, le impiden acabar la redacción de los libros segundo y tercero de *El Capital*. En los últimos años de su vida escribe, sin embargo, una obra teórica importante, especialmente desde la perspectiva jurídico-política, la *Crítica del Programa de Gotha* (1875) en la que muestra su desacuerdo con el programa que significaba la reunificación de las dos fracciones del movimiento obrero en Alemania.

Marx sigue atribuyendo aquí un carácter subordinado al Derecho: "El Derecho —escribe— no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionada" (34). Y en ello radica el fundamento de su crítica a las proclamas del Programa en el sentido de declarar que "todos los miembros de la sociedad tienen igual derecho a percibir el fruto íntegro del trabajo" o a un "reparto equitativo del fruto del trabajo".

Sin embargo, Marx parece abandonar aquí (aunque su postura no sea del todo clara) la tesis de la extinción del Derecho y del Estado. Refiriéndose a la etapa de transición al socialismo, (a la dictadura del proletariado), una vez por tanto que han desaparecido las clases sociales, sigue hablando de que el Derecho aquí, "como todo Derecho", es "el Derecho de la desigualdad" (35). Y sólo en la fase superior de la sociedad comunista "podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgues, y la sociedad podrá escribir

(33) Tomado de M. Rubel, cit., t. II, pp. 85 86

(34) K. Marx, *Crítica del Programa de Gotha*, en Marx-Engels, *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, 1976, t. III, p. 15

(35) *Ibid.*

en su bandera: ¡De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades!” (36). Pero Marx parece reconocer la subsistencia, en la sociedad comunista, del Estado e, implícitamente, del Derecho: “Cabe, entonces, preguntarse —escribe poco después—: ¿qué transformación sufrirá el Estado en la sociedad comunista? O, en otros términos: ¿que funciones sociales, análogas a las actuales funciones del Estado subsistirán entonces? Esta pregunta solo puede contestarse científicamente” (37).

El desprecio que muestra por los puntos del Programa que denomina “letanía democrática” no implica en absoluto que fuera partidario de la eliminación de la democracia, sino, por el contrario, de la necesidad de su profundización. Concretamente, la crítica de Marx se basa, por una parte, en que las reivindicaciones del Programa las considera insuficientes, ya que “cuando no están exageradas hasta verse convertidas en ideas fantásticas, están ya realizadas” (38) (por ejemplo, en Suiza o en Estados Unidos) y, por otra parte, en que resultan incongruentes, pues presuponen la república democrática y la soberanía popular, lo que no existía en el Estado prusiano de la época, ni exigían tampoco los redactores del Programa.

Por eso, cuando examina los derechos humanos contenidos en el Programa, está claro que lo que propugna es su profundización. Por ejemplo, en relación con la instrucción gratuita, se opone a la gratuidad de la enseñanza media que sólo podría favorecer a las clases burguesas. En relación con la libertad de enseñanza, critica el derecho a la “educación popular a cargo del Estado”, pues en opinión de Marx “lo que hay que hacer es substraer la escuela a toda influencia por parte del gobierno o de la Iglesia” (39). Y, a propósito de la libertad de conciencia, estima que “el Partido obrero, aprovechando la ocasión, tenía que haber expresado aquí su convicción de que “la libertad de conciencia” burguesa se limita a tolerar cualquier género de libertad de conciencia religiosa, mientras que él aspira a liberar la conciencia de todo fantasma religioso” (40).

(36) Ibid.

(37) Ibid., p. 23

(28) Ibid., p. 23

(39) Ibid., p. 25

(40) Ibid.

5. CONCLUSION

Resumiendo: Después de una corta etapa (hasta 1843) de defensa de los derechos humanos del liberalismo, el joven Marx mantiene una actitud inequívocamente hostil hacia los derechos humanos que interpreta como un aspecto más de la alienación humana. Posteriormente, en una fase que podríamos centrar en el *Manifiesto* y que irá hasta 1852, su postura es esencialmente ambigua: por un lado, otorga una gran importancia práctica a la conquista de los derechos humanos por el proletariado pero, por otro lado, los reduce a la categoría de medios, no de fines; es decir, les concede un valor más bien político que ético. Finalmente, en su etapa de madurez (a partir de 1853) y aunque no desaparezca del todo la ambigüedad a la que me he referido, su postura se va decantando para dar un valor cada vez mayor a los derechos humanos. Esta nueva actitud va acompañada de cambios teóricos importantes; fundamentalmente, del abandono de la tesis de la extinción del Derecho y del Estado (pero no de la religión) que parece sustituirse por la del carácter simplemente subordinado de la superestructura jurídico-política.

La aportación de Marx a los derechos humanos es esencialmente crítica (negativa, por así decirlo) pero de un valor fundamental. Marx ha mostrado, en forma difícilmente objetable, el carácter ideológico, abstracto, etc. de los derechos humanos del capitalismo y su naturaleza histórica, ligada a la aparición de dicha sociedad capitalista. Lamentablemente, no puso siempre el mismo énfasis en defender la idea de que los derechos humanos, al mismo tiempo que lo anterior, son también —excluida la propiedad privada en sentido capitalista— conquistas irrenunciables, fines en sí mismos, aunque puedan servir, al mismo tiempo, como medios para otros fines. Precisamente por su carácter final, ético, son también sumamente débiles, por lo que creo que no es exagerado afirmar que nunca están asegurados en ninguna sociedad, y por lo tanto precisan siempre de una defensa enérgica y nada ambigua.

LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980*

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal

SUMARIO: I. Introducción. II. Regulación actual. III. Proyecto de Código Penal de 1980. IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCION

Nuestra Constitución proclama en su artículo 1 que España es un Estado social y democrático de Derecho. Los constitucionalistas han abordado ya en no pocas ocasiones dicha fórmula, precisa por otra parte de ser clarificada (1). Ante lo que pueden parecer dos formulaciones si no contrapuestas sí al menos diferenciables o no yuxtaponibles, Estado social y Estado democrático de Derecho, se ha articulado

*Comunicación presentada a las "Jornadas sobre estudios de Delitos económicos y Economía de mercado", celebradas en Madrid, 24 y 25 de septiembre de 1981.

(1) Vid., por todos, ALZAGA VILLAAMIL, O: "La Constitución española de 1978". Madrid, 1978, pág. 73 y ss.; DE ESTEBAN, J. y otros: "El régimen constitucional español". Barcelona, 1980, pág. 67 y ss.; DIAZ, E.: "El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978" en Sistema 1981 n.º. 41, pág. 41 y ss.; y SANCHEZ AGESTA, L.: "Sistema político de la Constitución Española de 1978". Madrid, 1980, pág. 69 y ss.

una que lejos de ser taxativa respecto a cualquiera de las dos mencionadas posibilidades, está abierta a cualquiera de ellas.

Y dichas formulaciones se afinan en sistemas económicos dispares. Sistema de economía social de mercado y sistema de economía socializada. Desde esta perspectiva económica, que es la que ahora interesa, conviene también señalar cómo nuestra Constitución particulariza en su articulado el sistema de economía seguido que concuerda con el de una economía de libre mercado, aunque social, y abierta por otra parte a la intervención pública cuando el interés general así lo reclame. Así se ha posido afirmar por algún autor que el sistema adoptado es de economía mixta, lo que constitucionalmente permitiría una cierta adaptabilidad. Se ha indicado en este sentido que "la redacción del artículo 38 de la Constitución y su conexión con otros artículos constitucionales (como el 51, el 128 y el 131) permite afirmar la no rigidez del modelo diseñado, hasta el punto de que sus comentaristas hayan podido desde acusarlo de indefinido —válido tanto para una política gubernamental conservadora como socialista— hasta ver en él el arquetipo de lo que es la llamada "economía mixta" (2).

En cualquier caso parece claro que el artículo 38 de la Constitución opta por un sistema libre de mercado, y lo hace en los siguientes términos: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". Pero no se reconoce el sistema libre de mercado sin más, como sistema propio del liberalismo económico más puro. Ya se ha dicho que nuestra Constitución parte al menos de una concepción a su vez social de la economía. Lo que significa compaginar, dentro de las coordenadas del sistema mismo, libertad con igualdad, lo que comporta intervencionismo, lo que conlleva proteccionismo. El propio artículo 38 contiene un segundo inciso: "Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación" (3).

El artículo 38 de la Constitución viene a proclamar pues la defensa del sistema de libre mercado. Siendo protegido, en su caso, por parte de los poderes públicos. Intervencionismo estatal compatible de

(2) GARRIDO FALLA, F.: en Prólogo a "El modelo económico en la Constitución española" por Garrido Falla y otros. Madrid, 1981. Sobre el tema vid. VICENT CHULIA, F: "Compendio crítico de Derecho mercantil" T-I. Valencia 1981. pág. 45 y 55.

(3) Congruentemente el artículo 128.2 de la Constitución proclama: "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

manera clara, como se ha visto, con la configuración jurídica que adquiere el Estado español (4).

A nadie puede extrañar que en este marco constitucional se articulen medidas sancionatorias, sin entrar en este momento en el carácter de las mismas, de aquellas conductas que obstaculicen de algún modo la operatividad del sistema económico enunciado en la propia Constitución. De esta forma se está haciendo uso de la propia protección de los poderes públicos, que recaba su artículo 38 y en alguna medida el propio artículo 51.

Semajante protección se dispensa a la libertad de empresa concebida, no en su dimensión idílica o decimonónica, calificada ciertamente de utópica (5), sino con las limitaciones propias que el mismo sistema impone y sin los que el propio modelo económico difícilmente podría entenderse en la actualidad. Se trata más bien de una competencia imperfecta (6). Y esta clase de competencia es a la que se protege de ciertas prácticas que pretenden restringirla aún más, por mecanismos que no proceden de las que podríamos denominar leyes naturales del sistema mismo. Son los que se han llamado *obstáculos artificiales* a la libertad de competencia o *patológicos*; "aquellos que no surgen de la propia estructura del mercado, sino que son creados o impuestos voluntariamente por los propios competidores para eliminar, falsear, limitar o restringir entre ellos la competencia imperfecta o practicable, normalmente en beneficio propio y en perjuicio de los demás competidores y de los consumidores" (7).

II. REGULACION ACTUAL

La regulación actual sobre la represión de las practicas restrictivas de la competencia se encuentra fundamentalmente circunscrita a la Ley de 20 de Julio de 1963 (LRPRC), y en el aspecto estrictamente penal a la posible inclusión de aquellas prácticas en los

(4) BAJO FERNANDEZ, M.: "Los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal" en La reforma Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1980, n.º. 3, pág. 19.

(5) QUINTERO OLIVARES, G.: "Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal español" en Estudios penales y criminológicos, III, Santiago de Compostela, 1979, pág. 233.

(6) Sobre sus requisitos, vid. BROSETA PONT, M.: "Manual de Derecho Mercantil", Madrid, 1978, pág. 105.

(7) BROSETA PONT, M.: ob. cit. pág. 107.

delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (artículos 539 á 541 del Código Penal) (8).

No es este el momento, por la brevedad propia que requiere una comunicación, de entrar en el análisis de la LRPRC de manera permenorizada, ni siquiera de plantear en igual medida el estudio de aquellas prácticas que la misma pretende reprimir de forma diversa. Para ello me remito a la bibliografía que al respecto se cita. Si quisiera, sin embargo, exponer sucintamente cuales son las conductas que dicha ley considera contrarias al sistema de libre competencia y que en definitiva, como se indica en su propia Exposición de Motivos, comportan auténticos abusos atentatorios a los intereses de los consumidores; intereses que como en dicho lugar se pone de manifiesto, constituye "indeclinable y permanente deber del Estado" el defenderlos. Deber que por otra parte se insta claramente en el artículo 51 de la Constitución. Todo ello en orden a poder concretar con posterioridad de alguna manera en qué medida esta suerte de conductas pueden constituir ilícitos penales.

La Sección primera del Capítulo primero de la LRPRC contiene las prácticas prohibidas. Se trata de dos grandes grupos de prácticas. Prácticas colusorias y prácticas abusivas. Las *prácticas colusorias o concertadas* (9) se prohíben en los supuestos que se prevén en el artículo 1º. 1 en los siguientes términos: "Quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional".

Obsérvese cómo pueden en principio disgregarse estas conductas en tres momentos. Se requiere como punto de partida la existencia de un convenio, decisión o conducta conscientemente paralela. De alguna de estas conductas, y como consecuencia de ella, surgen unas prácticas o actividades que sólo se prohíben si tienen por finalidad u objeto, o efectivamente producen, impedir falsear o limitar la competencia.

(8) Sobre el tema, vid. GALAN CORONA, E.: "Acuerdos restrictivos de la competencia". Madrid, 1977, y recientemente BAENA DEL ALCAZAR, M.: "La ordenación del mercado interior" en *El modelo económico en la Constitución española* cit. pág. 237 y ss. Sobre su vertiente penal, vid. por todos, BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho Penal económico", Madrid, 1978, pág. 340 y ss.; BOIX REIG, J.: "Represión penal de las prácticas restrictivas de la competencia" en *Revista de Derecho público*, 1977, nº. 67, pág. 275 y ss.; y FERNANDEZ ALBOR, A.: "Estudios sobre criminalidad económica", Barcelona, 1978, pág. 27 y ss.

(9) Un estudio a fondo de las mismas por GALAN CORONA, E.: ob. cit.

Nuestra LRPRC no prohíbe el convenio previo que a modo de consecuencia dará lugar a la práctica, por más que el apartado 2 del artículo 1º. venga en declararlo nulo. Como tampoco se prohíben, insisto, en el marco de la finalidad de esta ley, las decisiones o conductas conscientemente paralelas consideradas en sí mismas. Se prohíbe la práctica que, con dicha finalidad, surge de las mencionadas conductas. Creo que es importante en orden a su posterior calificación penal particularizar claramente cuál va a ser el objeto de análisis; y este no es más que la práctica que procede del convenio, por más que en no pocas ocasiones presente dificultades diferenciar ambos momentos. Este es el criterio, que sigue la LRPRC, que ha adoptado el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), por contra de la posición adoptada en el artículo 85-1 del Tratado de Roma y en otras legislaciones, como por ejemplo la alemana. Legislaciones que desde esta perspectiva deben calificarse, en consecuencia, como más preventivas que represivas (10), en la medida en que adelantan el momento de la prohibición.

Estas son las prácticas que prohíben la ley que se comenta. Y ello es así, cualquiera que sea la conducta, siempre que presente estas características, de concertada o colusoria, y que contenga la finalidad referida o produzca el efecto indicado. En forma más concreta el artículo 3º de la LRPRC enumera una serie de prácticas concertadas o abusivas, que deben considerarse prohibidas (11). Se trata simplemente de una particularización legal, que por supuesto no excluye la posibilidad de concebir como prohibidas prácticas no previstas en dicho artículo 3º, siempre que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 1º. 1.

(10) Una explicación del criterio seguido en nuestra legislación puede verse en GALAN CORONA, E.: ob. cit. pág. 115 y ss.

(11) Artículo 3º. En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en:

a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción.

b) Limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de la economía nacional.

c) Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento.

d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores.

e) Aplicar, en las relaciones comerciales con terceros contratantes, condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdades en su situación competitiva.

f) Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Junto a las prácticas colusorias se prohíben también las llamadas *prácticas abusivas*. El artículo 2º. 1 establece: "Asimismo quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas, exploten su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores". La prohibición de las prácticas abusivas, enmarcadas esencialmente en coordenadas oligopolistas (12), sólo adquiere relevancia en la medida en que lesiona alguno de los referidos intereses (economía nacional, consumidores, otros competidores).

Tras regular, en los términos indicados, qué prácticas están prohibidas, la LRPRC prevé en su artículo 4º determinados supuestos de prácticas excluidas de la prohibición, así como en su artículo 5º casos de prácticas en principio prohibidas pero que pueden autorizarse por el TDC: se trata de las prácticas exceptuables.

Analizada someramente la regulación que la LRPRC hace de las prácticas restrictivas de la competencia, es el momento de preguntarnos por la posible dimensión jurídico-penal de la represión de esta clase de prácticas, y ello a partir de la propia Ley de 1963.

Debe anticiparse que la LRPRC no contiene tipos penales. Tan sólo se remite al Código penal en orden a pasar el tanto de culpa a la jurisdicción ordinaria por conductas que el TDC estima son constitutivas de delito. Y en este momento tan sólo nos interesa la remisión contenida en su artículo 15.1, c), en el que se establece: "Declarada la existencia de prácticas prohibidas, el Tribunal resolverá: c) Pasar, en su caso, el tanto de culpa a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria a los efectos de la exigencia de la responsabilidad criminal prevista en los artículos quinientos treinta y nueve a quinientos cuarenta y uno y quinientos setenta y cuatro del Código penal". Existe, pues, una remisión por parte de la LRPRC a los tipos de *maquinaciones para alterar el precio de las cosas* regulados en los mencionados preceptos del Código penal. Semejante remisión, no presupone por otra parte

(12) 2. A los efectos de esta Ley se entiende:

a) Que una empresa goza de posición de dominio cuando para su determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo.

b) Que dos o más empresas gozan de posición de dominio para un determinado tipo de producto o servicio, cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él.

3. La prohibición contenida en el apartado uno de este artículo será también de aplicación a las prácticas abusivas que se realicen al amparo de una posición de dominio en el mercado establecida por disposición legal.

vinculación alguna por parte del Juez penal. Este sigue siendo absolutamente independiente tanto en el orden procesal como en el de apreciación y valoración de los hechos que enjuicia. Las declaraciones del TDC en modo alguno suponen merma de dicha independencia (13). En suma, en palabras de Bajo, ni la LRPRC crea obstáculos al proceso criminal, ni limita la competencia del juez penal (14).

Interesa ahora, sin embargo, precisar hasta qué punto los preceptos del Código penal a que se remite la LRPRC son los idóneos en orden a la tipificación penal de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en dicha ley. Tras la reforma de 1971, que incide entre otros en los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (15) se confirma cuáles son las prácticas restrictivas incluibles en los tipos de maquinaciones, fundamentalmente en los artículos 540 y 541 (16).

Sin duda que puede resultar polémica la conclusión de que las distintas clases de prácticas prohibidas por la LRPRC pueden estar incluidas en los referidos preceptos del Código Penal (17), y que son precisamente las prácticas abusivas las que suscitan más reservas en orden a llegar a esta conclusión, precisamente por las mayores dificultades de encaje en los distintos tipos legales que pueden presentar las conductas de abuso de posición de dominio (18).

(13) Una argumentación en profundidad de lo aquí expuesto en BOIX REIG, J.: ob. cit. pág. 283 y ss.

(14) BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho penal..." cit. pág. 344 y ss.

(15) Sobre el alcance de dicha reforma en esta materia, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Maquinaciones para alterar el precio de las cosas". N.E.J. T.XV, pág. 843.

(16) Art. 540. C.P. Serán castigados con las penas de presidio menor y multa de 20.000 á 1.000.000 de pesetas los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño, o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueran objeto de contratación.

Art. 541. C.P. Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior, en su grado máximo:

1º. Cuando, cualquiera que fuera la forma de determinación del precio, las conductas previstas en él recayeren sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad.

2º. Cuando se haya perpetrado el delito con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección pública.

(17) En ese sentido, BOIX REIG, J.: ob. cit. págs. 297-298.

(18) En otros términos, restringiendo para toda clase de prácticas su inclusión en los artículos 540 y 541, vid. BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho penal..." cit. págs. 341-342.

En términos generales puede decirse que por la amplitud con que la conducta típica viene descrita en el artículo 540 y en base a la indudable incidencia que en los precios tiene cualquier clase de práctica restrictiva de la competencia, sí cabe pensar en que los actuales tipos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas engloban o comprenden en principio las conductas atentatorias a la libre competencia que se están estudiando.

En efecto, la conducta delictiva viene muy ampliamente descrita en el artículo 540; y a este precepto se remite el número 1 del artículo 541, preveyéndose en su número 2 un supuesto peculiar de "abuso de la condición de beneficiario". No pueden, pues, restringirse los supuestos contenidos en el artículo 540 a aquellas conductas en que se emplee fraude, violencia o amenaza (19), por cuanto el propio precepto ejemplifica las modalidades de conductas aludiendo, entre otras, a las tres mencionadas y concluyendo con una cláusula ciertamente amplia como es la expresión "usando de cualquier otra maquinación". Cláusula que si bien es amplia se acota por la propia significación del término maquinación: "Proyecto o asechanza artificiosa y oculta dirigida regularmente a mal fin" (20). Fácil es concluir que tanto las conductas de prácticas colusorias como las abusivas serían reconducibles a este precepto. Y la equiparación en orden a su inclusión en el artículo 540, de las conductas colusorias y abusivas restrictivas de la competencia, se pone más claramente de manifiesto en determinados supuestos de dudosa inclusión en uno u otro caso, pero en cualquier caso prohibidos. Piénsese por ejemplo en las *conductas conscientemente paralelas* (práctica prohibida a tenor del artículo 1º 1 de la LRPRC) y en el *abuso de posición de dominio* (artículo 2º de la LRPRC) en mercados oligopolistas, por referencia a aquellos supuestos en los que las distintas empresas se comportan de igual manera durante cierto periodo de tiempo en orden al establecimiento de precios (21). Si bien estamos ante conductas conscientemente paralelas, se produce, como con acierto ha indicado Galán, un abuso de posición de dominio. En suma, concluye dicho autor, "no cabe duda de que la prohibición del abuso de posición dominante puede ser un instrumento apto para, al lado de la prohibición de las conductas conscientemente paralelas, atacar las restricciones de la competencia que se pueden originar en mercados con estructura fuertemente oligopolista" (22).

(19) En otro sentido, BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho penal..." cit. pág. 341.

(20) Diccionario Real Academia de la Lengua.

(21) Este tema se trata en profundidad por GALAN CORONA, E.: ob. cit. pág. 368 y ss.

(22) ob. cit. pág. 372.

Tampoco creo es inconveniente para concluir que el artículo 540 posibilita en general la inclusión de ambas clases de prácticas, el elemento subjetivo del tipo "intentaran alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia". Antes al contrario, la cumplimiento del mencionado requisito se verifica con sólo pensar en la evidente interrelación existente entre libertad de precios y de competencia o mejor en cómo la libre fijación de precios se erige en síntoma esencial de la libertad de competencia (23).

III. PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

La materia que se está analizando sufre importantes modificaciones en el Proyecto de Código Penal. Más concretamente, en su novedoso Título VIII —*Delitos contra el orden socio-económico*— se incluye una Sección —la tercera de su Capítulo III— que se denomina *De la alteración de precios y de las prácticas restrictivas de la competencia* (artículo 343 á 346).

Semejante epígrafe es ya indicativo de las modificaciones introducidas. De una parte ya no se emplea el término *maquinaciones* como cláusula genérica descriptiva de la conducta. El nuevo artículo 344 (24), contiene diversas modalidades de conductas, en su vertiente objetiva, por lo que claramente no se circunscribe al empleo de engaño, violencia o amenaza. Más aún, admite el uso de *cualquier otro medio*, con tal que sea malicioso. La amplitud con que se tipifican los medios a emplear en la realización de la conducta permite, sin duda, incluir en el tipo toda suerte de práctica.

Por otra parte ya el epígrafe de la Sección pone de manifiesto la creación de un *nuevo* tipo legal relativo a las prácticas restrictivas de

(23) BAENA DEL ALCAZAR, M.: ob. cit. pág. 235.

(24) Artículo 344.

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y de multa de seis a veinticuatro meses los que difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, abusando de una situación de necesidad, omitiendo datos o información que debieran proporcionarse, usando de cualquier otro medio malicioso, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que fueran objeto de contratación.

La pena se aplicará, aun cuando el delito se hubiere cometido en el extranjero, si tuviera como objeto la moneda nacional o títulos o valores relativos a pesetas.

la competencia. Efectivamente, en el artículo 346 del Proyecto se establece:

“Los que se prevalieren de su posición de dominio en el mercado, para impedir o limitar considerablemente la competencia, serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al peligro que la conducta revistiere para la economía nacional e intereses de los consumidores, o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años”.

Llama la atención que en este tipo sólo se incluyan las conductas de prevalimiento de posición de dominio y no así las colusorias. Sólo desde la perspectiva de que estas últimas pueden encajarse, en su caso, en el artículo 344, lo que por distinta clase de razones no compartiría un sector de la doctrina (25), puede admitirse dicha solución, si bien surgirían ciertas incongruencias por la diferencia de regulación de unas y otras prácticas, que se pretende salvar aludiendo a la gravedad que fuera de dudas revisten las conductas previstas en el artículo 346 (26).

Pero ya se ha indicado que la interpretación realizada no se asume por la generalidad de la doctrina. No obstante, se trata de un criterio que de ninguna manera solventaría satisfactoriamente los problemas que procederían de los conflictos de leyes que surgieran, en los que no es este el momento de entrar, cuando de supuestos de abuso de posición de dominio se tratara, entre los artículos 344 y 346.

Con independencia de que las posibles interpretaciones sobre los contenidos de los artículos 344 y 346, y sus relaciones, abocan a resultados siempre insatisfactorios, el propio artículo 346, y tal vez en parte por ello se producen dichos problemas, presenta imperfecciones e induce a confusión, sin duda por asumir en la estructura del tipo componentes propios bien de las prácticas colusorias bien de las abusivas. Así, la finalidad requerida consistente en que el prevalimiento de la posición de dominio en el mercado sea para *impedir o limitar* considerablemente *la competencia*, elemento más propio de las

(25) Así, para la regulación actual, BAIJO FERNANDEZ, M.: “Derecho penal...” cit. pág. 441. En relación con el Proyecto, vid. STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: “La reforma del derecho penal económico español”. Madrid, 1980, págs. 40-41.

(26) STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: ob. cit. pág. 45.

prácticas colusorias (27) y que parece es de más difícil asimilación cuando se parte ya de una situación de dominio en el mercado, en el que lógicamente la competencia se encuentra ya limitada; los parámetros a que alude el precepto para determinar la pena, peligro para la *economía nacional e intereses de los consumidores o competidores*, que nos recuerdan a las referencias contenidas en la LRPRC para concretar la prohibición esta vez de las prácticas abusivas (28); y por último la previsión de la medida de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate a los agentes o a las empresas *concertadas*.

Parece como si se hubiera articulado un precepto híbrido entre las conductas colusorias y las abusivas, tal vez porque en ocasiones diferenciarlas tajantemente sea una falacia. Recuérdese en este sentido el supuesto antes mencionado de conductas conscientemente paralelas en un mercado oligopolista. Sin embargo mientras la redacción del precepto sea la propuesta, por las razones que fuere, surgirán los problemas antes mencionados.

Es interesante pues reseñar, siquiera sea brevemente, las enmiendas que se han formulado al meritado artículo (29). No son muchas las enmiendas presentadas, pero en cualquier caso suponen matizaciones o modificaciones importantes del texto que se comenta. Así, quienes pretenden sustituir la expresión "dominio en el mercado" por la de "dominio en la totalidad o parte del mercado", en orden a evitar la posible inaplicabilidad del precepto cuando la conducta se refiera tan sólo a un sector del mercado (30). O quienes restringen el ámbito de aplicación del precepto requiriendo el *resultado* de impedir o limitar efectivamente la competencia (31).

Distinto alcance tienen las otras enmiendas presentadas, por cuanto bien pretenden dotar de mayor congruencia al artículo 346, incluyendo también las prácticas concertadas (32) o, por el contrario, defienden la desaparición del precepto en punto a una despenalización o mejor no

(27) Como en parte se recoge para esta clase de prácticas en el artículo 1º. 1 de la LRPRC

(28) Artículo 2º. I en fine: "... de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores".

(29) Vid. el anexo a este trabajo, con las enmiendas presentadas al artículo 346 del Proyecto.

(30) E. 178 y 588.

(31) E. 1367.

(32) E. 1419.

penalización de las conductas descritas en el mismo (33). No obstante, debe tenerse en cuenta que no porque desaparezca este precepto dejarían de ser punibles las prácticas en él descritas, con tal que reunieran los requisitos propios de los supuestos típicos de alteraciones de precios o más particularmente, en su defecto, de algún otro precepto jurídico-penal que sea de aplicación a aspectos concretos de dicha conducta.

Si se quieren solucionar los problemas, ya analizados, que suscita la incorporación de este nuevo precepto, el artículo 346, podría adoptarse, alternativamente, alguna de las siguientes propuestas: 1) desaparición del artículo 346, formulando a su vez el artículo 344 en forma comprensiva de las distintas hipótesis de prácticas restrictivas de la competencia, con el entendimiento de que la alteración de precios, en alguna de sus modalidades, se produce a modo de consecuencia necesaria (34); 2) si se quiere conservar un tipo legal que específicamente sancione las prácticas restrictivas de la competencia, debiera incluir ambas clases de prácticas, colusorias y abusivas (35), introduciéndose a su vez ciertas modificaciones en el artículo 346 que lo hagan más aceptable desde las exigencias propias del principio de legalidad. El empleo del término *considerablemente* en relación, por otra parte, con una finalidad de la conducta que se lleva a cabo (el prevalimiento de la posición de dominio se produce *para* impedir o limitar *considerablemente* la competencia), entra en contradicción con las aludidas exigencias (36). Igualmente sería deseable que la conducta se describiera en forma más acabada, y no empleando términos cuyo contenido exige una pormenorización administrativa o mercantilista.

IV. REFLEXIONES FINALES

El proyecto de nueva regulación penal de las prácticas restrictivas de la competencia se inserta, como ya se ha dicho, en el Título VIII del Libro II, Título que es ciertamente novedoso, incluso en ocasiones audaz. Sin duda que los denominados delitos contra el orden socio-económico requieren en su proyectada normativa de profundas

(33) E. 1581.

(34) Obsérvese que esta propuesta de desaparición del artículo 346 no es equiparable a la pretensión de no penalización de las conductas que en él se describan.

(35) Ambas prohibidas, como se ha visto, en la LRPRC, e igualmente en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

(36) Vid. STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: ob. cit. pág. 46.

reflexiones y justifican sobradamente unas Jornadas como las que ahora nos ocupan.

Pero no puede decirse que el sentimiento de necesidad de articulación —y sistematización— de unos delitos económicos sea nuevo. Esta necesidad, reflejo de un cambio socio-económico que ha ido operando lentamente, ya se manifestó, y valga ello como botón de muestra, en la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de noviembre de 1971 que reformó parcialmente el Código Penal, en donde se afirmaba: “La preocupación, muy difundida en el ámbito social, por los denominados delitos económicos, ha aconsejado una revisión de las *maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, con objeto de adecuar las figuras y las sanciones a las necesidades actuales, dando de este modo un primer paso en pro de la instauración de aquellos delitos en nuestro sistema, siquiera limitada a un mínimo aspecto de los mismos”.

De ahí que sea acertado incluir la nueva regulación de estos delitos entre las que responden al cambio social, tal y como hace la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal que se comenta. Se ha criticado que junto a ellos se aluda también a los delitos contra la libertad sexual lo que, sin embargo, responde a que la nueva regulación que se hace de estos delitos, hasta ahora denominados contra la honestidad, también es fiel reflejo del referido cambio social, e igualmente jurídico, a partir de la Constitución, pues priman los valores propios del Estado de Derecho; en suma la protección de la libertad de la persona y la igualdad entre ellas. Se protege, pues, de un lado la libertad, en su vertiente sexual, de todos los ciudadanos, sin intromisiones de índole moral, que difícilmente pueden ser patrimonio de todos ellos, y se protege también el propio orden económico, lo que debe redundar en beneficio de todos, es decir de la colectividad (37). Que la concreta regulación que se hace en una y otra clase de delitos sea en ocasiones insatisfactoria, es claro. Poner de manifiesto sus imperfecciones es tarea de todos.

Desde el punto de vista político-criminal conviene recordar la inoperatividad en que se sumió la LRPRC en su vertiente penal y la inaplicación de los tipos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas en los supuestos que comentamos. La falta de perseguibilidad de estas conductas depende de muy distintos factores, y como en otra

(37) Otra explicación, que no comparto, de esta referencia conjunta en la Exposición de Motivos del Proyecto, en STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: ob. cit. págs. 8 á 10.

ocasión ya expusimos (38) la creación de nuevas figuras legales no debe inducir a pensar que por sí misma es suficiente para atajar la inoperatividad legal en esta materia.

Justo es reconocer que algunos de esos distintos factores que concurren para la inaplicación de estos preceptos, en ocasiones comunes a la delincuencia de cuello blanco en general (39), pretenden abordarse en el Proyecto que se comenta. La deducción de responsabilidad criminal de quien actúa en nombre de otro —artículo 35— o la articulación de sanciones más apropiadas a la índole de infracción y de infractor —por ejemplo último inciso del artículo 346—, son muestra de ello (40). Con todo las dificultades de perseguibilidad de esta clase de delitos subsisten; inhibición del particular, fomento social, complejidad técnica en los supuestos y correlativa ausencia de medios, etc... (41). Subsiste, en suma, el pesimismo sobre si la nueva regulación posibilitará poner en marcha unos preceptos que formulados de una u otra forma nunca tuvieron excesiva virtualidad.

(38) ob. cit. pág. 305.

(39) Sobre el problema vid. FERNANDEZ ALBOR, A.: ob. cit. pág. 9 y ss.

(40) En relación con las sanciones, vid. BAJO FERNANDEZ, M. "Los delitos..." cit. pág. 24 y ss.

(41) RUIZ VADILLO, E.: "Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1979, nº. 3 pág. 225-226, alude a alguna de dichas insuficiencias y añade: "Tal vez hayan faltado los presupuestos sociales apropiados para llevar a cabo una tarea complicada sí, pero no más que la que supone enjuiciar otras muchas conductas más difíciles de investigar y valorar".

ANEXO

ENMIENDAS PRESENTADAS AL ARTICULO 346.-

ENMIENDA NUM. 178

PRIMER FIRMANTE: Grupo Socialistes de Catalunya.

En nombre del Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya, según el artículo 94 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, presentó la siguiente enmienda al proyecto de Ley Orgánica del Código Penal.

ENMIENDA

Al Artículo 346

Consistente en la sustitución de "dominio en el mercado" por la de "dominio en la totalidad o parte del mercado".

MOTIVACION

Se debe evitar que se presente eludir la aplicación de este tipo mediante la alogación de que no se tiene en la totalidad del mercado.

ENMIENDA NUM. 583

PRIMER FIRMANTE: Grupo Socialista.

En nombre del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso tengo el honor de presentar, al amparo de lo establecido en el artículo 94 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, la siguiente enmienda al articulado del proyecto de Ley Organica del Código Penal.

ENMIENDA

Al artículo 346.

Se propone sustituir la expresión "en el mercado" por "en la totalidad o parte del mercado".

MOTIVACION

Con esta enmienda técnica se pretende evitar que se arguya por el incurso en el tipo que ha impedido o limitado la competencia únicamente en el sector del mercado, supuesto que estimamos punible.

ENMIENDA NUM. 1.367

PRIMER FIRMANTE: Don Perfecto Yebra Martul-Ortega (Grupo Centrista-UCD).

ENMIENDA

Al artículo 346.

Se propone la siguiente redacción:

"Los que prevaleciendo de su posición de dominio en el mercado impidan o limiten considerablemente la competencia serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al daño o peligro que la conducta revista para la economía nacional e intereses de los consumidores o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años".

JUSTIFICACION

Para conseguir una redacción de mejor técnica jurídica.

ENMIENDA NUM.1.419

PRIMER FIRMANTE: Don Gervasio Martínez-Villaseñor García (Grupo Centrista-UCD).

ENMIENDA

Al artículo 346.

"Los que se concierten o prevalgan de su posición de dominio en el mercado, para impedir o limitar considerablemente la competencia, serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al peligro que la conducta revistiere para la economía nacional e intereses de los consumidores o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años".

JUSTIFICACION

Debe castigarse también la creación de la posición de dominio mediante convenios tendentes a los fines explicitados en el precepto.

ENMIENDA NUM. 1.581.

PRIMER FIRMANTE: Grupo Coalición Democrática.

ENMIENDA

Al artículo 346.

Debe desaparecer:

JUSTIFICACION

A este artículo le son aplicables las mismas ideas expuestas al articular diversas enmiendas a los posibles delitos contra la lial competencia y en especial al artículo 341. Si este problema ya está condenado —y con multas superiores a las del proyecto en la Ley 110/1963, parece normal que sea retirado del Código Penal y se juzgue, lo mismo que la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia, por una sala especializada de la jurisdicción ordinaria, unificando así la jurisprudencia y matizando las infracciones según su gravedad económica con un sistema gradual de multas, de prohibiciones, de autorizaciones, etc. En otro caso va a ser difficilísimo determinar, por no decir imposible, donde termina lo ilícito administrativo y donde empieza lo ilícito penal.

LIBERTAD INTERNA Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL*

GREGORIO DELGADO DEL RIO
Catedrático de Derecho canónico

SUMARIO: INTRODUCCION. I. *LOS PLANTEAMIENTOS ACTUALES*: 1. Libertad interna-miedo. 2. Libertad interna-no miedo. 3. Libertad interna-circunstancias internas. II. *VALORACION CRITICO-SISTEMATICA*: 1. La capacidad para el pacto conyugal. 2. Los elementos integrantes del pacto conyugal: a) Circunstancias determinantes. b) Calificación jurídica. c) El capítulo de nulidad alegable. 3. Los vicios del consentimiento.

INTRODUCCION

Como es bien sabido, a partir de Inocencio III, el principio *nuptias non concubitus sed consensus facit* se convirtió definitivamente en el quicio en torno al cual gira todo el sistema matrimonial canónico. No es extraño, pues, que la doctrina y la jurisprudencia de todos los tiempos hayan centrado sus esfuerzos en el análisis de tan singular acto de compromiso así como en todas aquellas circunstancias, bien personales de los contrayentes, bien externas a ellos, que pueden impedirlo o desvirtuarlo como tal. Dicho análisis ha venido realizándose en torno a los presupuestos y requisitos de normalidad del pacto conyugal a través de lo que aparece como negativo: incapacidad,

*Trabajo elaborado, en sus líneas básicas, para los Escritos en Homenaje al Prof. Orio Giacchi.

impedimentos, defectos y vicios del consentimiento (1). Cada uno de estos clásicos capítulos de nulidad ha exigido un específico tratamiento desde el punto de vista del derecho sustantivo y procesal.

Recientemente la doctrina y la jurisprudencia canónicas vienen invocando, como capítulo de nulidad, la falta de libertad interna. Con tan equívoco concepto técnico se contemplan, como veremos posteriormente, una gran variedad de anomalías psíquicas y situaciones anímicas cuya incidencia en el voluntario es muy diversa hasta el punto de poder reconducirse, según los casos, a la temática de las incapacidades consensuales, a los defectos o a los vicios del consentimiento. Este hecho reclama del jurista un esfuerzo por integrar coherentemente dentro del sistema los diferentes datos en cuestión a fin de esclarecer e iluminar tan compleja y, a veces, equívoca materia. El jurista no debe renunciar al método que le es propio. No le basta con que el resultado final, desde un punto de vista procesal, sea el mismo: nulidad del matrimonio. El jurista ha de hacer ciencia y, por tanto, diferenciar nítidamente las instituciones con independencia de que todas ellas tengan como sanción la nulidad del acto. El jurista sabe muy bien que el tratamiento técnico, sustantivo y procesal, de una incapacidad consensual, de un defecto o de un vicio del consentimiento no es el mismo. Cierto que en todos ellos, a resultas de la prueba, el matrimonio se declarará nulo. Pero el jurista debe además definir, conceptualizar y reconducir los hechos contemplados al entramado que ilumina todo el sistema matrimonial canónico. En este contexto pretendemos situar nuestra reflexión que girará en torno a dos grandes coordenadas. De una parte, dejar constancia fiel de los actuales planteamientos doctrinales y jurisprudenciales en torno al tema. De otra, intentar una valoración crítica que nos permita ordenar las materias en cuestión de acuerdo con su naturaleza de causas de nulidad con unas características propias. Esto es, en relación con los presupuestos y elementos o requisitos de normalidad del pacto conyugal.

(1) No es necesario subrayar la variedad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes a la hora de definir tales categorías técnicas y, sobre todo, al encuadrar distintas circunstancias personales de los contrayentes en una u otra. Cfr., sobre el particular, HERVADA-LOMBARDIA, *El Derecho del Pueblo de Dios. III. Derecho matrimonial (I)*, (Pamplona 1973), págs. 315 ss., 335 ss., 345 ss. y 373 ss., con abundantes referencias bibliográficas; REINA, *El consentimiento matrimonial. Sus anomalías y vicios como causas de nulidad* (Barcelona 1978), págs. 45 ss. y 57 ss.; TEJERO, *Calificación jurídica de la amencia en el sistema matrimonial canónico*, en "Ius Canonicum", XVIII (1978), nn. 35-36, págs. 153-220, con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

I. LOS PLANTEAMIENTOS ACTUALES

Al adentrarnos en la exposición de los planteamientos actuales, conviene advertir de entrada que ni siquiera el término *libertad interna* ó *libertas ab intrinseco*, en sí mismo considerado, constituye novedad alguna. Puede hallarse, por citar algunos ejemplos, en Sto. Tomás (2), Sánchez (3), Ponce (4), D'Annibale (5) ó Gasparri (6) y en decisiones jurisprudenciales como la *Coram Massimi*, de 28-VII-1928 (7), otra *Coram Massimi*, de 10-VII-1931 (8), una *Coram Heard*, de 5-VI-1941 (9) y otra *Coram Quattrocolo*, de 16-VI-1943 (10), por referirnos a ejemplos un tanto lejanos a nuestro tiempo. Mucho menos es novedosa la realidad de fondo que se contempla. En base a un conocido texto de Sto. Tomás (11), ampliamente glosado por toda la doctrina escolástica y los moralistas clásicos, la doctrina y la jurisprudencia de todos los tiempos han subrayado la necesidad de que los contrayentes estén libres de toda predeterminación intrínseca y asuman el compromiso matrimonial previa una deliberación suficiente (12). ¿Dónde, pues, radica la novedad del planteamiento actual en relación con la falta de libertad interna?

(2) *I-II*, q. 1, a. 1; q. 6, arts. 1-8.

(3) *De Sancto Matrimonii Sacramento* (Lugduni 1620), Lib. I, disp. VIII, págs. 25-29.

(4) *De Sacramento Matrimonii Tractatus* (Lugduni 1640), Lib. IV, cap. I, págs. 144-147.

(5) *Summula Theologiae Moralis* (Romae 1866), Tract. II, Cap. I-II, págs. 108-146.

(6) *Tractatus Canonicus de Matrimonio*, II (Parisiis 1904), nn. 871-879, 926, págs. 1-8 y 45-46.

(7) SRRD 20 (1928), n. 2, pág. 318.

(8) SRRD 23 (1931), n. 2, págs. 274.

(9) SRRD 33 (1941), n. 2, págs. 489-490.

(10) SRRD 35 (1943), nn. 3-9, págs. 432-438.

(11) "Respondeo dicendum quod actionum quae ab homine aguntur, illae solae proprie dicuntur *humanae*, quae sunt propriae hominis in quantum est homo. Differt autem homo ab aliis irrationabilibus creaturis in hoc, quod est suorum actuum dominus. Unde illae solae actiones vocantur propriae humanae, quarum homo est dominus. Est autem homo dominus suorum actuum per rationem et voluntatem: unde et liberum arbitrium esse dicitur *facultas voluntatis et rationis*. Illae ergo actiones propriae humanae dicuntur, quae ex voluntate deliberata procedunt. Si quae autem aliae actiones homini conveniant, possunt dici quidem *hominis* actiones; sed non proprie humanae, cum non sint hominis in quantum est homo". *I-II*, q. 1, art. 1. Cfr. q. 1, art. 3 y q. 18, art. 9. Una exposición completa del acto humano según la doctrina de Santo Tomás puede verse, entre otros, en DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral* (Madrid 1969).

(12) Una referencia bibliográfica de la doctrina más frecuentemente citada al respecto por la jurisprudencia rotal puede hallarse en REINA BERNALDEZ, *El defecto*

Aunque el fenómeno tiene claros precedentes anteriores, a raíz del Concilio Vaticano II el sistema matrimonial canónico se ha visto desbordado por una conflictividad creciente. Prescindiendo de las cuestiones de fondo implicadas, lo cierto es que el referido fenómeno ha tenido concretas repercusiones técnicas en el acabado engranaje del sistema. Al utilizar el proceso y la declaración de nulidad como instrumentos al servicio de soluciones llamadas "pastorales", se han centrado los esfuerzos en adquirir, por vía personal, la certeza moral de la nulidad, con independencia, en muchos casos, del camino técnico a seguir. Ello ha determinado, en concreto, el excesivo protagonismo del *in facto esse* al valorar el *in fieri* y la proliferación de aparentemente nuevos capítulos de nulidad. Todo ello, como es lógico, en beneficio del equívoco, de la falta de rigor en los conceptos utilizados y del oscurecimiento de las líneas definitorias de los diferentes capítulos de nulidad. Dicho fenómeno, no obstante los recientes intentos de explicación técnica (13), sigue en parte vigente, con independencia del acierto o no en las soluciones concretas.

La alegación de la falta de libertad interna, como capítulo de nulidad, se inscribe como una manifestación más del referido fenómeno. Por pura lógica interna, dados los presupuestos de partida, no se presenta como un concepto técnico unitario, sino equívoco, y referido a realidades cuyo tratamiento, en sede de derecho sustantivo y procesal, ha de ser muy diferente. No es extraño, pues, que una *Coram Serrano*, de 30-IV-1974 (14), reconozca expresamente que "sub diversis quoque nominibus de libertatis interno defectu agunt decisiones...". Veamos, pues, en concreto los supuestos de hecho contemplados y el distinto tratamiento jurídico otorgado cuando se alega, como capítulo de nulidad, la falta de libertad interna.

1. Libertad interna - miedo

"Por su misma esencia, afirma una *Coram Noguera*, de 30-VII-1976 (15), del Tribunal eclesiástico de Barcelona, quien celebró un

de libertad interna como causa de nulidad en el matrimonio, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 66 (1977), págs. 342 ss. Asimismo el esquema de conceptos habituales en los *In iure* sobre el particular fue sistematizado ya en una *Coram Canestri*, de 6-VII-1943, SRRD 35 (1943), nn. 4-11 pág. 596-600.

(13) Cfr., por ejemplo, AUBERT, *Sacramentalité et réalité humaine du mariage*, en "Revue de Droit Canonique", 30 (1980), págs. 140-150 y DE NAUROIS, *Le mariage des baptisés de l'Eglise Catholique qui n'ont pas la foi*, Ibidem, págs. 151-174.

(14) En "Ephemerides Iuris Canonici", 31 (1975), n. 4, pág. 193.

(15) El texto de esta sentencia puede hallarse en REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, cit., págs. 331-337.

matrimonio nulo por miedo, careció de la necesaria *libertad interna* para un contrato de tanta trascendencia y que vincula para toda la vida y afecta a aspectos de la máxima importancia vital para toda persona humana... Ahora bien, ...es obvio que admitida la realidad del miedo invalidante del matrimonio, lógicamente debe aceptarse también —aunque no como capítulo distinto— la existencia en el ánimo del paciente de la consiguiente perturbación que impidió que su consentimiento fuera un acto perfectamente deliberado; o, dicho de otro modo, en tal supuesto, es preciso concluir que el miedo impidió que el consentimiento matrimonial fuera prestado con la necesaria libertad interna” (16).

La libertad interna, de acuerdo con este criterio, se utiliza como sinónimo de suficiente o necesaria deliberación, requisito indispensable para poder calificar el acto del consentimiento como verdadero acto humano. La situación anímica concreta del contrayente, efecto necesario (“por su misma esencia”, “por definición”) de la coacción moral ejercida, ha impedido que el acto del consentimiento fuese perfectamente deliberado, al menos en un grado tal que permita su calificación como verdadero acto humano.

Ahora bien, “en este caso el defecto de libertad interna puede considerarse como un signo externo de la existencia del miedo, como elemento integrador de ese vicio del consentimiento, y por tanto la falta de libertad interna se encuentra subsumida en el supuesto legal del miedo, o como declara la sentencia ‘circunscrita exclusivamente al capítulo del miedo’ ” (17). La falta de libertad interna se configura, pues, como un vicio del consentimiento, subsumido en el del miedo. Desde esta perspectiva, “se deduce que la falta de la necesaria libertad interna *originada por el miedo invalidante*,... no constituye capítulo distinto de éste” (18), sino que el segundo extremo del Dubium (“o

(16) “Por definición, en un matrimonio nulo *por miedo*, no se tuvo la *necesaria libertad interna* para un contrato tan importante y que tanto afecta a toda la vida a partir de este momento...”, *Coram Bastida*, 15-X-1975, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en “Revista Jurídica de Cataluña”, Jurisprudencia, 2 (1977), n. 8, pág. 358.

(17) REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, cit, pág. 388.

(18) *Coram Riera*, 23-IX-1976, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en “Revista Jurídica de Cataluña”, Jurisprudencia, 2 (1976), n. 13, pág. 316. Criterio apoyado en los siguientes términos de una *Coram Albares*, 9-IV-1976, del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica, referidos expresamente: “cuando la falta de la necesaria libertad interna es *causada por el miedo invalidante*, es improcedente considerarla como capítulo distinto del mismo y hacer recaer la sentencia sobre ambos capítulos como distintos”. *Ibidem*.

Sin embargo, en posteriores sentencias del Tribunal eclesiástico de Barcelona, se ha mantenido que “parece lógico deducir que se puede estimar la nulidad del matrimonio

bien... por falta de la necesaria libertad interna") tiene "un valor meramente explicativo del inciso precedente, esto es, del capítulo del miedo (19).

Un reciente Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica (20) entiende que el consentimiento matrimonial puede ser afectado por el miedo de tres modos diversos: "a) quitando plenamente la responsabilidad y la razón; b) sin llegar a quitar plenamente la razón y la responsabilidad, pero sin dejar una *libertad interna* suficientemente apta para asumir graves obligaciones; c) sin llegar a quitar esta libertad interna, pero afectando con cierta gravedad y con injuria" (21). Desde esta perspectiva, no se establece necesariamente un nexo causal entre miedo y falta de libertad interna, como en los supuestos analizados anteriormente. El miedo, que reúne los requisitos legales del c. 1087, 1, puede en supuestos concretos, determinar una falta de libertad interna. ¿Cómo se entiende, en este caso, la falta de libertad interna y cuáles son sus relaciones con el miedo?

"Cuando no se ha llegado a quitar totalmente el uso de la razón, puede darse el caso de que el consentimiento ha quedado tan mermado en voluntariedad que difícilmente puede ser considerado como acto plenamente libre, no ha habido suficiente deliberación, no ha sido el contrayente dueño de sí mismo. En cuanto a la voluntariedad diríamos que es un grado intermedio entre el caso de falta de razón y el considerado en el cánón 1087 ocasionado por una causa libre y extrínseca. La invalidez del acto radicaría en la *falta de libertad interna* tal y como se requiere en el matrimonio por las graves obligaciones que en él se asumen. Habría que recurrir al cánón 1081, que exige ser persona hábil según derecho y no lo sería quien careciese de esa libertad interna. También sería aplicable el derecho natural en este caso, dadas las graves obligaciones que se asumen en el matrimonio" (22).

no sólo por el capítulo de falta de libertad interna al considerar no suficientemente probado el miedo: sino, cuando éste se aprecia, con carácter subsidiario, para el caso que en cuanto al primero adoptara un criterio divergente el Tribunal de apelación", *Coram Bastida*, 15-XI-1978, en "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 5 (1980), n. 9, pág. 240. Cfr. asimismo otra *Coram Bastida*, 30-VII-1979, en "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 2 (1981), n. 10, pág. 194.

(19) *Ibidem*, n. 3, pág. 443. Cfr. *Coram Bastida*, 15-X-1975, *cit.*, n. 8, pág. 358.

(20) *Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, en "Revista de Derecho Privado", mayo (1978), págs. 442-445.

(21) *Ibidem*, n. 3, pág. 443. Cfr. *Coram Gil de las Heras*, sin fecha, en "Revista de Derecho Privado", abril (1979), n. 5, pág. 398.

(22) *Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, *cit.*, n. 3, 2, pág. 443. Este concepto de libertad interna ha sido explicado aún más en los siguientes términos: "Y otro motivo de

En consecuencia, la falta de libertad interna, según este punto de vista, estriba en una situación en la que la *voluntariedad* ha sido profundamente *viciada*. El contrayente no es *dueño de sí mismo*. Y ello con independencia de la causa concreta que determine tal situación: por miedo del c. 1087 o por otras circunstancias. Tan gravemente resulta afectada la *voluntariedad* que la nulidad del consentimiento encontraría su apoyo en el propio Derecho natural. En definitiva, la falta de libertad interna se hace consistir en la ausencia de *proporción* entre el dominio de sí mismo y el compromiso asumido (23).

En el caso de que la falta de libertad interna coexista, en un supuesto concreto, con el miedo del c. 1087, la citada línea jurisprudencial entiende que estamos ante capítulos de nulidad distintos. "En realidad deben ser capítulos incompatibles simultáneamente, porque si se contrajo matrimonio por miedo grave injustamente inferido por una causa libre y externa, *hubo consentimiento* aunque viciado en menor intensidad, pero si se contrajo con falta de libertad interna, el consentimiento quedó tan viciado que *no fue libre en modo alguno*. Realmente no hubo consentimiento como hablan los cánones 1081, 1082, 1084, 1085, 1086, 1088. En consecuencia, estimamos que sería incongruente una sentencia que se pronunciara simultáneamente sobre los dos capítulos. Aun que pueda pronunciarse la nulidad *por falta de libertad interna producida por miedo*. Como procedería pronunciarse sobre el miedo como causa de nulidad y subsidiariamente sobre el defecto de libertad interna" (24).

En definitiva, esta línea jurisprudencial configura la falta de libertad interna, aunque haya sido provocada por circunstancias

diferencia entre el caso de nulidad por miedo grave y el de nulidad por falta de libertad interna es que en éste la nulidad se fundamenta en el mismo *derecho natural*, pues no hay ningún canon para apoyarla en la ley positiva. Y si en este caso el matrimonio es nulo por derecho natural, la *voluntariedad* estará viciada más profundamente que en el caso de miedo. Por eso la Jurisprudencia ha concretado el caso de libertad interna al caso en el que el contrayente *no es dueño de sí mismo* (SRRD., 24 (1931), pág. 274, núm. 2 c. MASSIMI; 57 (1965), pág. 367, n. 2 c. BRENNAN; 59 (1967), pág. 810, n. 4 c. DE JORIO; Sentencia c. FELICI, en 'Il diritto ecclesiastico', 1972, enero-junio, págs. 1 y ss., n. 2, 3, 7), o 'no se da *proporción entre el dominio de sí mismo, gravemente debilitado, y el compromiso dado y recibido para el consorcio de vida íntimo y perpetuo* (cfr. Sentencia c. ANNE, del 26 de enero de 1971, en 'Il Diritto ecclesiastico', 1972, enero-junio, págs. 1 y ss., n. 2, 3 y 7)", *Coram Gil de las Heras*, sin fecha, *cit.*, n. 3, pág. 212.

(23) Cfr. *Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, *cit.*, n. 4, pág. 444; *Coram Gil de las Heras*, sin fecha, *cit.*, n. 6, pág. 398.

(24) *Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, *cit.*, n. 4, pág. 444. Cfr. *Coram Gil de las Heras*, 22-XI-1978, *cit.*, n. 4, pág. 212.

calificables de miedo en sentido estricto, como aquella situación anímica de tal naturaleza que la voluntariedad aparece *profundamente debilitada* y, en consecuencia, *el consentimiento*, aunque existente, ha sido *gravísimamente viciado o debilitado* (25).

2. Libertad interna - no miedo

“Puede darse el caso (26) de que no resulte probada la realidad del miedo invalidante del matrimonio, pero sí la de una perturbación interior, similar a la del miedo, aunque no provocada primordialmente por causas externas e injustas (según se requiere para el miedo) sino por causas de otra índole (por ejemplo internas). En este caso es procedente considerar *la falta de la necesaria libertad interna* como capítulo invalidante del matrimonio, distinto del miedo”. ¿Cuál es el camino seguido en orden a subrayar acertadamente esta autonomía de la falta de libertad interna como capítulo de nulidad, distinto del miedo?

Se parte, en primer lugar, de la tradicional concepción del matrimonio cristiano a la luz de la reciente clarificación del Vaticano II (27). Un acto de compromiso de tal naturaleza exige, como siempre ha puesto de relieve la Iglesia, tutelar y defender su carácter personal, esto es, reafirmar, entre otros elementos, la necesidad de que sea emitido con la suficiente deliberación. A este propósito suele aducirse y comentarse un conocido texto de Santo Tomás (28), ampliamente glosado por la doctrina y la jurisprudencia de todos los tiempos. Para que el consentimiento matrimonial, causa eficiente del matrimonio, sea válido y despliegue sus efectos jurídicos es necesario que haya sido formado y emitido con suficiente libertad interna o deliberación. Es necesario que se trate de un verdadero acto humano. Es necesario que el contrayente se haya autodeterminado y comprometido libremente de tal forma que pueda decirse “dueño” de sus actos (29).

(25) Cfr. *Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, *cit.*, n. 3, 2, pág. 443; *Coram Gil de las Heras*, 22-XI-1978, *cit.*, n. 3, pág. 212; *Coram Gil de las Heras*, sin fecha, *cit.*, n. 5, pág. 398.

(26) *Coram Noguera*, 30-VII-1976, *cit.*, n. 11, pág. 332.

(27) Const. *Gaudium et Spes*, nn. 47-52.

(28) Cfr. nota n. 11.

(29) Cfr., entre otras, *Coram Riera*, 9-XI-1973, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en “Colectánea de Jurisprudencia canónica”, 2 (1974), n. 8, pág. 169; *Coram Martínez Sistach*, 25-IV-1975, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en “Colectánea de Jurisprudencia canónica”, 5 (1976), nn. 5-8, 17, págs. 158-160 y 163-164; *Coram Bastida*, 15-X-1975, *cit.*, n. 8, págs. 358-359; *Coram Noguera*, 30-VII-1976, *cit.*, n. 11,

Sentado este primer principio (30), se subraya, en segundo lugar, el grado de libertad interna o deliberación necesaria y suficiente. A este respecto, se aducen preferentemente, entre otros, dos textos. Uno de la rotal *Coram Felici*, de 22-V-1956 (31) y otro de la también rotal *Coram Anné*, de 26-I-1971 (32). Finalmente se indican las causas concretas que pueden determinar de hecho una falta de suficiente deliberación en el contrayente. A este respecto, se indica que "en orden a invalidar el matrimonio, tanto da que su origen se deba a un obstáculo patológico habitual, como a una circunstancia o cúmulo de circunstancias ocasionales y transitorias que produzcan notable ofuscación en los dos contrayentes o en uno de ellos por motivos diversos, como pueden ser el embarazo de la futura esposa... y las presiones de la familia... disgustada o costernada por lo sucedido y apremiantes para que se efectúe el matrimonio cuanto antes, haciendo con esta manera de proceder que aumente el ofuscamiento y que el dominio de los propios actos mediante el entendimiento y la voluntad sea cada vez menor y no constituya el consentimiento matrimonial acto humano o, al menos, deje de ser perfecto y suficiente para contraer válidamente matrimonio" (33).

págs. 332-333; *Coram Riera*, 23-IX-1976, *cit.*, n. 8, pág. 311; *Coram Zayas*, 28-IV-1977, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 3 (1978), nn. 8 y 16, págs. 562 y 565-566; *Coram Zayas*, 3-XII-1977, *Ibidem*, 1 (1978), nn. 8-13, págs. 128-130; *Coram Bastida*, 30-XII-1977, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 1 (1978), n. 8, pág. 142 y *Coram Benito Tolsau*, 28-II-1978, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, *Ibidem*, 1 (1980), n. 14, pág. 244.

(30) Además del conocido texto de Sto. Tomás suele aducirse, entre otros, un texto de la rotal *Coram Massimi*, 10-VII-1931, SRRD 23 (1931), n. 2, pág. 274.

(31) "...id robor voluntatis, quod ad corrivantia iura et obligationes que danda et acceptanda par sit", SRRD 48 (1956), n. 2, pág. 468.

(32) "Liberi, itaque, consensus matrimonialis momentum et gradus denotantur ipso istius obiecto, quod est fides (impegn) irrescindibilis tradenti et acceptandi intimam et indissolubilem vitae consortium seu communionem, quae est vita coniugalis... Requiritur, exinde, sufficiens aequatio inter, hinc, nupturientis dominium suimetipsius seu liberum eius arbitrium et, illinc, fidem (impegn) ad suscipiendum consortium vitae intimissimum, quod est matrimonium in facto esse", "Il Diritto Ecclesiastico", 83 (1972), II, n. 7, pág. 6. Cfr. notas nn. 22 y 23 del presente trabajo y REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, *cit.*, págs. 364-371, con abundantes referencias jurisprudenciales.

(33) Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostolica, *Coram Albares*, 17-IV-1974, citado por REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, *cit.*, pág. 333, en el cuerpo de una *Coram Noguera*, 30-VII-1976, *ibidem*. Cfr. *Coram Bastida*, 15-X-1975, *cit.*, n. 8, pág. 359; *Coram Bastida*, 30-XII-1977, *cit.*, n. 8, págs. 143-144. Asimismo entre la doctrina, cfr. REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, *cit.*, págs. 359-364 y RIERA, *Evolución de la jurisprudencia canónica en las causas matrimoniales*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 2 (1975), págs. 387-388. Asimismo cfr. *Coram Gil de las Heras*, sin fecha, *cit.*, n. 6, pág. 398.

La situación anímica del contrayente, efecto directo e inmediato de una serie de presiones de diversa naturaleza (la mayoría de los supuestos de hecho se articulan en torno a la situación familiar y social derivada del embarazo previo de la futura esposa), no constitutivas de miedo, ha disminuido e impedido la deliberación necesaria para que el consentimiento constituya un verdadero acto humano. Se trata de una situación, caracterizada por tales rasgos, que lleva al ánimo del Juzgador la certeza moral de que ésta constituyó un ambiente nada propicio para emanar con la debida deliberación un acto tan comprometedor como el consentimiento matrimonial. Situación en la que, atendiendo a las circunstancias concurrentes y probadas en Autos, el contrayente no fue dueño de sus actos, no pudo optar con la debida libertad, no pudo autodeterminarse (34). En definitiva, "el consentimiento resulta viciado por defecto de libertad interna o de suficiente deliberación" (35). La voluntariedad ha sido tan profundamente afectada por las circunstancias concurrentes que el consentimiento ha de considerarse como gravísimamente viciado (36).

Finalmente debemos subrayar la posición de una *Coram Zayas*, de 3-XII-1977 (37), según la cual la falta de libertad interna no es un simple "defecto" sino que "comporta la no-existencia del consentimiento".

3. Libertad interna-circunstancias internas

Bajo el término técnico de falta de libertad interna se alude, por último, a determinadas alteraciones, preferentemente síquicas, de las potencias que intervienen en la toma de decisiones humanas. Alteraciones o trastornos de la personalidad que hacen incapaz a quien los padece en orden a optar libremente por el matrimonio. Tales enfermedades afectan tan gravemente al mecanismo humano del voluntario

El anterior criterio jurisprudencial está también presente en la *Coram Pérez Ramos*, 9-XI-1974, del Tribunal eclesiástico de Palma de Mallorca, en "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 1 (1980), nn. 6, 11-14, págs. 270-274; *Coram Bastida*, 15-XI-1978, cit., nn. 8, 9 y ss., págs. 238-251; *Coram Pérez Ramos*, 22-VII-1978, en "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 5 (1980), nn. 8-11, págs. 252-256; *Coram Bastida*, 20-VII-1979, cit., nn. 9 ss., págs. 465-479.

(34) Cfr., por ejemplo, la *Coram Riera*, 9-XI-1973, cit., n. 33, págs. 195-196 y *Coram Bastida*, 15-IX-1975, cit., n. 18, págs. 364-365.

(35) *Coram Albares*, 17-IV-1974, cit., pág. 333.

(36) Cfr. nota n. 25 del presente trabajo.

(37) En "Revista Jurídica de Cataluña", Jurisprudencia, 1 (1978), n. 10, pág. 129. Cfr. otra *Coram Zayas*, 28-IV-1977, cit., n. 17, pág. 566 y una *Coram Benito Tolsau*, 28-II-1978, cit., nn. 14 y 42, págs. 244 y 258.

que quien las sufre no puede determinarse por el matrimonio con aquel grado proporcionado de libertad, exigida para un acto tan comprometedor como el matrimonio.

En realidad, esta temática siempre ha estado presente en la doctrina y en la jurisprudencia de todos los tiempos a propósito, por ejemplo, de la discreción de juicio. Recientemente, y con base en la Const. *Gaudium et Spes*, se viene insistiendo especialmente en el carácter comprometedor del consentimiento y, por consiguiente, en la necesidad de un grado proporcionado de libertad (38). El contraente que, como consecuencia de una determinada enfermedad o trastorno de la personalidad (alcoholismo, hiperestesia sexual, droga, infantilismo, sicopatía, neurosis, homosexualidad, obsesiones, inmadurez afectiva, oligofrenia, epilepsia, autosugestión, etc.), es incapaz para emitir un consentimiento con tal grado de libertad interna, no contrae válidamente matrimonio porque, en definitiva, carece de la libertad interna necesaria, esto es, por una incapacidad consensual.

Sin duda alguna, la falta de libertad interna en el sentido expuesto ha sido, en cuanto capítulo autónomo de nulidad, obra específica de la jurisprudencia rotal al valorar, cada vez con mayor profundidad, las repercusiones de determinados trastornos de la personalidad en el mecanismo del voluntario y, en consecuencia, en la capacidad de quienes los padecen en orden a emanar el acto verdaderamente humano del consentimiento matrimonial (39). Precisamente el punto

(38) Cfr., entre otras, *Coram Massimi*, 10-VII-1931, SRRD 23 (1931), n. 2, pág. 274; *Coram Felici*, 22-V-1956, SRRD 48 (1956), n. 2, pág. 468; *Coram Anné*, 25-II-1969, en "Ephemerides Iuris Canonici", 26 (1970), nn. 3, 12-18, págs. 419-420 y 428-432; *Coram Anné*, 26-I-1971, en "Il Diritto ecclesiastico", 83 (1972), II, nn. 7 y 8, págs. 6-8; *Coram Ewers*, 27-V-1972, en "Monitor Ecclesiasticus", 98 (1972), nn. 2-6 págs. 209-211. Cfr. REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, cit., págs. 364-371, con abundantes referencias jurisprudenciales y ARIAS, *El defecto de libertad interna y la nulidad del matrimonio*, en "Ius Canonicum", XV (1975), n. 29, págs. 293-308, comentario a dos rotales *Coram Anné*, 22-VII-1969 y 26-X-1972, cuyo texto puede verse en las págs. 279-292 del citado volumen y número de "Ius Canonicum".

(39) La doctrina canónica, por su parte, no ha permanecido ajena a dicho fenómeno, si bien el esfuerzo realizado hasta ahora se ha orientado más a glosar las abundantes referencias jurisprudenciales que a integrar los datos en cuestión dentro de las coordenadas del sistema matrimonial canónico. Pueden encontrarse sugerentes reflexiones y abundantes referencias, particularmente jurisprudenciales, entre otros, en: KEATING, *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage. An Analysis of Rotal Jurisprudence* (Roma 1964); ARREGUI, *Cuestiones sobre la debida discreción mental en el matrimonio canónico*, en "Ius Canonicum", V. 1 (1965), págs. 213-245; FINNEGAN, *The Capacity to Marry*, en "The Jurist", 29 (1969), págs. 141-156; LEFEBVRE, *L'évolution actuelle de la Jurisprudence matrimoniale*, en "Revue

de partida se sitúa en un análisis y exposición de la llamada libertad interna en el contexto del acto humano y los requisitos que debe reunir para tal calificación (40). El consentimiento matrimonial no puede ser tenido como tal si no es un verdadero acto humano. Por consiguiente, el consentimiento matrimonial queda desautorizado como tal si, en su formación, han hecho acto de presencia factores de tal naturaleza que han alterado gravemente las potencias humanas que intervienen en la formación del acto humano voluntario. Es decir, para la formación y emisión del acto humano voluntario del consentimiento matrimonial se exige o es preciso que el contrayente goce de una capacidad al respecto, proporcionada a la importancia y trascendencia del compromiso que se asume. Si, como consecuencia de ciertas enfermedades o trastornos de la personalidad, el contrayente no goza de tal grado de capacidad, el consentimiento no tendrá validez alguna.

Para comprender con mayor precisión la realidad que se valora, a través del término falta de libertad interna, nada mejor que transcribir alguna de las expresiones jurisprudenciales al respecto. El contrayente

de Droit Canonique", 24 (1974), pág. 355; RIERA, *Evolución de la jurisprudencia...*, cit.; FUMAGALLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in Diritto canonico* (Milano 1974), págs. 94 ss., 308 ss.; *Il Matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso* (Milano 1978), págs. 135-160 y 191-224; REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, cit.; SANTOS DIEZ, *La incapacidad psíquica en el consentimiento matrimonial*, en "El consentimiento matrimonial, hoy" (Barcelona 1976), págs. 11-29; VERNAY, *Défaut de discretio iudicii et défaut de liberté interne*, en "Revue de Droit Canonique", 27 (1977), págs. 147-158.

(40) Cfr. REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, cit., págs. 342-359; ID., *Personalidades psicopáticas y consentimiento matrimonial*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 66-(1977), págs. 616-629; ID., *La incidencia de las perturbaciones psíquicas en el consentimiento matrimonial*, Jaen 1979. En estos documentados trabajos puede hallarse una abundante referencia bibliográfica y jurisprudencial.

Por lo que hace referencia a la jurisprudencia, cfr., entre otras muchas, *Coram Wynen*, 27-II-1937, SRRD 23 (1937), n. 3, pág. 171; *Coram Canestri*, 16-VII-1943, SRRD 35 (1943), nn. 4-11, págs. 596-600; *Coram Heard*, 30-XII-1947, SRRD 39 (1947), n. 4, págs. 619-620; *Coram Bejan*, 25-X-1958, SRRD 50 (1958), n. 3, pág. 530; *Coram Sabbatani*, 14-III-1959, SRRD 51 (1959), n. 3, págs. 142-143; *Coram Sabbatani*, 24-II-1961, SRRD 53 (1971), nn. 3-14, págs. 117-126; *Coram Rogers*, 22-II-1965, SRRD 57 (1974), nn. 2-6, págs. 210-212; *Coram Bonet*, 11-XII-1967, SRRD 59 (1976), nn. 5-7, págs. 842-843; *Coram Bonet*, 18-XII-1967, SRRD 59 (1976), n. 3, pág. 857; *Coram Bejan*, 7-II-1968, SRRD 60 (1978), nn. 3-7, págs. 66-68; *Coram Anné*, 22-VII-1969, en "Ius Canonicum", XV (1975), n. 29, nn. 2-3, pág. 287; *Coram Anné*, 26-I-1971, en "Il Diritto ecclesiastico", 83 (1972), II, nn. 7-8, págs. 6-8; *Coram Ewers*, 13-V-1972, en "Monitor Ecclesiasticus", 98 (1973), n. 2, pág. 199; *Coram Anné*, 26-X-1972, en "Ius Canonicum", XV (1975), n. 29, nn. 2-4, págs. 280-281.

Una relación, bastante completa, de la más reciente jurisprudencia rotal al respecto puede hallarse en GIL DE LAS HERAS, *La falta de libertad interna y la nulidad de matrimonio*, en "Revista de Derecho Privado", septiembre (1981), págs. 771-777.

no pudo emitir un consentimiento válido “cum careat illa libertate electionis ab intrinseco qua deficiente actus vere humanus non existit” (41). El consentimiento matrimonial no fue un acto libre porque “ob defectum intrinsecum voluntatis necessario ad actum determinatur” (42). La libertad de la voluntad, al elegir el estado matrimonial, es incompatible con “abulia seu inertia, vel impulsio cui resisti nequit. Aliis verbis, excludenda est omnis praedeterminatio interna” (43). La capacidad de libertad en orden al matrimonio “per hallucinationes et sensuum deliria... perverti possunt et a voluntatis domini subduci”, de tal forma que no puede hacerse una elección libre (44). “Etsi sciens et volens consensum emisit, tamen ob suam mentis infirmitatem serio non potest matrimonium contrahere, utpote incapax libere eligendi officia essentialia connubii, status psychopathologici causa” (45), ya que perturba “harmonica illa ordinatio ac conspiratio superiorum facultatum” (46).

(41) Cfr., por ejemplo, *Coram Bonet*, 11-XII-1967, SRRD 59 (1976), n. 5, pág. 842; *Coram Bonet*, 18-XII-1967, SRRD 59 (1976), n. 3, pág. 857; *Coram Pinto*, 8-VII-1974, en “Monitor Ecclesiasticus”, 100 (1975), nn. 2-6, págs. 497-502.

(42) Cfr., entre otras, *Coram Heard*, 30-XII-1947, SRRD 39 (1947), n. 4, pág. 619; *Coram Anné*, 28-VI-1965, SRRD 57 (1974), n. 6, págs. 503-504; *Coram Ewers*, 27-V-1972, en “Monitor Ecclesiasticus”, 98 (1973), n. 2, pág. 209.

(43) Cfr., entre otras, *Coram Wynen*, 13-IV-1943, SRRD 35 (1943), n. 5, pág. 273; *Coram Mattioli*, 4-IV-1966, SRRD 58 (1975), n. 2, págs. 211-213; *Coram Bejan*, 23-VII-1969, SRRD 61 (1979), n. 3, pág. 874; *Coram Lefebvre*, 21-II-1970, en “Monitor Ecclesiasticus”, 98 (1973), nn. 11-12, págs. 193-194; *Coram Pompèdda*, 28-VI-1971, en “Monitor Ecclesiasticus”, 97 (1972), nn. 2-5, págs. 74-77; *Coram Ewers*, 27-VI-1972, en “Monitor Ecclesiasticus”, 98 (1973), n. 6, pág. 211; *Coram Bejan*, 25-X-1972, en “Revue de Droit Canonique”, 24 (1974), n. 8, págs. 76-77; *Coram Serrano*, 30-IV-1974, en “Ephemerides Iuris Canonici”, 31 (1975), nn. 3-5, págs. 192-194.

(44) *Coram Parillo*, 16-II-1928, SRRD 20 (1928), n. 15, pág. 68; *Coram Heard*, 5-VI-1941, SRRD 33 (1941), n. 2, págs. 483-490; *Coram Pinna*, 4-IV-1963, SRRD 55 (1972), nn. 2-7, págs. 257-261; *Coram Lefebvre*, 4-V-1968, SRRD 60 (1978), nn. 2-3, págs. 338-339; *Coram Ewers*, 27-V-1972, en “Monitor Ecclesiasticus”, 98 (1973), nn. 2-6, págs. 209-211; *Coram Pinto*, 8-VII-1974, en “Monitor Ecclesiasticus”, 100 (1975), nn. 2-6, págs. 497-502.

(45) Cfr., entre otras, *Coram Jullien*, 16-X-1942, SRRD 34 (1942), nn. 2 y 9, págs. 776 y 779; *Coram Bonet*, 18-XII-1967, SRRD 59 (1976), n. 3, pág. 857; *Coram Ewers*, 13-V-1972, en “Monitor Ecclesiasticus”, 98 (1973), nn. 2-5, págs. 199-201.

(46) Cfr., entre otras, *Coram Heard*, 5-VI-1941, SRRD 33 (1941), n. 2, págs. 489-490; *Coram Mattioli*, 20-XII-1962, SRRD 54 (1972), n. 2, págs. 708-711; *Coram Pinna*, 4-IV-1963, SRRD 55 (1972), n. 2, pág. 257; *Coram Anné*, 28-VI-1965, SRRD 57 (1974), n. 6, págs. 503-504; *Coram Mattioli*, 4-IV-1966, SRRD 58 (1975), n. 2, págs. 211-213; *Coram Lefebvre*, 8-VII-1967, SRRD 59 (1976), nn. 2-4, págs. 563-565; *Coram Lefebvre*, 2-XII-1967, SRRD 59 (1976), n. 4, pág. 800; *Coram Bonet*, 11-XII-1967, SRRD 59 (1976), n. 5, pág. 842; *Coram Bejan*, 7-II-1968, SRRD 61 (1978), nn. 3-6, págs. 66-68; *Coram Anné*, 26-X-1972, en “Ius Canonicum”, XV (1975), n. 29, n. 3, pág. 280.

Por último, debemos significar que, no obstante tales valoraciones, el capítulo de nulidad alegado y fijado en el Dubium no siempre es la falta de libertad interna. No es infrecuente encontrarse con estos otros capítulos: defecto de consentimiento, amencia, demencia, falta de discreción de juicio, incapacidad para asumir las obligaciones matrimoniales, etc.

En un intento por sistematizar el breve análisis realizado en torno a los actuales planteamientos, advertimos que, bajo el término falta de libertad interna, como capítulo de nulidad, se hace referencia a cosas, situaciones o realidades muy distintas, a las que se otorga, a su vez, una calificación jurídica muy diferente. En concreto, se hace referencia: 1) A la falta de suficiente deliberación actual, provocada por circunstancias susceptibles de ser calificadas como miedo del c. 1087 ó por circunstancias que no reúnen todos los requisitos legales del miedo. En ambos casos, tal falta de suficiente deliberación actual se configura bien como un defecto de consentimiento (inexistencia), bien como un simple vicio del mismo; y 2) A la existencia de una incapacidad consensual como consecuencia de trastornos de la personalidad que alteran gravemente las potencias que intervienen en la toma de decisiones humanas.

La equivocidad del término, en consecuencia, es manifiesta por más que la *Coram Ewers*, de 27-V-1972, no le otorgue valor alguno al entender que, en definitiva, todos los supuestos convienen entre sí en un único punto: La falta de una deliberación plena y suficiente (47). Aquí radica precisamente la equivocidad y el campo propio del quehacer del jurista. El efecto final o sanción no ha sido ni es un criterio técnico seguro para individualizar con rigor las diferentes instituciones jurídicas o los distintos capítulos de nulidad, que reclaman un tratamiento sustantivo y procesal específicos. La nulidad de un acto jurídico, del consentimiento matrimonial, puede obedecer a las más diversas causas. No es lo mismo una incapacidad consensual, un defecto o un vicio del consentimiento. Una falta de suficiente deliberación puede venir determinada por una incapacidad consensual o por falta de un elemento integrante básico del consentimiento. Su tratamiento, en cuanto capítulo de nulidad, difiere considerablemente tanto desde el punto de vista del Derecho sustantivo como procesal. En mi opinión y siguiendo la sugerencia de una rotal *Coram Sabbatani*, de 24-II-1961 (48), respecto al tratamiento otorgado a las enferme-

(47) En "Monitor Ecclesiasticus", 98 (1973), n. 6, pág. 211.

(48) SRRD 53 (1961), págs. 116-126.

dades mentales, es preciso, en el tema de la llamada falta de libertad interna, intentar la superación de los equívocos y confusiones actuales así como proceder a una concreta sistematización ordenadora de la materia en cuestión. Esta, desde mi punto de vista, ha de girar en torno a tres centros de atención: capacidad, elementos integrantes y vicios del pacto conyugal.

II. VALORACION CRITICO-SISTEMATICA

1. La capacidad para el pacto conyugal

La necesidad y suficiencia radical del consentimiento es algo afirmado unánimemente por todos. No hay matrimonio sin consentimiento y sólo éste último de suyo basta. Ahora bien, para que este acto personal sea, como afirma Hervada (49), “un verdadero compromiso —para que opere en él la fuerza comprometedora de la voluntad— y para que, en consecuencia, pueda ser jurídicamente vinculante, es preciso que el contrayente sea *capaz* de comprometerse, por tener suficiente capacidad mental y volitiva”. La única medida de un consentimiento suficiente, en expresión de Mons. Sabbatani (50), es la discreción de juicio proporcionada al matrimonio. Este requisito afecta tan radicalmente a la personalidad del contrayente que, al decir de Lorenc (51), se ha de considerar o se constituye en requisito de capacidad para contraer, para el pacto conyugal.

La madurez o discreción de juicio proporcionada al matrimonio expresa uno de los presupuestos de normalidad para el pacto conyugal en la línea de la capacidad mínima pero suficiente. Cuando falta esta madurez de juicio, con independencia de la causa concreta que la determine, estaremos ante un concreto capítulo de nulidad: la falta de suficiente madurez de juicio. Conviene subrayar que el capítulo de nulidad se constituye, como formulación abstracta, por el negativo del presupuesto de normalidad del pacto conyugal. En este caso, por la incapacidad consensual, esto es, por la incapacidad para emitir el consentimiento matrimonial con el mínimo pero suficiente grado de madurez de juicio. La clave, pues, radica en qué se entienda por madurez o discreción de juicio, proporcionada al matrimonio.

(49) *El Derecho del Pueblo de Dios...*, cit., pág. 374.

(50) SRRD 53 (1961), n. 4, pág. 118.

(51) Citado por Mons. Sabbatani, *Ibidem*, n. 5, pág. 118.

La discreción de juicio se refiere a la *capacidad* de conocimiento y discernimiento, a la capacidad de conocer y querer, a la capacidad para decidirse, obligarse y comprometerse conyugalmente. No debe confundirse ni con el conocimiento que debe tenerse sobre el matrimonio ni con la libertad de que debe gozarse al optar por el mismo. Evidentemente sin esta capacidad no habrá ni conocimiento ni libertad ni deliberación. Esta discreción de juicio exigida no es simplemente la capacidad especulativa para entender qué sea el matrimonio sino "la madurez intelectual-volitiva por la que la persona, conociendo qué sea el matrimonio, es suficientemente capaz de comprometerse a él" (52). Capacidad, pues, para comprender qué sea el matrimonio, querer contraerlo y asumir las obligaciones que comporta. En definitiva, es capacidad para el juicio práctico, proporcionada a la gravedad e importancia del compromiso que se contrae. Capacidad que se presume existente en toda persona humana a partir de la pubertad y cuya negación, aunque sea a posteriori, necesariamente viene informada por un criterio restrictivo (53).

Cuando, en un supuesto concreto, falte, a resultas de la prueba, esta madurez de juicio exigida, estaremos ante una incapacidad consensual. Por supuesto que en tal caso no habrá una deliberación mínima y suficiente ni habrá consentimiento propiamente dicho, pero por una anomalía que afecta radicalmente a la persona hasta el punto de incapacitarla habitualmente en orden a formar y emitir un acto verdaderamente humano como el consentimiento matrimonial. Ahora bien, la madurez de juicio, mínima pero suficiente, en cuanto capacidad para contraer, viene dada por un funcionamiento armónico

(52) HERVADA-LOMBARDIA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, cit., pág. 378. Sobre el particular, cfr., por todos REINA *El consentimiento matrimonial...* cit., págs. 45-57 y el citado HERVADA-LOMBARDIA, págs. 373-389, con una amplia referencia bibliográfica.

(53) Como ha puesto de relieve Hervada (Ibidem, pág. 325), el sistema matrimonial canónico se ha ido formando, en gran medida, a través de la solución concreta a múltiples anomalías y vicios. Esto es, a través de lo *negativo*. Ello ha determinado una falta de la exacta comprensión de lo *positivo*. Como lógica consecuencia, en el tema que nos ocupa, no se ha profundizado en el presupuesto de normalidad del pacto conyugal: en la debida madurez de juicio.

En esta línea, me parece necesario insistir, a la luz de las aportaciones conciliares, en el carácter *personal* del matrimonio. Siguiendo el hilo conductor de la jurisprudencia rotal más reciente, urge una revisión a fondo del concepto de matrimonio, del consentimiento y de la madurez exigida. Creo sinceramente que, en la actualidad, difícilmente pueden mantenerse las abstractas e impersonales formulaciones en tema de capacidad y objeto del consentimiento. Todo un reto para la doctrina canónica. Sobre el particular, cfr. las sugerentes reflexiones de SERRANO RUIZ, *La naturaleza personal del vínculo conyugal*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 83 (1981), págs. 239-254.

de las distintas potencias humanas que concurren en la formación del voluntario (54). Por este motivo, cualquier disfunción grave de una de ellas ó de su equilibrio armónico puede determinar la falta de la madurez de juicio exigida e incapacitar al contrayente.

Desde esta perspectiva, me parece que la jurisprudencia más reciente —al invocar, en relación con trastornos de la personalidad, la falta de libertad interna, como capítulo de nulidad,— hace hincapié en un aspecto parcial del fenómeno total y unitario: la incapacidad para el acto humano del consentimiento. Quien, por la enfermedad que sea, está predeterminado en un sentido concreto, no goza de la madurez de juicio exigida y, por tanto, es incapaz para el pacto conyugal. En consecuencia, lo correcto técnicamente es invocar, como capítulo de nulidad, la negación del presupuesto de normalidad para el pacto conyugal: la falta de la madurez de juicio proporcionada al matrimonio. Tal falta puede venir determinada por anomalías graves en las distintas potencias humanas que concurren en la formación del voluntario. Pero, con independencia del concreto aspecto o potencia que resulte alterada, lo cierto es que el sujeto que padece esa disfunción no goza de la madurez de juicio exigida y ello cabalmente le hace incapaz para el pacto conyugal. Si el presupuesto de normalidad para el pacto conyugal es la madurez de juicio proporcionada al matrimonio, efecto de la concurrencia armónica de las distintas potencias humanas, el capítulo de nulidad no puede ser otro que la falta de esa madurez de juicio exigida, efecto directo e inmediato de cualquier disfunción grave que altere dicha concurrencia armónica de las referidas potencias humanas.

Cuando estemos ante determinadas enfermedades o trastornos de la personalidad no parece acertado el pensar en la falta de libertad interna, como capítulo de nulidad, sin una referencia explícita a la falta de la madurez de juicio exigida. Es esta última la que, en realidad, se alega a través de un concepto jurídico que expresa la concreta causa determinante de tal incapacidad: la falta de libertad interna, provocada, por ejemplo, por unas específicas anomalías psíquicas. En todo caso, se trataría de designar el todo (la falta de la debida madurez de juicio) mediante la parte o aspecto concreto que lo

(54) Sobre la unidad o interrelación de las potencias humanas, cfr. REINA BERNALDEZ, *El defecto de libertad interna...*, cit., págs.347-359 con abundantes referencias bibliográficas y jurisdiccionales; FUMAGALLI, *Intelletto e volontà...*, cit., págs. 102-137 y CASTAÑEDA DELGADO, *Los estados demenciales como vicio del consentimiento*, en "Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro" (Salamanca 1975), págs. 69-78.

determina (falta de libertad interna) en el supuesto específico que se contempla.

En estricto rigor técnico, la falta de libertad interna no es un capítulo de nulidad, como tampoco lo es, por ejemplo, la amencia. Estamos, más bien, ante un concepto jurídico intermedio mediante el cual se valoran, en relación con el voluntario y desde una perspectiva jurídica, los efectos de concretas anomalías o trastornos de la personalidad. Efectivamente esa persona careció de libertad interna. Ahora bien, para concluir, en consecuencia, que su matrimonio fue nulo es preciso establecer una ulterior referencia que viene dada por el auténtico capítulo de nulidad: la falta de la debida madurez de juicio. Como la falta de libertad interna, probada en el caso concreto, determina o es constitutiva de la falta de la debida madurez de juicio, el matrimonio es nulo por esta específica incapacidad consensual. Su tratamiento procesal deberá, en pura coherencia, ser apropiado a la naturaleza específica de una incapacidad.

En éste, como en otros casos, la clave explicatoria del fenómeno quizás radique en una deficiente comprensión de la identidad de los capítulos de nulidad. La falta de suficiente discreción de juicio no se identifica, como viene siendo habitual, con unos supuestos de hecho, por muy típicos que fuesen en la jurisprudencia de años pasados. Tal indebida identificación ha llevado, a parte de la doctrina y jurisprudencia canónicas más recientes, a otra indebida multiplicación de capítulos de nulidad a fin de dar salida a supuestos concretos que no encajaban en los estrechos márgenes de la discreción de juicio. En realidad, no se ha superado el error de identificar, más o menos inadvertidamente, supuesto de hecho (causa o efecto) y capítulo de nulidad. Una recta comprensión del requisito de normalidad del pacto conyugal, en cuanto capacidad mínima pero suficiente (debida discreción de juicio), lleva a la conclusión clara de que el contrayente que no goza de la llamada libertad interna o de la llamada capacidad para asumir las obligaciones conyugales no goza, por ello mismo, de la exigida capacidad. El capítulo de nulidad (norma) es único: la falta de la debida madurez de juicio, con independencia de la causa (enfermedad) determinante de la misma (55).

(55) Esta conexión o integración de la falta de libertad interna y de la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales puede verse en un Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica, *Coram Panizo*, 23-IV-1977, cuyo texto puede consultarse en REINA BERNALDEZ, *Personalidades psicopáticas...*, cit., pág. 601.

La temática de la diferenciación de los capítulos de nulidad ha sido abordada recientemente por SERRANO POSTIGO, *La interpretación de la norma canónica y la*

En consecuencia, la alegación de la falta de libertad interna, como capítulo de nulidad, no me parece técnicamente correcta ni oportuna, máxime cuando el mismo término se utiliza también para referirse al defecto y vicios del consentimiento. La causa determinante del capítulo de nulidad o supuesto de hecho (enfermedad o trastorno de la personalidad con unos efectos concretos en orden a la capacidad para el acto humano voluntario) es siempre algo secundario que, por supuesto, habrá que probar. Lo importante es la norma, el capítulo de nulidad, susceptible en principio de acoger distintos supuestos de hecho. Invertir los términos y centrar la atención en el supuesto de hecho, a parte de prestarse a equívocos, supone correr el riesgo de oscurecer lo sustantivo: el capítulo de nulidad. Este, en materia de capacidad consensual, no es otro que la falta de la madurez o discreción de juicio proporcionada al matrimonio, independientemente de la causa que la determine: falta de libertad interna, falta de juicio estimativo, falta de la facultad cognoscitiva, etc.

2. Los elementos integrantes del pacto conyugal

Supuesta la capacidad mínima pero suficiente para contraer, el hombre, mediante una decisión personal, puede orientar todo su futuro en una determinada dirección. Puede comprometer toda su capacidad de ser cónyuge mediante un acto jurídico vinculante. Puede, a través del pacto conyugal, dar origen al matrimonio. Ahora bien, para que este acto jurídico despliegue todo su poder comprometedora es necesario que esté integrado por todos aquellos elementos que lo componen en cuanto tal. Es necesario que sea asumido con un grado proporcionado de reflexión y deliberación en un contexto de ausencia total de coacciones.

Como viene admitiendo la jurisprudencia más reciente, no puede negarse el hecho de que un determinado contrayente, al formar y emitir su consentimiento, no haya gozado de la suficiente deliberación actual. Las causas o circunstancias determinantes pueden ser múltiples. Habría que analizar caso por caso, huyendo de falsas objetivaciones. Lo que no cabe, en modo alguno, es identificar dicho capítulo de nulidad con un único supuesto de hecho por muy ejemplificador que sea. Lo decisivo, lo que verdaderamente importa y lo que hay que

concreción del tipo, en "Revista de Derecho Privado", julio-agosto (1981), págs. 699-712. Aun cuando la perspectiva en que se sitúa (teoría de la interpretación de la norma) nos parece sugerente, se advierten notables lagunas bibliográficas al respecto. En relación con el tema, cfr. DELGADO, *La interpretación evolutiva de la norma*, en "La norma en el Derecho canónico", (Pamplona 1979), págs. 1085-1103.

probar, es que la situación anímica del contrayente, en el caso concreto y con independencia de las circunstancias que hayan concurrido a su configuración, fue de tal naturaleza que impidió de hecho la suficiente deliberación. En tal caso, dicho consentimiento no será tal por faltarle uno de sus elementos integrantes básicos.

Al analizar este requisito del pacto conyugal, al que se refiere, a veces, la jurisprudencia con el término libertad interna, debemos centrar la atención en los siguientes aspectos: circunstancias determinantes, valoración jurídica y capítulo de nulidad alegable.

a) *Circunstancias determinantes*

En relación con las circunstancias concretas que pueden determinar, dada la personalidad irrepetible de cada contrayente, una falta actual de suficiente deliberación, debemos puntualizar lo siguiente:

1) Dichas circunstancias no necesariamente han de tener conexión con anomalías psíquicas de cierta gravedad o con estados de lucidez mental gravemente disminuidos, aunque transitoriamente, como consecuencia, por ejemplo, de la embriaguez o de la ingestión de productos tóxicos, etc. Si tales circunstancias concurren en el caso, la prueba de la falta de suficiente deliberación actual, puede verse notablemente facilitada.

2) Tampoco cabe asociar, de modo necesario y exclusivo, la falta de suficiente deliberación actual con la presencia de circunstancias susceptibles de ser tipificadas como miedo del c. 1087. Ni éste conlleva necesariamente dicha falta de suficiente deliberación ni la suficiente deliberación es incompatible con aquel. Cabe perfectamente, como ha admitido siempre la doctrina canónica y la jurisprudencia, una situación de miedo en sentido jurídico en la que, sin embargo, se haya optado por el matrimonio con un grado de deliberación mayor del habitual (56).

3) Una situación anímica de grave turbación, incertidumbre, ansiedad, nerviosismo y ofuscación, incompatibles con aquel grado mínimo pero suficiente de reflexión y deliberación actuales que permita calificar al consentimiento como verdadero acto humano, puede venir determinada por la concurrencia de una serie de circunstancias de carácter personal, familiar, profesional o social. En este sentido, la jurisprudencia suele admitir con relativa facilidad la

(56) No es necesario subrayar demasiado algo que la jurisprudencia rotal viene constatando frecuentemente: de ordinario el miedo no priva el uso de la razón y la

falta de suficiente deliberación actual cuando el matrimonio se ha celebrado en la situación anímica derivada del embarazo de la futura esposa, sobre todo si no consta con claridad la existencia de una anterior voluntad matrimonial. Tal polarización encierra un evidente doble riesgo: olvidar la identidad del capítulo de nulidad, abierto a supuestos de hecho diferentes, y desconocer que no siempre en tales supuestos se produce tal situación anímica, como ha recordado una reciente *Coram Zayas*, de 28-IV-1977, del Tribunal eclesiástico de Barcelona (57).

Cabe pensar, en mi opinión, en un iter consensual en el que, junto a manifiestas dudas sobre la existencia de una verdadera voluntad matrimonial, graviten sobre el contrayente una serie de circunstancias personales (carácter débil e impresionable), familiares (presiones, ruegos, insistencias de los padres), profesionales (temor a ver truncada su carrera profesional si no contrae matrimonio cuando todo está ya preparado) y sociales, propicias para engendrar en él una situación anímica de grave turbación. Circunstancias e intereses contrapuestos que llevan al contrayente a aceptar lo que no quiere. Lo embarazoso de la situación hace que aumente su nerviosismo, su incertidumbre, su ansiedad y ofuscación en un grado tal que impida efectivamente asumir el compromiso matrimonial con el mínimo de deliberación suficiente. Una situación anímica, como la descrita, difícilmente es armonizable o propicia para un acto tan comprometedor como el consentimiento matrimonial (58).

voluntad, aunque coaccionada elige el matrimonio para librarse del mal con que se le amenaza. Incluso puede ocurrir que, en el caso de miedo, la elección del matrimonio vaya precedida de un grado de reflexión y deliberación, superiores al normal. Cfr. BERNARDEZ CANTON, *Curso de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1981), pág. 210. Desde esta perspectiva no puede afirmarse que, "por su misma esencia", "por definición", quien celebró un matrimonio nulo por miedo careció de la necesaria libertad interna o deliberación (Cfr. notas, nn. 15 y 16 del presente trabajo). Planteamiento, por otra parte, puesto de relieve, en contraposición a otros Ponentes del Tribunal Eclesiástico de Barcelona, por una *Coram Riera*, 23-IX-1976, *cit.*, n. 9, págs. 119-120 y otra *Coram Zayas*, 28-IV-1977, *cit.*, n. 18, págs. 566-567.

(57) Valorando la confesión de la contrayente, el Ponente resume muy acertadamente el juicio que le merece con los siguientes términos: "Toda esta lucidez y capacidad de reflexión confesados por la propia M., sus razonamientos y percepción de lo que ocurría es incoherente con la falta de libertad interna o deliberación; aunque, eso sí, puede ser muy compatible con la falta de libertad externa, o con la existencia de coacciones para liberarse de las cuales sí que podía ser o sentirse incapaz de afrontatlas y vencerlas", *Coram Zayas*, 28-IV-1977, *cit.*, n. 18, págs. 566-567.

(58) Esta situación anímica podría ponerse en conexión con la coacción moral (miedo), entendida en la línea de las sugerentes reflexiones de REINA, *El consentimiento matrimonial...*, *cit.*, págs. 141-143.

Admitido el principio, esto es, que la falta de suficiente deliberación actual descalifica al consentimiento matrimonial en cuanto verdadero acto humano (59), la problemática procesal debe centrarse en torno a la prueba de la ausencia efectiva de suficiente deliberación. Como no es posible un instrumento mecánico de medición del grado de reflexión o deliberación del contrayente, la prueba necesariamente debe ser indirecta. Serán las circunstancias concurrentes de muy diferente índole en cada caso, valoradas y apreciadas globalmente, las que pueden llevar al ánimo del Juez la certeza moral de que la situación anímica en que se encontró un contrayente determinado no fue propicia para asumir el compromiso matrimonial con el grado de reflexión o deliberación exigidos. Situación anímica determinada por las más variadas circunstancias. Aquí no cabe un patrón único. Cada caso puede ser distinto. Lo importante no son las circunstancias concretas, distintas en cada caso, en sí mismas consideradas, sino la situación anímica que de hecho provocaron en el contrayente concreto.

Sin embargo, es preciso reconocer, después de la lectura de la jurisprudencia rotal, que ésta suele mostrarse reticente a la hora de declarar la nulidad de un matrimonio por falta de suficiente deliberación actual si no existe un *cuadro siquiátrico claro*, coexiste con *el miedo* del c. 1087 o, al menos, se trata de la situación anímica derivada del embarazo previo de la futura esposa. Tal polarización del capítulo de nulidad me parece contradictoria en sí misma. No es posible reducir a unos supuestos típicos las concretas circunstancias, determinantes de la falta de suficiente deliberación actual. Es preciso huir de apriorísticas objetivaciones. El capítulo de nulidad, por su misma naturaleza, está abierto a múltiples supuestos de hecho (60).

(59) Este principio —verdadero capítulo de nulidad— ha sido siempre subrayado por la doctrina y la jurisprudencia canónicas. No puede afirmarse con rotundidad que no existe ninguna norma en el Código de Derecho canónico sobre la que apoyar tal capítulo de nulidad. Aunque así fuera, ello no descalificaría la alegación de la falta de suficiente libertad interna o deliberación como capítulo de nulidad. Como acertadamente ha subrayado la jurisprudencia (*Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, *cit.*, nn. 2, 3 y 4, págs. 443-444), dicho capítulo encuentra su apoyo en el propio Derecho natural. Es más, la norma codicial existe y ésta no es otra que el c. 1081, 2 que define el consentimiento matrimonial como acto de la voluntad.

(60) Un ejemplo concreto de aplicación del requisito del pacto conyugal (suficiente deliberación) como capítulo de nulidad puede verse en la *Coram Gil de las Heras*, 24-II-1981, en "Revista de Derecho Privado", mayo (1981), págs. 519-527, aún cuando el Ponente prefiera hablar de *falta de suficiente decisión*.

"La falta de libertad interna o de la debida deliberación" se constituye en capítulo de nulidad en una *Coram Pérez Ramos*, 6-VI-1981, del Tribunal Eclesiástico de Palma de Mallorca. El supuesto de hecho se articula en torno a las siguientes coordenadas: a) Dependencia psicológica del actor respecto de su padre; b) Dificultades, por tal motivo,

Por otra parte, una situación anímica concreta, derivada del miedo del c. 1087, no siempre determina la ausencia de suficiente deliberación actual, como es obvio. Ni tampoco para que se produzca tal falta de suficiente deliberación actual es requisito indispensable la prueba de la existencia de coacción moral o miedo según el c. 1087. ¿Por qué, entonces, aferrarse a este criterio? Asimismo la situación anímica derivada del embarazo previo de la futura esposa tampoco determina por sí misma la falta de suficiente deliberación actual. Cada caso es en sí mismo singular y específico. Todo depende de la prueba y su valoración conjunta en el caso concreto.

No puede negarse que la prueba revistirá más o menos dificultad en cada caso concreto. Pero, esto será problema de quien tenga la carga de la prueba. ¿Por qué centrar la prueba en unos informes psiquiátricos, más o menos claros? ¿Por qué exigir tales informes psiquiátricos con carácter general? Todo dependerá de la naturaleza concreta de las circunstancias que configuren el caso. No debe olvidarse que nos movemos fuera del campo de las incapacidades consensuales para cuya prueba el informe psiquiátrico reviste mayor importancia. Entiendo que un contrayente concreto, sin anomalías síquicas graves (una persona normal), puede verse en la situación de tener que optar por el matrimonio en un estado anímico incompatible con aquel grado de reflexión y deliberación suficientes, como consecuencia de una serie de circunstancias de muy diversa índole que de hecho gravitan sobre él. Es ese estado anímico el que hay que probar. ¿De qué modo? Por los medios ordinarios de prueba, admitidos y regulados en el proceso canónico de nulidad de matrimonio.

Conviene insistir en que el objeto central y directo de la prueba radica en el estado anímico del contrayente, incompatible con el grado de reflexión y deliberación exigidos. El objeto directo de la prueba no son las circunstancias que configuran el caso. Estas pueden determinar o no el estado anímico al que venimos refiriéndonos. Una misma circunstancia o conjunto de circunstancias pueden influir de muy diferente modo y grado en contrayentes distintos. Así, por ejemplo, ante la noticia o el hecho del embarazo de la futura esposa y lo que suele rodearle (presiones familiares y sociales) no todos los contrayentes reaccionarán del mismo modo ni tales circunstancias originarán la misma situación anímica en contrayentes distintos. Por ello, la prueba

en el inicio profesional; c) Las presiones de la futura esposa en orden a la independencia total respecto del padre del actor; d) Presiones del entorno familiar en orden a formalizar, vía matrimonio, la situación de hecho de la pareja. El Tribunal Metropolitano de Valencia confirmó la referida causa mediante Decreto de 14 de diciembre de 1981.

ha de centrarse en torno al estado anímico concreto del contrayente para cuya valoración el Juez no precisa necesariamente de un informe siquiátrico.

A la luz de estas consideraciones y con independencia de otras posibles matizaciones, estimo que la línea jurisprudencial que vienen siguiendo, entre otros, los Ponentes del Tribunal eclesiástico de Barcelona es plenamente acertada (61). Por el contrario, disiento del criterio en virtud del cual se indica que "hubiera sido conveniente un informe siquiátrico al respecto" (62). Con independencia de si en el supuesto de hecho, objeto del Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura al que nos referimos, además de miedo, se dió o no falta de suficiente deliberación, queremos subrayar el desacuerdo en relación con la prueba. ¿Qué va a decir un siquiatra o psicólogo, después de tres o cuatro años, respecto al estado anímico de un contrayente que sufrió determinadas coacciones o presiones? Pienso que nada, fuera de lo que se deduzca de los Autos, aportado normalmente por vía de confesión y por la prueba testifical. Pero, esa es precisamente la función específica del Juez en cuyo ejercicio no puede ni debe ser sustituido por nadie.

Si entre las circunstancias que configuran el caso concreto y que pudieron contribuir a la formación de un estado anímico, incompatible con la suficiente deliberación actual, alguna está relacionada con determinada anomalía o trastorno de la personalidad, aunque no sea grave, adquiere sentido la incorporación a Autos del informe siquiátrico, pero como un elemento más, dentro del conjunto, a tener en cuenta y valorar por el Juez. Cuando, por ejemplo, un determinado contrayente alega tener un carácter débil e impresionable o una especial apegancia afectiva de sus padres, parece lógico y acertado corroborar este extremo con un informe siquiátrico o psicológico que deberá ser contrastado con el resto de la prueba (63). En definitiva, lo que hemos pretendido poner de relieve se concreta en la exigencia, con todas las consecuencias, de coherencia con la admisión del capítulo de nulidad (64). El problema, sin duda alguna, es de prueba, como en

(61) Cfr. notas nn. 15, 16, 18, 29 y 37 del presente trabajo.

(62) *Coram Gil de las Heras*, 22-XI-1978, *cit.*, n. 10, pág. 213.

(63) Tal es el caso de una *Coram Gil de las Heras*, 24-II-1981, *cit.*, n. 9, pág. 527.

(64) Me parece que no puede descalificarse tal planteamiento (*Ibidem*, n. 3, pág. 521) con el fácil expediente de que se trata de "abrir un camino nuevo, desconocido en la Jurisprudencia, aun cuando se haya dado alguna sentencia aislada, que en modo alguno puede formar la Jurisprudencia sana". Se trata, por el contrario, de que la Jurisprudencia cumpla su función y, sin apriorismos ni tópicos, se enjuicie cada caso en su conjunto a la luz de la prueba aportada.

todo proceso. Prueba cuyo tratamiento estará directamente relacionado con la naturaleza, patológica o no, de la causa (circunstancias) determinante del estado anímico en el que se formó y emitió el consentimiento. No caben objetivaciones simplistas ni exigencias de pruebas que me temo que lo único que persiguen, más o menos inadvertidamente, es sustituir la decisión del Juez.

b) *Calificación jurídica*

Como señala el citado Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica (65), la falta de suficiente deliberación actual determina o es constitutiva de un defecto de consentimiento. No estamos propiamente ante un consentimiento realmente existente, aunque gravísimamente viciado, sino ante la ausencia efectiva de un elemento integrante básico del consentimiento. Sin un grado mínimo de reflexión y deliberación, proporcionado a la trascendencia del compromiso que se contrae, no puede existir un consentimiento verdadero. En consecuencia, si se prueba la falta de suficiente deliberación actual, no estamos ante un vicio sino ante un defecto radical, ante la inexistencia de un consentimiento verdadero (66).

c) *El capítulo de nulidad alegable*

El capítulo de nulidad alegable entiendo que debe ser la falta de suficiente deliberación actual y no el defecto de consentimiento (67). Alegar, como es frecuente, el defecto de válido o verdadero consentimiento no es correcto en estricta técnica procesal puesto que no se

(65) *Coram Gil de las Heras* 30-III-1978, cit., n. 4, pág. 444. Cfr. *Coram Zayas*, 28-IV-1977, cit., n. 17, pág. 566; *Coram Zayas*, 3-IX-1977, cit., n. 10, pág. 129; *Coram Benito Tolsau*, 28-II-1978, cit., nn. 14 y 43, págs. 244 y 258.

(66) Cfr. GARCIA FAILDE, *El defecto o vicio de consentimiento en los capítulos canónicos de nulidad*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 3 (1981), págs. 729-749.

(67) Aún cuando la jurisprudencia rotal ha manifestado, en algún caso, la inconveniencia de alegar tal capítulo de nulidad por su carácter genérico (cfr., por ejemplo, una *Coram Canals*, 15-VI-1966, en "Ius Canonicum", XII (1972), n. 23, n. 1, pág. 366, citada en otra *Coram Riera*, 31-XI-1975, del Tribunal eclesiástico de Barcelona, en "Revista Jurídica de Cataluña". Jurisprudencia, 2 (1980), n. 10, pág. 502), si prescindimos de tecnicismos jurídicos no parece que su alegación y fijación en el *Dubium* deba rechazarse. En definitiva, si el matrimonio lo produce el consentimiento (c. 1081, 1), cabe alegar como causa de nulidad la falta o defecto de verdadero consentimiento. Su alegación y posterior fijación en la fórmula del *Dubium* me parece aconsejable cuando los hechos narrados en la *species facti* son susceptibles de diferentes

identifica la concreta causa que lo ha originado. Un defecto de verdadero consentimiento puede venir causado por una incapacidad consensual o por ausencia de suficiente deliberación actual. Su tratamiento, sustantivo y procesal, es muy diferente en cada caso.

En mi opinión, el capítulo de nulidad alegable no puede ser otro que el negativo del específico elemento integrante básico del consentimiento. En este caso, la falta de suficiente deliberación actual. La ausencia efectiva de este elemento determina, ciertamente, la inexistencia de un consentimiento verdadero y válido; pero, dicho efecto no es lo específico e identificador del capítulo de nulidad, consistente en la falta de suficiente deliberación actual.

De acuerdo con las anteriores precisiones, la norma aplicable no puede ser otra que la del c. 1081, 2 que define el consentimiento como acto humano, esto es, como aquel acto, formado y emitido, a parte de otros elementos, con la reflexión y deliberación proporcionadas a la trascendencia del mismo. Se trata pues de una norma con claro apoyo en el Derecho natural. No parece procedente recurrir a la norma del c. 1081, 1 que exige ser persona hábil según Derecho y no lo sería quien careciese de esa libertad interna o deliberación actual necesaria y suficiente (68).

En efecto, la expresión "iure habiles" del c. 1081, 1 hace referencia a la temática de la capacidad y, en el supuesto que se contempla, ésta se presupone existente. El contrayente goza de capacidad para contraer. Sin embargo, el acto mismo de contraer (el pacto conyugal) ha de tenerse como inexistente por ausencia de un elemento integrante del mismo. Una cosa es la potencia o capacidad consensual y otra, presupuesta la anterior, ejercer válidamente tal capacidad consensual. El ejercicio de la capacidad consensual puede verse obstaculizado, en el caso concreto, por circunstancias de muy diversa índole. El acto mismo de formación y emisión del consentimiento, presupuesta la capacidad para el mismo, puede ser impedido y desvirtuado por la presencia de circunstancias concretas que determinan la ausencia efectiva de alguno de sus elementos integrantes, como la suficiente deliberación. En consecuencia, la norma aplicable no es la del c. 1081, 1, a través de la expresión "iure habiles", sino la del c. 1081, 2 que define el consentimiento como un acto humano y no lo es cuando falta aquel grado mínimo, necesario y suficiente de reflexión y deliberación.

calificaciones. En tal caso y en espera de lo que manifieste la práctica de la prueba podría optarse por tal fórmula. Esta puede ser fijada con mayor precisión precisamente a la vista de la prueba ya practicada.

(68) *Coram Gil de las Heras*, 30-III-1978, *cit.*, nn. 3 y 4, págs. 443 y 444.

Las anteriores precisiones son igualmente iluminadoras en relación con el orden a seguir en el caso de alegar varios capítulos de nulidad simultáneamente. La cuestión se plantea cuando las circunstancias concurrentes sean también susceptibles de ser calificadas como miedo del c. 1087. En relación con esta problemática, parece oportuno precisar los siguientes aspectos:

a) Estamos ante capítulos de nulidad distintos: defecto radical y vicio del consentimiento. En consecuencia, "no sería congruente declarar un matrimonio nulo por miedo grave y a la vez por falta de libertad interna" (69).

b) Como es lógico, la libertad interna (falta de suficiente deliberación), en modo alguno, puede considerarse como subsumida en el capítulo del miedo.

c) La subsidiariedad, preconizada con unanimidad, ha de cambiar de signo. La falta de libertad interna ó deliberación no debe alegarse como capítulo subsidiario del miedo sino al contrario. Lo correcto técnicamente es alegar, con carácter preferente o prioritario, el defecto radical del consentimiento (falta de libertad interna) y, para el caso en que éste no se apreciase, alegar subsidiariamente el vicio del consentimiento (miedo grave). Probado el primero, no tiene sentido entrar en el análisis del segundo.

El equívoco en este punto radica, en mi opinión, en una deficiente comprensión de la identidad de los respectivos capítulos de nulidad. Lo que la norma del c. 1087 trata de garantizar no es la suficiente deliberación actual sino el que la determinación al matrimonio esté "exenta de coacción", "de modo que pueda hablarse de una libre autodeterminación" (70). Garantiza la llamada libertad externa, esto es, el que nadie, al casarse, siga la voluntad que le imponen otros (71). Por este motivo, cabe perfectamente declarar nulo un matrimonio en base al c. 1087 aun cuando el consentimiento coaccionado gravemente

(69) *Coram Gil de las Heras*, 22-XI-1978, *cit.*, n. 4, pág. 212.

(70) REINA, *El consentimiento matrimonial...*, *cit.*, pág. 143.

(71) *Ibidem*. En este contexto, la doctrina canónica está llamada, siguiendo una jurisprudencia reciente, a profundizar en el análisis del llamado consentimiento coaccionado y muy concretamente a delimitar "la frontera entre la violencia clásica y las presiones no calificadas tradicionalmente como violentas" pero que "la conciencia humana rechaza hoy con mayor sensibilidad y fuerza" (*Ibidem*, págs. 139-140). Sobre el particular, pueden hallarse sugerentes puntos de vista de los que participo en REINA, *El consentimiento matrimonial...*, *cit.*, pág. 138-149 *Id.*, *La exterioridad del miedo en el consentimiento coaccionado*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 2 (1981), págs. 465-487. Es más, un consentimiento que ha sido formado en un contexto de coacción ¿es simplemente un consentimiento viciado? Cfr. GARCIA FAILDE, *El defecto...*, *cit.*, pág. 746.

haya sido formado con un grado de reflexión y deliberación, mayor incluso del normal. Dado que el objeto de protección jurídica es distinto, ni se puede considerar la falta de suficiente deliberación actual como subsumida en el capítulo del miedo ni cabe tampoco alegar ésta última como subsidiaria. Puede ocurrir que las circunstancias determinantes de una falta de suficiente deliberación actual reunan además los requisitos legales del c. 1087. Como este último es un vicio del consentimiento (72) ha de alegarse con carácter subdiario respecto de la falta de suficiente deliberación que supone un defecto radical del consentimiento (inexistencia).

3. *Los vicios del consentimiento*

Finalmente una serie de circunstancias, sean o no constitutivas de miedo del c. 1087, pueden afectar de alguna forma a la voluntariedad del acto de contraer pero en un grado tal que no priven al contrayente del mínimo necesario y suficiente de reflexión y deliberación actuales. Estaríamos, en tales supuestos, ante un consentimiento viciado, ante un consentimiento formado sin plena y perfecta deliberación actual. Al tratar su relevancia jurídica, conviene no olvidar que, en materia de vicios del consentimiento, nos movemos siempre dentro del ámbito de las opciones legales y que, en consecuencia, no todo vicio es relevante ni desautoriza la voluntad matrimonial como tal. Solamente es relevante aquel vicio que reúne los requisitos legales mediante los cuales el legislador establece qué concretas voluntades matrimoniales viciadas quedan desautorizadas como tales (73).

En este contexto, cualquier posible vicio que disminuya la voluntariedad o el grado de reflexión y deliberación actuales no goza automáticamente de protección jurídica. Sólo si priva al contrayente del mínimo necesario y suficiente de reflexión y deliberación el ordenamiento otorga una adecuada protección jurídica. Pero, en este caso, no estaríamos ante un vicio sino ante un defecto radical del consentimiento (74). En consecuencia, tales vicios son irrelevantes y no

(72) Aun cuando tradicionalmente el miedo viene integrándose dentro de los vicios del consentimiento, entiendo que tal calificación está sujeta a revisión. Cfr. GARCIA FAILDE, *El defecto...*, cit., pág. 746.

(73) Cfr. REINA, *El consentimiento matrimonial...*, cit., pág. 130.

(74) "...cualquier debilitación de la voluntad no significa 'falta de libertad interna' para contraer matrimonio inválidamente. Este capítulo, si se aplica con un criterio de elasticidad incongruente, nos llevaría a considerar nulo cualquier matrimonio por que influjos de una u otra índole se dan en todos y la libertad plena sin estímulos influyentes

descalifican el acto de contraer. Este producirá los efectos previstos no obstante estar viciado. Ello es así porque el legislador ha optado por no otorgar protección jurídica en tales supuestos.

Ahora bien, si las circunstancias que vician el consentimiento en el grado de reflexión y deliberación actuales, sin afectar al mínimo necesario y suficiente, reúnen además los requisitos legales del c. 1087, estamos ante un vicio relevante del consentimiento. Pero, ante un vicio autónomo e independiente cuya relevancia jurídica trata de proteger bienes muy diferentes de la simple disminución de la reflexión y deliberación. En este caso, el matrimonio, a resultas de la prueba, podrá declararse nulo por miedo. Pero, la falta de libertad interna o deliberación, sin afectar al mínimo necesario y suficiente, en cuanto vicio del consentimiento, no puede considerarse subsumida en el capítulo del miedo por la sencilla razón de que tal vicio es irrelevante en el régimen jurídico vigente.

en ninguno. Por ello insistimos que la nulidad del matrimonio por falta de libertad interna significa falta de consentimiento suficientemente válido ante el derecho natural". *Coram Gil de las Heras*, sin fecha, *cít.*, n. 4 pág. 212.

Aún cuando compartimos este criterio, debemos subrayar también que una aplicación incongruente de este capítulo sería aquella que entendiéndose, por principio, que únicamente en supuestos especialmente graves, con anomalías síquicas muy profundas, es posible pensar en una falta de libertad interna. Ciertamente que en todos los matrimonios se dan "influidos de una u otra índole" y que no cabe exigir una "libertad plena". Pero, por ello precisamente, no todos los influjos revisten los mismos caracteres ni afectan de igual grado a la reflexión y deliberación exigidas. Ni todos los influjos, coacciones y presiones, son de idéntica naturaleza. En algunos casos, al contrayente se le impone de hecho, en materia matrimonial, la voluntad de otros. El Ordenamiento canónico otorga protección jurídica en ambos supuestos. Para ello, sin apriorismos ni dogmatismos, existe el proceso de nulidad: para examinar y valorar caso por caso en busca de la verdad.

CONSIDERACIONES EN TORNO AL AGENTE PROVOCADOR

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Prof. Adjunto interino de Derecho penal

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II AGENTE PROVOCADOR: 1. Agente provocador. 2. Conducta del agente provocador. III. CONDUCTA DEL SUJETO PROVOCADO: 1. Derivada de la puesta a prueba de su capacidad delictiva. 2. Dimanante de situaciones criminales ya existentes. IV. PUNIBILIDAD O NO DEL ACTO ULTIMO.

I. PLANTEAMIENTO

La aparición de la figura del Agente Provocador ha dado lugar a la creación de una doctrina por parte de nuestro Tribunal Supremo y que en nada se asemeja a la provocación propiamente dicha.

De lo que se trata, es de saber si la conducta del agente provocador y del sujeto provocado tienen o no relevancia en el campo del Derecho Penal. Para ello analizaremos los puntos mayormente debatidos por la Jurisprudencia y que pueden reducirse en primer lugar a, aquellos casos en que el agente provocador actúa para poner a prueba la capacidad delictiva de una persona, y en segundo lugar, en aquellas ocasiones en que la conducta del agente provocador obedece a un afán de descubrir o poner de manifiesto un delito que se sabe ya cometido.

Además, se considerará asimismo, la conducta del sujeto provocado en los supuestos anteriormente citados.

El Derecho Penal debe ser un instrumento de paz social e intentar proteger todos los bienes jurídicos y sancionar su lesión, mas no puede autorizar, salvo excepciones circunstanciales determinadas expresamente, que el supuesto perjudicado, valiéndose de este tipo de procedimientos, sea el que induzca a la ejecución de ilícitos penales.

II. AGENTE PROVOCADOR

1. *Agente provocador*

En Derecho Español, el tema del agente provocador no ha merecido especial interés doctrinal, a diferencia de otros países como Francia y Alemania que si lo han tratado en profundidad.

Pero la casi totalidad de los Códigos penales silencian cuanto respecta al agente provocador y al sujeto provocado (1).

A pesar de lo señalado anteriormente, en España, la figura del "infiltrado" o "provocador" está muy arraigada, ya que, se viene empleando desde la Inquisición (búsqueda de manifestaciones heréticas, etc.) hasta nuestros días.

La razón de que la figura del agente provocador —aun teniendo tanta raigambre en nuestro país, como hemos señalado— no haya sido un tema tratado en profundidad por nuestros penalistas, puede hallarse quizás en lo espinoso del problema y en los conflictos que de él pueden derivarse.

Fiore (2), define el agente provocador como, "aquel que provoca a otro al delito para asegurarse con mayor facilidad y seguridad la prueba, sorprenderle en flagrante delito y hacerle punir".

(1) Como excepción, cabe citar el Código Penal Uruguayo de 1933, que en su artículo 8º, estableció: "No se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. Queda el Juez facultado en tales casos para adoptar medidas de seguridad".

(2) Fiore, "Il reato impossibile", Napoli, Jovena, 1959, pág. 116.

Ahondando mas en cuanto a la verdadera finalidad que persigue el agente provocador, señala Mancini (3) "el agente provocador, por tanto, asume el papel de instigador y, a veces, el de cooperador, pero no quiere el delito porque desea ocasionar el resultado dañoso o peligroso, sino por motivos diversos de aquel".

El agente provocador en Derecho Español Positivo, tiene dos acepciones objetivas posibles: Una, la provocación a delinquir y, otra la inducción.

En segundo plano, por no ser los genuinamente típicos de agente provocador, se sitúan los casos de coautoría o complicidad por parte del agente provocador.

2. *Conducta del agente provocador*

La cuestión tal vez mas importante a tratar es la de si la conducta del agente provocador es o no punible.

Según la Doctrina Alemana dominante, el agente provocador debe quedar impune, pero esto no lo fundamentará en el ejercicio lícito de su cargo o deber sino en la ausencia de propósito de cometer delito alguno —fundamento subjetivo—, y sí de solo realizar el estadio de tentativa.

Esta cuestión ha sido estudiada, como a continuación iremos exponiendo, por nuestro Tribunal Supremo en diversas Sentencias (4).

En diversos sectores de la Doctrina se ha discutido sobre si la conducta del agente provocador es en sí una causa inidónea de la acción o no. Para Nuñez Barbero (5), "La intervención del agente provocador produce una imposibilidad de que el daño se verifique y, por tanto, desde el punto de vista de la idoneidad de la acción, bien podría considerarse como posible causa de inidoneidad de aquella".

Sin embargo, el Tribunal de Casación italiano (6), al igual que el autor italiano Scarano (7) entienden la idoneidad de la acción.

(3) Mancini, "Trattato di Diritto Penale". Edición 1950, pág. 510.

(4) Sentencias que van desde la de 22 de Junio de 1950, hasta la de 8 de Julio de 1980; y muy recientemente y durante la elaboración de este trabajo, por la Consulta n.º 1 de fecha 10 de Julio de 1981 de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

(5) Nuñez Barbero, "El delito imposible", Salamanca, 1963, pag. 130.

(6) La Corte de Cassazione italiana, Sentencia de 9 de Noviembre de 1950.

(7) Scarano, "Il tentativo", Napoli, 1952.

La conducta del agente provocador quedará impune al igual que en aquellos caos en que se trate de un delito aparente, o tentativa inidónea, cuando lo que pretende el agente provocador es poner a prueba la capacidad delictiva de una persona (por ejemplo, poner a prueba la moralidad de un empleado) como señala de manera evidente Jimenez de Asúa (8), Comentando una Sentencia de la Corte de Cassazione italiana en la que en el supuesto fáctico se trata de descubrir un cohecho, y el agente provocador, policía, escribe al Juez —que se supone venal— ofreciéndole dinero, se consideró que había infracción putativa, negando que hubiera delito.

Para Jimenez de Asúa queda claro que no se trata de un delito imposible, ya que, a diferencia de este, el medio y el objeto empleados, son idóneos. Asimismo señala que para él no hay infracción, porque todo es irreal. (9).

Por otra parte, hay que decir que la conducta del Agente Provocador es muy controvertida, ya que, en primer lugar la función social del Derecho Penal, no autoriza que el supuesto perjudicado mediante este tipo de procedimientos sea quien induzca a la ejecución, por ejemplo, del atentado a la propiedad. Y en segundo lugar, el hecho de acudir al Agente Provocador, por parte del Estado, debe ponerse en conexión, para tratar de averiguar si se contradice o no, con los principios teóricos político-criminales de "mínima intervención" y "ultima ratio".

En aquellos casos en que lo que se pretende es ir a descubrir delitos ya cometidos, generalmente delitos de tracto sucesivo, como el tráfico de drogas del artículo 344 del Código Penal, la acción del Agente Provocador, queda, desde luego, impune, por razón de "conducta justificada" (Sentencias de 18 de Abril de 1972; 20 de Febrero de 1973; 18 de Abril de 1975 (Ar. 1655) y 14 de Junio de 1975). En todas ellas se resalta la actividad del Agente Provocador en que "no se trata de provocar la comisión de un delito sino de descubrir el ya cometido".

Cuestión distinta y que no puede encuadrarse de ningún modo dentro de la figura del agente provocador será la de quienes haciéndose pasar por tales sin serlo, obtienen un lucro en delitos de tracto sucesivo como en el caso de venta real de drogas con el fin de transmitir las, (10). En estos casos se dan todos los requisitos que

(8) Jimenez de Asúa, "El criminalista" vol. IV, Buenos Aires 1951, pag. 238, Sentencia de la Corte de Cassazione, 3 de Diciembre de 1927.

(9) Jimenez de Asúa, ob. cit. pág. 239.

(10) Consulta n°. 1 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 10 de Julio de 1981: "El

configuran una actividad delictiva y se destruyen los presupuestos subjetivos y objetivos que forman la figura del agente provocador impune.

III. CONDUCTA DEL SUJETO PROVOCADO

Analizamos ahora, la conducta del sujeto que actúa bajo la influencia del agente provocador. Y para ello se va a atender en primer lugar a averiguar si la conducta de quien actúa por influencia del agente provocador tiene o no relevancia penal. Al igual que se ha hecho al considerar la figura del agente provocador, distingamos dos supuestos: a) Aquellos casos en que la actuación del "provocado" obedece a la intención del agente provocador para poner a prueba su moralidad o capacidad delictiva y b) aquellos otros en los que lo que pretende el agente provocador con la actuación del "provocado" es descubrir situaciones ya existentes.

En el primer supuesto y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de Junio de 1950 (11), el delito tiene la condición de provocado e imposible "porque previamente se han adoptado las medidas precautorias y garantías para que el resultado no se produzca".

otro tema que late en la Consulta, al menos parcialmente, se halla fuera del radio de la figura penal del agente provocador impune y se conforma con la estructura delictiva que define y sanciona el artículo 344 del Código Penal. En hipótesis los hechos a valorar son indicativos de que ya no se trata de simular la compra de estupefacientes, sino de *ofrecerlos* en venta por quien actúa en nombre del agente provocador para su entrega al consumidor o al traficante. Y la cuestión, tal como se narra en la Consulta, presenta, a su vez, dos variantes. Una es la de la oferta de venta sin más finalidad que la de individualizar a posibles delincuentes. Otra, la de oferta de venta real de drogas con el fin de transmitir las mediante precio del que se beneficiarían los agentes de la Policía Judicial. En el primero de estos supuestos es, si se quiere, dudoso que la conducta desarrollada por el agente provocador y sus colaboradores sea impune, porque de modo directo con ella no se origina siempre el descubrimiento de un delito (no es, sin más, acción delictiva el hecho de adquirir estupefacientes, pues el comprador puede no perseguir otra finalidad que su propio consumo). En el segundo, es manifiesto que se dan todos los requisitos de un comportamiento penal típico, bien porque media tenencia en los provocadores con vocación de tráfico o porque se han consumado actos de tráfico efectivo".

(11) Sentencia de 22 de junio de 1950 (Ar. 979):

"Considerando: que la voluntariedad de las acciones penadas por la ley han de obedecer a la iniciativa libre, inteligente e intencionada del sujeto activo, mas de ningún modo, con caracter general, del supuesto perjudicado por cuyo motivo, cuando el mismo

Asimismo la Sentencia de 27 de Junio de 1967, además de corroborar la tesis anterior, añade que no es admisible, como había mantenido el Tribunal "a quo" que se considere ni siquiera tentativa imposible de delito (12).

En consecuencia, esta Sentencia pone de manifiesto que la conducta que se lleve a cabo no podrá ser antijurídica ya que, "carece de entidad para encajarse en las normas penales". Y todo ello porque, "podría constituir un ataque ético pero que para el Derecho no deja de ser ilusorio y sin vida real".

Dos son las cuestiones que de la lectura de la Jurisprudencia citada llaman más la atención. La primera es que en ocasiones, se denominan como sinónimos "delito provocado y delito imposible", no siendo ello cierto. Mientras que en el delito imposible falta el objeto o se da la inadecuación de medios para que el resultado se produzca, en la

para poner a prueba la moralidad de un empleado, de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia, encarga a una persona de su confianza que estimule e induzca a la comisión de un acto punible y al ser practicado formula denuncia criminal, es evidente, que el delito o falta contra la propiedad de que se trate tiene la condición de provocado e imposible, porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado."

"Considerando: que la ley penal protege todos los bienes jurídicos y sanciona las lesiones de los mismos, mas no autoriza, salvo excepciones circunstanciales, determinadas expresamente, que el supuesto perjudicado valiéndose del procedimiento aludido, sea quien induzca a la ejecución del atentado contra su propiedad, porque los deberes sociales y de orden moral tienen como exponentes el de educar y apartar del mal ejemplo los pensamientos de personas propicias a la delincuencia, orientándolas y protegiéndolas hacia la senda del bien, en vez de inducir las aunque sea para comprobar su fortaleza o debilidad, a la realización de acciones punibles.

(12) Sentencia de 27 de Junio de 1967 (Art. 3415):

"Considerando: ...y sí, para incriminar toda conducta humana, en el ámbito penal, se exige que las acciones u omisiones sean voluntarias, como producto de una manifestación subjetiva libre, en su creación intelectual y en su realización al deber ser, manifestación de una resolución delictual espontánea, no puede admitirse que tal figura constituya, ni siquiera la tentativa imposible de delito, por idoneidad de fin o resultado, como cree el Tribunal de instancia, puesto que, en ella se da, por la maquinación insidiosa que la envuelve, como quiere la mejor doctrina científica, exclusivamente una apariencia de ataque, con ausencia de enfrentamiento formal al ordenamiento jurídico penal, pues la voluntad manifestada no podía llegar a ser antijurídica en su realización y alcanzar un fin, aunque pudiera envolver un sencillo ataque ético que resultaba meramente ilusorio y sin vida real, por lo que carece de entidad para encajarse en las normas penales, a no primar, indebidamente y con efectos opresivos actitudes inductoras, que juegan al margen de toda norma, permisiva de investigación legal, y que incluso no deben servir, ni para la forja de la convicción psicológica que primariamente pretenden, demostrando la habilidad y la inclinación criminal o el hábito del sujeto pasivo, por tratarse de provocación subrepticia no reglada, y contraria a la espontaneidad de la libertad personal".

conducta de quien actúan a consecuencia del agente provocador, "delito provocado" objeto y medios se dan, lo que ocurre es que, solo en apariencia ya que, todo es aparente ilusorio o irreal.

Distinto sería que el delito provocado fuera ya imposible (v. gr. provocar a alguien para que dispare sobre un muerto) y no porque la imposibilidad proceda de que el provocador en su momento tomó las precauciones necesarias para que el resultado no se produjera, en estos casos no hay que olvidar que para muchos penalistas españoles no es punible la tentativa absolutamente inidónea.

La segunda cuestión Jurisprudencial a tener en cuenta gira en torno a si la conducta del sujeto provocado es o no antijurídica. Vemos que no, (13); no hay lesión de bien jurídicamente protegido, falta pues, la antijuricidad material o transcendencia jurídica y, en consecuencia, el bien jurídico no sufre peligro (14).

La Jurisprudencia en derecho español, incluye además, como elemento la imposibilidad de alcanzar el resultado. Con ello, y en unión del requisito de haber adoptado el agente provocador las garantías suficientes se podía plantear que tratamiento jurídico-penal procederá cuando pese a todo el resultado se produce ya sea por falta de diligencia en la adopción de garantías, ya sea incluso, por caso "fortuito". Entiendo que en este supuesto cabría a lo sumo, una imprudencia cuya graduación variaría en cada caso.

2. En el segundo supuesto veamos si tiene o no relevancia penal la conducta del sujeto provocado, es decir, en aquellos casos en los que el agente provocador pretende descubrir situaciones o actividades criminales ya existentes.

La tesis de la impunidad del sujeto provocado había sido puesta de manifiesto, como apuntamos, en las Sentencias de 22 de Junio de 1950 por primera vez y por la de 27 de Junio de 1967.

Pero es a partir de la Sentencia de 18 de Abril de 1972 (Ar. 1698) (15), cuando nuestro Tribunal Supremo establece una distinción o

(13) Sentencia 27 de Junio de 1967: "La voluntad manifestada no podía llegar a ser antijurídica".

(14) En este sentido Sentencia de 20 de Febrero de 1973 (Ar. 786) y 14 de junio de 1975: "Dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituida, estando descartado desde el principio al fin, el peligro para el bien jurídicamente protegido".

(15) Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Francisco Casas y Ruiz del Arbol.

"Considerando: Que es común opinión, refrendada por esta Sala, la que entiende que el llamado delito provocado, es decir, el surgido por obra y estímulos de provocación

disquisición de sumo interés, al poner de manifiesto y sentar el criterio que luego sigue la Jurisprudencia hasta nuestros días, de que no es lo mismo el delito provocado y por tanto impune, sin realidad, aparente y llevado a cabo por el agente provocador para poner a prueba la capacidad delictiva o moralidad de un sujeto, de aquellos otros casos muy distintos, en los que la conducta del sujeto provocado obedece al móvil por parte del agente provocador, de descubrir situaciones delictivas ya existentes y por tanto punibles.

Ello es especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo, como sucede en los delitos de tráfico de estupefacientes cuya comisión lleva aparejada la existencia de intermediarios y es especialmente a través de la provocación como pueden descubrirse los canales por los

y carente, en consecuencia, de toda realidad, no debe en principio, acarrear responsabilidad penal propiamente dicha para los provocados, por razón del inocuo conato resultante, incluso cuando el ardid fuese rectamente intencionado y llevado a cabo, en cumplimiento de deberes y órdenes funcionales, por miembros de la Policía, a fines de indagación y eventual neutralización de sospechadas proclividades criminales, que interesa atajar, por cuanto, al faltar autentica materia delictiva —mas que libre voluntariedad— según se pretende en los coincidentes recursos ahora planteados siempre habría de quedar la conducta en mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo, en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo de hecho, concebido así desde su origen por los provocadores que, sin verdadero propósito de perpetración, tendrán previamente tomadas las necesarias medidas para yugularlo oportunamente, sin dejarlo llegar a término y sazón; pero ello no es aplicable al caso, bien distinto, en que el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito, índice y contraste de la tenibilidad de los destinatarios de la incitación, sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes, y, en consecuencia, punibles, sin que la nota positiva o negativa, de espontaneidad respecto del acto último, meramente revelador del delito, afecte a la realidad cierta del mismo”.

“Considerando: Que, conforme al deslinde entre creación y descubrimiento acabado de enunciar, no puede decirse que no llega a constituir efectivo delito contra la salud pública, previsto en el artículo 341, en su relación con el 344 del Código Penal, y sin, tan solo, delito putativo, impune, la conducta enjuiciada, cuyo desarrollo, según el hecho probado de la sentencia condenatoria, recurrida, denota bien a las claras la preexistencia de una red organizada de traficantes de drogas, de la que los procesados recurrentes formaban parte, dedicada al comercio de estupefacientes, que la intervención policial sólo vino a poner de manifiesto, cortando su continuidad, de manera que, al producirse tal intervención, el delito ya existía, en los términos del artículo 341 a virtud de la disponibilidad de las drogas, previamente adquiridas con fines de ulterior reventa a quien las solicitase, habida cuenta, a mayor abundamiento, de tratarse de acopios no improvisables en aquel preciso momento, sino necesariamente allegados con antelación a estos ilícitos fines; elementos más que suficientes para estimar cometido, en calidad de autores, por los referidos procesados, el cuestionado delito de peligro, dada su dedicación a tal comercio, en cuyo curso, la interferencia de los funcionarios de Policía, no fue inicial tentación criminógena, ya que la aparente operación por ellos propuesta no pasaba de instrancendente episodio sobrevenido, no determinante de la comisión del delito, aunque sí de su descubrimiento.”

que venia fluyendo la droga con anterioridad. No se pretende pues, insisto, provocar la comisión del delito contra la salud pública sino ponerlo al descubierto (16).

IV. PUNIBILIDAD O NO DEL ACTO ULTIMO

Cuestión que suscita especial interés, es la de saber si en estos casos el último acto es o no punible.

En principio y de acuerdo con la Jurisprudencia, debemos manifestar que el último acto del sujeto provocado solo será punible cuando sirva para descubrir un delito que se sabe ya cometido, las razones aducidas por la Jurisprudencia son de diversa índole; pues, mientras la Sentencia de 18 de Abril de 1972 expresa que, "sin que la nota, positiva o negativa de espontaneidad respecto del acto último meramente revelador del delito afecte a la realidad cierta del mismo". La Sentencia de 20 de febrero de 1973 mantiene asimismo la tesis de su punición al afirmar, "de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce la posibilidad y conveniencia de sancionar estas últimas conductas". En este mismo sentido y ahondando mas sobre el tema la Sentencia de 14 de Junio de 1975, aparte de mantener la línea de la Sentencia anteriormente citada, añade que, "aparte de que deberán castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocador —a semejanza de lo que puede ocurrir con el inducido— era un omni-

(16) Sentencia de 14 de Junio de 1975 (Ar. 2873):

"Considerando: ...no obstante todo ello, decimos, no es menos cierto que, también de acuerdo con la mejor doctrina esta Sala ha extraído de la anterior consideración aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito sino de descubrir el ya cometido —sentencias de 18 de abril de 1972 (R. 1698) y 20 de febrero de 1973 (R. 786)—, importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo cual acontece con los de tráfico de estupefacientes, cuya comisión implica una vasta red, de ámbito incluso internacional, con multitud de agentes o intermediarios, escogidos no pocas veces entre los propios adictos a la droga, cuando no iniciados en tal fatal consumo para así atraerlos con mayor eficacia y asociarlos al tráfico preconcebido y perfectamente planeado, ante cuya realidad criminógena, la actividad policial, consciente de la existencia de tan activa y plural conducta delictiva, al ponerse en fingido contacto con conocidos o presuntos agentes, aun los mas externos y secundarios de la organización, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva de nuestro tiempo".

modo facturus, es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente”.

En consecuencia, el último acto del sujeto provocado será punible cuando sirva para descubrir una actuación delictiva que el agente provocador sabía ya cometida (17).

Muy distinto sería que el agente provocador no tuviese conocimiento de un delito ya existente sino que sólo lo sospechase o lo que es lo mismo, con su actuación no lograra poner al descubierto ninguna conducta delictiva anterior. En este caso, la conducta del sujeto provocado no será punible como ha puesto de manifiesto la Sentencia de 8 de Julio 1980 (18), (Ar. 3134). Al no contener el resultado de los hechos probados “ningún dato que revele o haga presumible la comisión del delito contra la salud pública al fundamentar la Sentencia recurrida el tráfico de drogas sobre una operación ficticia con lo que faltan las condiciones básicas de tipicidad para incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado”.

(17) Consulta nº. 1 de la Fiscalía del Tribunal Supremo: “...pues el provocado no sólo había resuelto cometer un delito sino que éste se había consumado en uno de los subtipos (es delictiva la tenencia cualificada por eventuales actos de tráfico) y el fin perseguido por el provocador es el descubrimiento de la actividad delictiva, independientemente de que con este acto puedan aclararse otros (el origen de los canales de distribución). Lo mismo cabe decir de la intervención de quien colabora con el provocador realizando materialmente los actos conducentes al descubrimiento”.

(18) Resultando: “Que los procesados..., mayor de edad y ejecutoriamente condenado en Sentencia... y ..., mayor de edad, sin antecedentes penales, que se dedican a la venta de la droga llamada hachiss, de propiedades estupefacientes, conocedora de esto la Guardia Civil, de Málaga, destacó al Sargento... que se presentó como comprador ante dichos procesados quienes le propusieron la venta de tres a cinco kilogramos de la referida droga en el Bar... de la barriada de... de esta capital el día 28 de junio de 1978 por precio total de 500.000 pesetas; al siguiente día el fingido comprador, el agente de la autoridad ya mencionado se presentó en el bar referido, llevando una cartera con fajos de recortes de periódicos y 25.000 pesetas, montándose los procesados y el Sr... en el coche de éste, marchando hacia la playa, según indicación de los procesados en donde tenían oculta la droga, y en el camino acometieron contra el Sr..., golpeándole en la cabeza, haciéndole perder el conocimiento, causándole heridas de las que curó sin defecto a las 75 días y estando inhabilitado para su trabajo, y le sustrajeron con deseo de beneficio las 25.000 pesetas, dándose a la fuga, las que se logró recuperar al ser detenido dos días después el ..., ocupándosele alhajas por valor de 104.000 pesetas y a continuación se detuvo al otro procesado”.

LA PROHIBICION DE DONACIONES ENTRE CONYUGES EN EL DERECHO CIVIL DE MALLORCA

MIGUEL MASOT MIQUEL

Prof. Adjunto interino de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamento histórico de la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. III. Exámen crítico de la pervivencia de la prohibición de donaciones entre cónyuges. IV. La protección de los legitimarios y acreedores del cónyuge donante. V. La posibilidad revocatoria de la donación entre cónyuges. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

la vigencia en nuestra Isla de los principios e instituciones del Derecho romano ha perpetuado hasta nuestros días —y, concretamente, hasta nuestra vigente Compilación— la vieja norma romana prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. Si el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decir, en la sentencia de 24 de Octubre de 1964, que el Derecho romano se ha venido aplicando en Mallorca, no en un verdadero sentido de Derecho supletorio, sino, por el contrario, con el carácter de *consuetudinario*, al margen de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como costumbre, no se puede negar, que en el caso de las donaciones entre cónyuges, ha existido un criterio unánime y tradicional, dentro de nuestro Derecho, coincidente en que tales negocios jurídicos estaban prohibidos, y, en consecuencia, su otorgamiento afectado de nulidad. No hay en los

protocolos notariales que se conservan en nuestro Archivo histórico —por lo menos en lo que referencia hace a los instrumentos por mí examinados, que han sido muchos— huellas de negocios jurídicos gratuitos entre cónyuges; y, de otra parte, la doctrina ha considerado siempre que el criterio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges era tradicional en nuestro Derecho. Así, Pedro Ripoll y Palou en su *Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, nos dice que, existiendo libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia, ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulsos del amor, o cediendo a los halagos de su mujer, cuando no por otras causas de diversa índole, ejecuta adquisiciones figurándolas a nombre de aquella en los títulos de sus respectivos otorgamientos (1). Y Pascual González, al tratar de los afectos jurídicos del régimen de separación de bienes, se refiere tan solo a la posibilidad de venderse los cónyuges bienes recíprocamente, con lo que da por entendido que las donaciones entre los consortes están prohibidas (2).

Es curioso, sin embargo, que la prohibición de donaciones entre cónyuges dentro de nuestro sistema jurídico, tenga que deducirse en base a una interpretación a sensu contrario del artículo 4º párrafo 3º de nuestra Compilación; y así, de la afirmación contenida en dicho precepto de que “serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso”, se deduce la invalidez de los actos y contratos celebrados entre los cónyuges a título gratuito. Ciertamente, los precedentes de la Compilación no fueron tampoco mucho más explícitos sobre el particular. De los tres proyectos de Apéndice que precedieron a nuestro Texto compilado —y que no pasaron de ser meros proyectos—, los de 1903 y 1920 soslayan la cuestión, señalando tan solo que “los bienes parafernales se rigen en territorio balear por las disposiciones del Derecho común”, y que “los frutos de los bienes parafernales deben contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio” (3). Por el contrario, el proyecto de 1949 pasó a abordar la materia del régimen económico matrimonial con mayor amplitud y precisión, y sanciona de manera expresa la posibilidad de ventas recíprocas entre marido y mujer, al señalar en el art. 58 que “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá

(1) Ripoll y Palou, MEMORIA DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL DE LAS BALEARES, Palma 1885 pág. 28

(2) Pascual González, DERECHO CIVIL DE MALLORCA, Palma 1951 pág. 100.

(3) Arts. 72 y 73 del Proyecto de 1903 y arts. 68 y 69 del Proyecto de 1920.

contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos y el marido y la mujer podrán vendérselos recíprocamente"; según este texto, era también preciso acudir a la interpretación a sensu contrario para derivar el principio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges.

No parece fácil adivinar a que es debida la ausencia en nuestro Texto compilado de una regla general prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. Tal vez la idea de hacer una Compilación que pudiera presentarse como un ejemplar botón de muestra de las virtudes de la brevedad y de la concisión —que no, desde luego, de otras virtudes— determinó que el tratamiento de la materia quedara reducido a una afirmación del principio contrario de validez de los contratos onerosos; tal vez se consideró que con la afirmación de este principio había un valor entendido de mantenimiento de la regla prohibitiva de las donaciones; y es posible también que los compiladores no quisieran siquiera abordar la materia para no tener que tomar, de manera explícita, partido entre los dos principios que nos muestra el Derecho romano a lo largo de su evolución, pues, según es sabido, el rigor de la primitiva prohibición inicial romana de las donaciones entre cónyuges se vió suavizado por un Senadoconsulto del año 206 propuesto por Severo y Caracalla, en el que se dispuso que la donación se consideraría convalidada si el esposo donanta moría sin haber manifestado intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación mortis causa.

Sea como sea, lo cierto es que nos encontramos con la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges enraizada dentro de nuestro sistema jurídico. Y, en este sentido, parece lógico que nos preguntemos sobre el porqué de la prohibición, y nos planteemos muy seriamente el análisis de su pervivencia. En definitiva, la cuestión se centra en determinar si estamos ante una institución querida y aceptada por nuestro pueblo, arraigada en nuestras tradiciones jurídicas, o por el contrario ante una norma que no encaja con el marco socio-económico en que se desenvuelve actualmente la familia mallorquina. Indudablemente, el análisis ha de realizarse con exquisito cuidado, pues la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges tiene un evidente carácter imperativo, por lo que despliega sus efectos sobre todos los matrimonios mallorquines, que no pueden excluir en modo alguno el juego de la prohibición. No estamos, pues, ante una institución de Derecho permisivo que solo entra en juego cuanto así es querido por quienes deciden su otorgamiento. Ello avala, pues, de entrada, la importancia del tema y el rigor con que ha de plantearse el examen de la pervivencia de la prohibición de donaciones entre cónyuges.

No es ocioso recordar, por otra parte, el ejemplo que desde otros ángulos se nos suministra en acercamientos al tema. Así, la Sección III del II Congreso Jurídico Catalá recomendaba la supresión de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Y la ley 11/1981 de 13 de Mayo, ha dejado sin efecto la norma del art. 1334 Cc. sancionadora de la nulidad de las donaciones entre cónyuges, para afirmar, por el contrario, en el art. 1323 que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. De otra parte, es preciso tener en cuenta que se está ahora ante la ocasión de decidir de manera definitiva sobre la pervivencia de la institución, ante el hecho de haberse constituido recientemente la Comisión de Juristas de Baleares, para la adaptación a la Constitución y revisión del Texto compilado, en virtud de lo prevenido en el Real Decreto de 22 de Mayo de 1981, y creo que es ésta que estoy tratando una de las materias de la Compilación acerca de las cuales es más urgente interrogarse sobre su supervivencia para el futuro.

Decía líneas atrás que el análisis debía realizarse planteándonos el fundamento histórico de la prohibición y su inserción dentro del marco de la vida actual. Ello suministra, de entrada, la pauta sistemática del presente trabajo, pues voy a referirme a cada una de estas dos cuestiones, para después dedicar un tercer apartado a la consideración de las donaciones fraudulentas, es decir, de aquellos supuestos en que, partiendo de la base de una posible desaparición de la regla prohibitiva, las donaciones no vendrían impedidas por un respetable animus donandi sino por un consciente o inconsciente proposito defraudatorio de tercero, particularmente acreedores y legitimarios del donante, estudiando si la situación jurídica de éstos se vería notablemente perjudicada por la desaparición de la prohibición, y dedicando un último apartado a la posibilidad revocatoria de estas donaciones, dando por sentada, aquí también, la futura desaparición de la regla prohibitiva.

II. EL FUNDAMENTO HISTORICO DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES

No existe entre los romanistas unanimidad en cuanto a suministrar una explicación fundada del origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Conocido es el texto de Ulpiano en sus *Comentarios a Sabino*, expresivo de que "está admitido entre nosotros por la costumbre que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer. Pero se admitió éste, para que recíprocamente no se

despojases por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones, sino haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad" (4). García Garrido señala también como posible circunstancia motivadora de la norma prohibitiva el desmedido afán de lucro y de riquezas de la época en que surgió la prohibición —que dicho autor sitúa al final de las guerras púnicas— con lo que podía darse el caso de que la mujer derrochase su propio patrimonio y el de su marido por un afán de lujo desenfrenado. Y considera que el origen de la prohibición no ha de buscarse en la *Lex cincia de donis et muneribus*, pues en la misma se establecía que la donación superior a cierta cantidad no se efectuase, pero una vez que se había transmitido la cosa objeto de la donación, pasaba a ser la misma irrevocable; por el contrario, las donaciones entre cónyuges venían afectadas de nulidad, aún cuando se hubiesen realizado con los requisitos necesarios para el acto de atribución (5). Por todo ello considera dicho autor que el origen de la prohibición ésta en la *Lex iulia et papia*, de la época de Augusto, aunque también en la *Lex cincia de donis et muneribus* se prohibieran las donaciones. La prohibición asimismo —dice el Profesor Lacruz— podría tratar de impedir que los cónyuges se aparten del mantenimiento de la prole y que la concordia entre ellos solo pueda mantenerse al precio de las donaciones (*Vanale concordium*) (6).

De todos modos, es de observar que las fuentes nos suministran datos expresivos de que, a pesar de la prohibición, se producían algunos efectos, al menos los relativos a la posibilidad de usucapir los bienes donados. Así, en un texto de Pomponio, en los Comentarios a Sabino se dice:

"Si yo te hubiera comprado lo que poseías como abandonado, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, consta que puedo usucapirlo, y no lo impide que no se hallara en tu patrimonio, pues vale el mismo principio cuando te he comprado a sabiendas una cosa que te ha donado tu mujer porque lo vendiste como si lo consintiera y permitiera quien tiene su propiedad (7)

Como dice Samper Polo comentando el texto, se compara en el mismo la posición de quien compra una cosa poseída por derelicto,

(4) Digesto, Libro XXIV, título I fragmento 1.

(5) García Garrido, IUS UXORIUM. El regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano, Roma-Madrid 1958 págs. 78 y ss.

(6) Lacruz, DERECHO DE FAMILIA, Barcelona 1963 pág. 227.

(7) Digesto, Libro XLI, título 7, fragmento 5 pr.

con la de quien compra al marido una cosa que le donó su mujer, en cuyo caso la posesión se ha obtenido en virtud de un título ciertamente nulo, dada la estricta prohibición que, en tiempos de Pomponio, no estaba ni siquiera atenuada por la *Oratio Divi Severi*, a la que nos referimos de inmediato (8).

En efecto; tal cual se ha indicado, el rigor de la prohibición romana se vió atenuado en virtud de un Senadoconsulto del año 206, propuesto por Severo y Caracalle (*Oratio Divi Severi*) en el que se dispuso que la donación se consideraría convalidada si el esposo donante moría sin haber manifestado intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación, *mortis causa*.

A pesar de lo cual, y aún después de haberse abierto un camino hacia la validez de las donaciones entre cónyuges a través de la *Oratio Divi Severi*, se encuentran nuevos textos que insisten en la prohibición. Posiblemente la explicación de este aparente contrasentido pueda estar —señalada Samper Polo— en conseguir, mediante el efecto combinado de la prohibición y la *Oratio Divi Severi*, que las donaciones entre cónyuges sean revocables, para proteger de este modo las eventuales expectativas sucesorias de los hijos comunes, las cuales se podrían ver perjudicadas por efectos de un pacto sucesorio precipitado. Hay interés en evitar que los conyuges se hagan donaciones irrevocables justamente para permitir que cualquiera de los padres, durante el matrimonio, pueda preferir los hijos al cónyuge. Cuando más tarde, en las fórmulas visigóticas, se establecen donaciones irrevocables entre cónyuges, se hacen siempre en el supuesto de que no hay hijos comunes, y con una cláusula de revocación para el caso de que nazcan en el futuro (9).

El Derecho visigodo, quitó de nuevo vigor a la primitiva prohibición romana; y así la ley *cum dotibus*, contenida en el *Liber Iudiciorum*, únicamente concede vigencia a la prohibición de donaciones entre cónyuges durante el primer año de matrimonio, pudiendo, tras dicho lapso de tiempo, hacerse los cónyuges donaciones. Posiblemente late en la norma norma el fundamente romano de evitar que los cónyuges *ne mutuo amore invicem spoliarentur*, así como la consideración de que estos efluvios amorosos, que llegan a tales extremos espoliatorios,

(8) Francisco Samper Polo, TRES TEXTOS SOBRE POSSESSIO EX BONA FIDE, pág. 13 y ss. no publicado.

(9) Francisco Samper Polo, LA DISPOSICION MORTIS CAUSA EN EL DERECHO ROMANO VULGAR, publicado en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Madrid 1968 pág. 162.

son difícilmente previsibles tras el transcurso de un año de matrimonio. Por el contrario, Las partidas volvieron al criterio romano, aunque recogiendo numerosas excepciones a la regla prohibitiva, y así, estaban en principio prohibidas las donaciones entre cónyuges, si bien, por excepción, se consideraban válidas las donaciones mortis causa, o que se hubieran de cumplir después de la muerte del donante, las otorgadas para fines de piedad o para fines de honor o dignidad de uno de los cónyuges, aquellas en que un cónyuge se enriquece sin empobrecerse el otro, o en que el cónyuge donante se empobrece sin enriquecerse el donatario, así como todas las donaciones de poca importancia, que fueran mero simbolo de cariño o regocijo familiar (Partida IV, título XI, leyes 4ª, 5ª, y 6ª).

El proyecto de Código civil de 1851 hizo tabla rasa con la posibilidad de excepciones respecto de la regla prohibitiva y sentó el principio de nulidad de las donaciones entre cónyuges de manera casi absoluta, criterio que después pasó al antiguo art. 1.334 del Código civil, que sólo admitía, por excepción, la validez de los regalos módicos realizados con ocasión de regocijo familiar, precepto hoy derogado por la ley 11/1981 de 13 de Mayo, la cual establece un criterio contrapuesto, al afirmar en el art. 1.323 que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

El Derecho comparado nos muestra hoy que el mantener el principio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges, sin admitir siquiera el resquicio de su posible validez como donación mortis causa si el donante muere sin haberlas revocado, supone adoptar un criterio ciertamente insólito.

En los sistemas jurídicos de Cataluña y Baleares la vigencia de los principios romanos era evidente, tanto por la aplicación del Derecho romano como, posteriormente, por la recepción del *Ius commune* romano canónico, pues en el Libro IV, título XX de las Decretales de Gregorio IX se establecía que la donación entre cónyuges hecha constante matrimonio, por la que uno de los conyuges se enriquece y otro se empobrece, no es firme a no ser que el donante fallezca sin revocarla.

A la hora de recoger en las respectivas Compilaciones la estructuración de la materia, existían, evidentemente, dos posibilidades: o bien mantener la norma prohibitiva sin excepción, cual el primitivo Derecho romano y el antiguo art. 1.334 del Código civil, o por el contrario, atenuar dicha norma prohibitiva con la posibilidad de convalidación establecida por la *Oratio divi Severi*.

En los proyectos que precedieron a la actual *Compilación catalana*, y en esta misma, era criterio general el inclinarse por esta segunda posibilidad, estableciéndose difereciaciones técnicas de matiz, según que se consideran las donaciones entre conyuges simplemente revocables por el donante, o, por el contrario, radicalmente nulas, si bien con una posibilidad de convalidación retroactiva si el conyuge donante moría sin haberlas revocado (10).

Por lo que respecta a nuestro Derecho, he expuesto anteriormente la opinión de un eminente foralista, cual fué Pedro Ripoll y Palou que habla de que "ha sido natural de que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes" para prevenir el supuesto de las donaciones entre conyuges; pero es de tener en cuenta, que, a reglón seguido, nos dice dicho autor, con referencia a los supuestos en que el marido realice adquisiciones figurándolas a nombre de la esposa, que "todos sabemos que en semejantes casos, la compra llevada a cabo por la mujer durante el matrimonio, se entiende verificada con dinero marital, siempre que no justifique aquella, haber tenido medios para realizarla; y que no ejercitando el mismo marido acción alguna para reclamar durante su vida aquel dinero, y no disponiendo de él en última voluntad, tiene en este caso el caracter de una donación aunque con la eficacia y efectos que puedan corresponderle según derecho (11)". ¿A qué eficacia y efectos podría referirse el autor? ¿Había que considerar que la donación quedaba convalidada por no haberse demandado la nulidad de la misma en vida del conyuge donante? Es significativo que otro autor mallorquín —Matias Mascaró y Alberty— señalara, en 1904, que "en Mallorca, basándose su legislación en la romana, son válidas las donaciones entre conyuges en los dos casos citados en que lo eran por Derecho romano" Según el mismo autor, estos dos casos eran si el donante premuere el donatario sin haberla revocado ("que nunca el donador las desfiziese en vida"); y si el donante no se hacía más pobre y el donatario más rico, o cuando el donante se hacía más pobre sin enriquecer al donatario y cuando éste se enriquecía sin empobrecer a aquel (12).

Sin embargo, en la *Compilación* no se mantiene mención alguna acerca de esta posibilidad de que la donación entre conyuges quedara convalidada por las circunstancias antedichas, lo que hace inviable, hic

(10) Pueden verse reseñados dichos proyectos en Luis Puig Ferriol y Encarna Roca Trias, *FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA*, tomo II pág. 334.

(11) Ripoll y Palou, *Ob. cit.* págs. 28 y 29.

(12) Mascaró y Alberty, *DERECHO FORAL DE MALLORCA*, Palma 1904 pág. 55 y 59.

et nunc, su aplicación, debido a la norma del párrafo 3º. del art. 4º. que únicamente permite los negocios jurídicos onerosos entre conyuges, sin distinciones ni matizaciones de ningún clase; aunque desde luego, justo es reconocer que hubiera sido más congruente y de más sentido común, establecer un régimen atenuado cual el que señala la Compilación catalana al permitir la convalidación de la donación si el donante muere sin haberla revocado.

Los argumentos en que se pretende basar el régimen prohibitivo no difieren de los que sirvieron de base en Roma para sancionar la prohibición. Entre los autores modernos —dice el Profesor Lacruz— se sigue invocando la necesidad de armonía familiar y la defensa de los terceros (13). Y ciertamente, cual señala dicho autor, estos argumentos no son convincentes.

No es hoy reconocible el supuesto de que uno de los conyuges se despoje de sus bienes, a impulsos de un exaltado amor, para dárselos a su consorte; por el contrario, hoy la donación entre cónyuges, como veremos seguidamente, cumple unas funciones de justicia distributiva, cual es el hacer partícipe al cónyuge que trabaja en el hogar familiar en las ganancias que, a consecuencia de su profesión o trabajo, experimenta el otro cónyuge; de otra parte, la prohibición es ciertamente inútil, pues se puede acudir a la simulación de la compraventa para burlar sus efectos... Todo ello nos lleva a la conclusión de que los argumentos o las necesidades que, en otro tiempo, hicieron aparecer la prohibición de donaciones entre cónyuges en el campo del Derecho —y no hay que dudar que, en un sistema jurídico impregnado por la lógica cual es el romano, si la prohibición se institucionalizó es porque la evolución económico familiar del momento así la exigía —han periclitado, y que la realidad sobre la que hoy en día dicha figura jurídica incide es otra muy distinta. Pero a este tema le dedicamos de inmediato capítulo aparte.

III. EXAMEN CRITICO DE LA PERVIVENCIA DE LA PROHIBICION DE DONACIONES ENTRE CONYUGES

La fundamentación de nuestro sistema jurídico en el Derecho romano no puede hacernos olvidar los cambios profundos que la vida social nos muestra, y la necesidad del Derecho de ir acomodándose a estos cambios y doblar sus instituciones a las peculiaridades y

(13) Lacruz, Ob. cit. pág. 227.

nuevas formas que la realidad social va creando. El Derecho no puede convertirse en un conjunto de normas estereotipadas, de vigencia perenne y sin contacto con la realidad. Según tantas veces se ha dicho, no es la vida para el Derecho sino el Derecho para la vida. Por todo ello, y aún reconociendo que el Derecho romano, en su elaboración justiniana, es la savia y fundamento del Derecho civil de Mallorca, y que los principios que informan el mismo, en su aspecto familiar y sucesorio, son aún los que confieren a nuestro Derecho su carácter e idiosincrasia, no puede ser en nuestros tiempos motivo de escándalo alguno el que se abandone alguna norma o institución romana, cuando resulta obvio que la finalidad para que se dictó ha quedado periclitada. Ya en otros supuestos he tenido ocasión de recordar las palabras que Goethe puso en boca de Mefistófeles, según las cuales las leyes se transmiten como una enfermedad de generación en generación y de lugar en lugar, y lo que en otro tiempo era razonable se hace absurdo, y lo que era un beneficio se convierte en una maldición.

La propia evolución del Derecho civil de Mallorca, y especialmente la labor realizada por los Compiladores de 1961, nos da amplias muestras de este carácter innovador, en el que, sin rechazar lo elemental de la tradición jurídica, se separa lo que los nuevos tiempos y condicionamientos actuales han revelado caduco e ilógico. Un ejemplo del hecho de que la propia tradición histórica de nuestra tierra nos muestra el rechazo de alguna de las viejas normas romanas lo tenemos en el conocido Styl 11 de las Ordinacions de Mossen Erill de 1344, que deja sin efecto la prohibición que pesaba sobre la mujer de afianzar en general, y sobre la mujer casada de afianzar a su marido, en base al Senadoconsulto Velejano y a la Authentica Si qua mulier, para disponer que “es consutut en Mallorca que si las donas fan fianzas a llurs marits y juntamen amb ells se obligan, sols que hagen renunciat ab Vallejá, encare que no hagen renunciat a la Authentica Si qua Mullier, i encare que no hagen jurat, sols sian mayors de 25 anys, la obligacio val i te i aixi ses obtengut en contradictori judici” (14). Por otra parte, la Compilación del año 1961 muestra un carácter ciertamente innovador, que no pasó desde luego desapercibido a los juristas que, tras la aparición de la Compilación, publicaron en varias revistas especializadas sus comentarios a la misma. Puede servir de resumen a todas sus opiniones el hecho de que el meritorio trabajo de uno de ellos —Juan Verger Garau— se titulara precisamente *Innovaciones introducidas en el derecho civil especial de Baleares por la reciente*

(14) Texto tomado de Pascual González, ob. cit. pág. 113.

compilacion (15), y que en el mismo se diga que las innovaciones introducidas por la vigente Compilación balear quedan justificadas, pues son una necesidad que nace de la misma esencia vital de la norma jurídica, de la que no se puede prescindir incluso en una labor principalmente ordenadora y compiladora del Derecho anterior. (16).

Y así, es factible encontrar en nuestra vigente Compilación modificaciones tan sustanciales cuales son la desaparición de la presunción muciana y su sustitución por la discutida presunción de copropiedad del párrafo tercero del art. 3º. la desaparición de la cuenta marital, dando entrada al Código civil en materia de regulación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, y la definitiva desaparición del ab intestado romano, con la consiguiente entrada del Código civil, dando con ello carta de naturaleza definitiva y rango normativo a una corriente jurisprudencial que así lo venía proclamado, a pesar de la opinión en contra de buena parte de la doctrina, sin bien haya que matizar que dicha opinión doctrinal se limitaba a mostrar unos reparos ante el hecho de que la corriente jurisprudencial no tenía base legal suficientemente sólida en que apoyarse, siendo una muestra más del afán penetrante y avallasador del Código civil (17), pues se reconocía —de otra parte— que los problemas que planteaba el ab intestato romano eran muy considerables, particularmente en caso de falta de descendientes y existencia de ascendientes en concurrencia con hermanos o con hijos de hermanos premuertos, en cuyos casos se fraccionaba el patrimonio entre los ascendientes y hermanos, distribuyéndose la herencia por cabezas y heredando por estirpe los hijos de hermanos premuertos en caso de existir. Y podría hablarse, asimismo, de otras modificaciones de menor importancia como son la desaparición del *excerix* o aumento de dote, la supresión casi total de la regulación romana del derecho de acrecer y de los legados, el reforzamiento de los derechos legitimarios de los hijos adoptivos respecto de la legislación general entonces vigente, la proclamación de los principios generales de la sucesión mallorquina, la limitación de los llamamientos en la sustitución fideicomisaria al segundo grado, modificando el sistema de los cuatro llamamientos del

(15) Publicado en Revista de Derecho Notarial, Enero, Marzo 1962.

(16) Verger Garau, ob. cit. pág. 271.

(17) Verger Garau, ob. cit. pág. 289. Entendemos nosotros —dice que así como la orientación de la jurisprudencia introduciendo el Código civil en las regiones forales en materia de sucesión intestada es realmente una imposición inoficiosa, la innovación legal establecida por la Compilación en el artículo citado nos parece al contrario, no solamente establecida por la vida adecuada, sino además plausible y oportuna desde el punto de vista actual y sociológico e incluso biológico-sociológico.

Derecho romano justiniano, el incremento de las posibilidades de disposición por parte del fiduciario de los bienes fideicomitidos, la progresiva suavización de las consecuencias de la Ley Hac Edictali, en cuanto que el exceso atribuido al cónyuge sobreviviente no se destina tan solo a los hijos del anterior matrimonio del bínubo, sino que es objeto de reparto por partes iguales entre el viudo y todos los hijos, entrando por tanto en dicho reparto también el sobreviviente y los hijos del último matrimonio del bínubo, etc... Y en el extremo contrario de estas modificaciones, ciertamente la mayoría plausibles, tendrían que colocarse otras modificaciones realizadas por los compiladores en materia de derechos reales, ya totalmente criticables, cuales son, en particular, las que hacen referencia al cómputo de las mejoras en la determinación del valor de las fincas tenidas en alodio, a afectos de su redención mediante el pago de dos laudemios y de dos tercios de laudemio.

El examen, pues, de nuestra tradición histórica jurídica y de la propia labor compiladora nos da muestras de un carácter progresivo e innovador, que confiere a nuestro Derecho unas posibilidades de adaptación a la realidad socio económica, y en nuestro caso, mejor diríamos, a la realidad socio económico familiar, consustancial con la propia esencia de los Derechos forales, de amplísima base consuetudinaria.

Y quisiera que todo ello fuera tenido en cuenta a la hora de plantearse la cuestión de la pervivencia de la prohibición romana de las donaciones entre cónyuges.

Los fundamentos que determinaron la aparición de la prohibición en el Derecho romano, que suscintamente, se han expuesto, se revelan hoy tan innecesarios, al no darse frecuentemente el caso del cónyuge que movido por un inusitado amor se empobrece para enriquecer a su consorte, como inútiles, al ser perfectamene posible dejar sin efecto la prohibición acudiendo a la simulación de la compraventa. Se hace preciso, pues, proceder a un atento examen de nuestra realidad socio-económica y ésta nos muestra que las donaciones entre cónyuges se realizan de manera frequentísima en el normal discurrir de los matrimonios, pero con la particularidad de que el motor que las impele no es el animus donandi típico de las donaciones, en que se pretende un enriquecimiento del donatario correlativo al empobrecimiento que experimenta el donante, sino que se considera que mediante estas donaciones entre cónyuges lo que se hace es disponer de los ahorros y ganancias del matrimonio, y hacer participe a uno de los conyuges en las ganancias del otro, lo cual, en los casos, todavía

bastante frecuentes, en que la esposa no trabaja fuera del hogar familiar, sino que dedica sus afanes al cuidado de éste y de la familia, viene avalado por loables razones de justicia distributiva, pues de esta manera se retribuye el trabajo en el hogar familiar de uno de los cónyuges.

Como antes decía, la realidad de nuestra contratación nos muestra el uso frecuentísimo de estas donaciones. Cuando se compra el piso que ha de constituir la vivienda familiar, o se compra el chalet de recreo o la segunda vivienda, es bastante normal que se escriture la compra de dichos inmuebles a nombre de marido y mujer, los cuales los adquieren así por partes iguales e indivisas, demostrándose con ello que la separación de bienes no puede ser, en contra de lo que señala el art. 3.º de nuestra Compilación, "absoluta". Y, claro está, en muchos de estos casos, normalmente ha existido una donación por parte de uno de los cónyuges al otro de la mitad del dinero preciso para la compra del bien en cuestión. La conclusión a la que fácilmente se llega es la de que mantener la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges puede suponer una espada de Damocles que se cierne sobre la contratación efectuada por ambos esposos. Piensese que partiendo de la nulidad radical o absoluta de dichas donaciones como actos contrarios a ley, no cabe la convalidación por el transcurso del tiempo —*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere*— y, correlativamente, no prescribe la acción para que se declare la nulidad de dicha donación, con la secuela de que vuelvan las cosas al ser y estado anterior a la donación, bastando, de otra parte, solo la demostración de un interés en el ejercicio de la acción para la legitimación activa, lo cual permite la amplia posibilidad de que no solo los legitimarios, sino también los acreedores del marido puedan en cualquier tiempo ejercitar la acción de nulidad.

El problema se presenta también, corregido y aumentado, en los casos en que es uno de los cónyuges quien adquiere directamente y por sí solo un bien inmueble, si bien mediante dinero precedente del otro. Hecho también muy arraigado en nuestras costumbres, y que no se hace, la inmensa mayoría de las veces, por propósitos defraudatorios de los acreedores del donante. Pascual González habla así de la costumbre de escriturar las adquisiciones de inmuebles que se realicen "en cap de sa dona i així la tenc contenta" (18).

Obviamente, en ambos casos, las adquisiciones de los inmuebles realizadas son en sí intocables. Ni en el caso de haber comprado los

(18) Pascual Gonzalez, Ob. cit. pág. 125.

dos cónyuges proindiviso, ni en el de haberlo hecho exclusivamente la esposa, aún cuando en los dos supuestos haya mediado una donación del marido del efectivo preciso para la compra de dichos inmuebles, se puede postular la nulidad de tales adquisiciones, pues las mismas no están viciadas de defecto alguno susceptible de determinar su ineficacia ni se han otorgado contra ninguna prohibición legal. Sobre lo que sí proyecta su espectro la prohibición romana de las donaciones entre cónyuges es sobre la donación del efectivo preciso para la adquisición de los inmuebles en cuestión, pudiéndose en este caso postular la nulidad de dicha donación, y por lo tanto, el que vuelva al patrimonio del cónyuge donante el importe de lo donado por él al otro cónyuge para efectuar la adquisición de los inmuebles.

Aunque de pasada, es obligado hacer una referencia a los dos más importantes problemas que llevaría consigo la reclamación de nulidad del acto donacional.

El primero es el de la determinación del importe de la donación, puesto que el reclamante, normalmente un acreedor del marido, no tiene medios para saber a cuanto asciende el quantum donado para la compra del bien; en el Registro de la Propiedad no constan los precios de las transmisiones, y, como persona no otrogante de la escritura, no tiene el reclamante acceso al protocolo del Notario autorizante de la misma, aparte de no ser tampoco el precio insertado de la escritura un dato cien por cien fiable. Por ello, parece lo más lógico que la cantidad a restituir al patrimonio del marido, de declararse la nulidad de la donación, sea determinada de manera pericial en el propio pleito, atendido el valor del bien adquirido por la esposa.

El segundo es el del juego de la carga de la prueba. Es obvio que si la esposa demandada alega y prueba que la compra se ha realizado con dinero propio y no del marido será desestimada la demanda de nulidad. Bueno será recordar, en este punto, la existencia dentro de nuestro Derecho de la llamada *presunción muciana*, vigente hasta la aparición de la Compilación de 1961, la cual tiene su base en el texto de Pomponio obrante al número 51 del título I, libro XXIV del Digesto, expresivo de que "Dice Quinto Mucio que cuando vino a controversia de donde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es mas verdadero y honesto que lo que no se demuestre de donde lo tenga, se considere que fué a poder de ella de su marido, o de quien bajo la potestad de él estuviere. Pero parece que Quinto Mucio aprobó esto para evitar respecto de la mujer una torpe ganancia".

Ya se ha indicado antes que la *presunción muciana* ha sido, por su caracter vejatorio para la mujer, como si la misma no pudiera

por si misma procurarse ganancias, extirpada de nuestro sistema jurídico. Obvio es que incidía en el problema del que ahora se está tratando, puesto que, en base a la misma, se partía de una presunción, logicamente *iuris tantum*, según la cual el numerario de que habría dispuesto la esposa para la adquisición de un bien, procedía del marido, correspondiendo, por tanto, a la esposa la carga de la prueba de desvirtuar este hecho.

Sin embargo, y a pesar de la desaparición de la presunción en cuestión, el juego de los principios procesales en materia de carga de la prueba nos sitúa ante una situación procesal parecida a la derivada de aquella. En efecto, el cónyuge demandado tendrá que alegar que la compra la ha realizado con dinero propio, y no mediante dinero donado por el otro cónyuge; y, como tal hecho por dicha parte alegado, de carácter afirmativo, le corresponde en principio a la parte que lo alega la prueba del mismo, prueba que, por otra parte, no parece presentar mayores dificultades. En cambio sí presentaría grandes problemas el imponer a la parte demandante de la nulidad —normalmente un acreedor o legitimario del cónyuge donante— la prueba de que el cónyuge demandado carecía de bienes para realizar la adquisición del bien de que se trate y que, por tanto, realizó dicha adquisición con dinero procedente del otro cónyuge. No parece que se pueda exigir del actor la prueba de un hecho negativo, cual es el de que el cónyuge demandado carecía de dinero para la adquisición del bien en cuestión; y resulta asimismo muy problemático exigirle la prueba de que la adquisición la realizó con dinero del otro cónyuge, pues es palmario que el actor no tiene ni puede tener normalmente acceso a la situación patrimonial del matrimonio... Por todo ello nos encontramos con que, a pesar de la desaparición de la presunción muciana, se nos presenta una situación similar a la contemplada por la misma, en lo que respecta a exigir en todo caso del cónyuge demandado un comportamiento tendente a probar la realidad de la adquisición efectuada mediante dinero propio.

De todo lo que se viene exponiendo se colige que la norma de la prohibición de donaciones entre cónyuges coloca en una situación de peligrosa inseguridad al patrimonio de cada uno de los cónyuges. En el sentido de estar expuestos a una reclamación judicial en la que se postule la nulidad del acto donacional, reclamación que podría ser interpuesta por acreedores, legitimarios, herederos testamentarios o ab intestatos del cónyuge donante, e incluso por este mismo. La legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo, y, por consiguiente, tanto a las partes como a los posibles interesados (19). Y tal

consecuencia jurídica —ineficacia del acto donacional— no parece ser la secuela lógica de un otorgamiento que, cual ocurre en el inmenso número de casos, ni es inoficioso ni está impelido por propósitos defraudatorios.

Si, de otra parte, tenemos en cuenta que no existe, dentro de nuestro sistema jurídico, y por aplicación de los preceptos del Código civil, prohibición de donaciones entre personas extrañas, sino tan solo normas limitativas del quantum de lo donado (arts. 634, 635 y 636 del Código civil), se llegaría así a la conclusión de que el cónyuge es de peor condición que un extraño en cuanto a la posibilidad de recibir donaciones de su consorte. Obviamente no es ésta la manera de premiar los desvelos y atenciones que la institución matrimonial y familiar lleva consigo.

Por todo ello, creo que la actual ocasión de revisión de la Compilación en que estamos inmersos puede hacernos meditar sobre la conveniencia de hacer desaparecer de nuestro sistema jurídico la norma prohibitiva, sin que parezca tampoco acogible la normativa establecida por la *Oratio Divi Severi* que hoy aparece recogida en la Compilación catalana. En este sentido parece más lógico y congruente que la revocación pueda ir ligada a una ruptura del vínculo matrimonial —nulidad, separación o divorcio— antes que al mero animus revocatorio del cónyuge donante; ello lo trataremos en el apartado quinto.

En el propósito apuntado no quisiera se vea mimetismo de ninguna clase respecto de la reforma operada en el Código civil por la ley de 13 de Mayo de 1981. En mis Comentarios al artículo 4º. de nuestra Compilación, que escribí en el año 1978, planteaba la posibilidad de revisión del sistema actual de prohibición de las donaciones entre cónyuges. Y, en este sentido, no hacía sino recoger una postura doctrinal en la que coincidían la generalidad de los autores. Pueden servir de resumen las palabras del Profesor Lacruz, anteriores a la Ley reformadora, según el cual, en general, la doctrina no da por buenas las razones en que se basa la prohibición de donaciones entre cónyuges, ya porque las donaciones entre cónyuges son normales cuando éstos viven en completa armonía; ya por lo inútil de la prohibición; ya, finalmente, porque los terceros tienen contra las donaciones entre cónyuges los mismos medios de defensa que contra las liberalidades a extraños. Esto, unido a la experiencia, que demuestra la falta de inconvenientes en los países donde se permiten

(19) Díez Picazo, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Madrid 1970, pág. 302.

tales donaciones, e incluso la orientación histórica de las Partidas, convence de que el artículo 1334 —antiguo artículo 1334, por supuesto— debiera suprimirse (20). Exactamente lo mismo propugno respecto de nuestro sistema jurídico.

IV. LA PROTECCION DE LOS LEGITIMARIOS Y ACREEDORES DEL CONYUGE DONANTE

En la actualidad, quien pretende que se declare judicialmente la nulidad de una donación entre cónyuges no precisa alegar motivación alguna y menos precisa fundar la petición anulatoria en el hecho de venir impulsada la donación por un móvil fraudulento. Dada la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges que rige dentro de nuestro Derecho, le bastará acreditar la existencia de la donación para que sea procedente la declaración de nulidad de la misma. Sin duda, empero, tiene que haber un interés en el ejercicio de la acción, ya que de no ser así no se estaría legitimado activamente para postular tal declaración de nulidad; y ello va en socorro de las donaciones entre conyuges que entran dentro de la normalidad en cuanto a la cuantía de lo donado, y que, en realidad, vienen impulsadas por motivos de armonía familiar y buena convivencia entre los esposos, y a las que se refería el antiguo art. 1334 del Código civil con la expresión de “los regalos módicos que se hagan con ocasión de regocijo familiar”. Ya en otra ocasión (21) he dicho que tal precepto había que considerarlo vigente dentro de nuestro sistema jurídico. Hoy que el mismo ha sido dejado sin efecto, hay que entender, sin embargo, que siguen estando permitidas estas liberalidades de uso, en las que no se verifica un desplazamiento notable de riqueza de un conyuge a otro y mediante las cuales, en palabras del Profesor Lacruz, no se saca provecho del amor conyugal, sino que se le refuerza con dones que son expresión y manifestación del mismo (22).

Por el contrario, suponiendo que en un futuro más o menos próximo desaparezca de nuestro sistema jurídico la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges, entonces la impugnación de las mismas no podrá fundarse en su nulidad por infracción de ley, sino

(20) Lacruz, Ob. cit. pág. 227.

(21) Comentarios al art. 4º. de la Compilación en COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Y A LAS COMPILACIONES FORALES; Tomo XXXI volúmen 1º. Madrid 1980, pág. 133.

(22) Lacruz, Ob. cit. pág. 231.

que, por el contrario, tan solo podrá basarse en dos fundamentos especiales, aparte de los motivos generales de impugnabilidad de todo contrato por falta de consentimiento, objeto, causa, etc... Y dichos fundamentos son la falta de los requisitos formales de los arts. 632 y 633 del Código civil y el haberse efectuado la donación en perjuicio de tercero. A ello vamos a referirnos seguidamente, pero no sin antes apuntar que, en todo caso, la donación entre conyuges ha de haber supuesto un perjuicio para quien ejercita la acción impugnatoria, pues la legitimación para el ejercicio de dicha acción exige un interés en que se anule la donación controvertida, lo cual, desde luego, supone que dicha donación lastima los derechos de quien postula su nulidad. Siempre, pues, habrá de existir un perjuicio, aunque cabe la posibilidad que la donación se realizara sin ánimo de causarlo.

En cuanto al primero de dichos fundamentos, sabido es que el art. 632 Cc. exige que la donación de cosa mueble no manual, es decir no seguida de la entrega de la cosa, tiene que constar por escrito, debiendo asimismo constar de la misma forma la aceptación; y por su parte el art. 633 Cc exige para la donación de inmuebles, como requisito esencial para la validez del contrato, la escritura pública, en la que se expresen individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, debiendo constar en idéntica forma la aceptación. Obviamente, las donaciones entre conyuges, en caso de autorizarse, deberían estar sometidas a este condicionamiento jurídico, pues no hay base foral alguna para soslayar la aplicación de dichos preceptos; y, de otra parte, estos vienen impuestos por la más elemental lógica y sentido común, siendo una congruente derivación de la trascendencia del negocio jurídico donacional. Por tanto, el no cumplimiento de estos requisitos puede ocasionar la nulidad de la donación, nulidad que, como antes se ha dicho, podría postular cualquier persona que tuviere interés en ello.

El problema posiblemente se plantearía de manera más acuciante, y hablamos siempre de manera hipotética, es decir, para un supuesto de futura autorización de las donaciones entre conyuges dentro de nuestro sistema jurídico, en aquellos casos en que los cónyuges han enmascarado el acto donacional con la simulación relativa de la compraventa, particularmente por motivos fiscales. No es este el momento de plasmar la extensa polémica que, en el marco del tratamiento de dicha figura de la simulación relativa, ha surgido en torno a la cuestión de si el requisito de forma puede entenderse cumplido con el otorgamiento de escritura pública, en la que se describen los bienes y se recoge la aceptación del contrato por sus otorgantes, aunque dicha escritura no sea de donación sino de

compraventa. En favor de la validez del contrato disimulado —de la donación— juega el principio de conservación del negocio jurídico; pero en contra de dicha validez está la consideración de que no se recoge en la escritura una causa donandi, y así mal puede decirse que exista la aceptación del donatario que como requisito esencial exige el art. 633 del Código civil. Aunque las opiniones están notoriamente divididas, hoy buena parte de la doctrina y jurisprudencia se inclina por la segunda solución, considerando que, con el otorgamiento de la escritura de compraventa, no se han cumplido los requisitos del art. 633, y que, por tanto, falta el juego de un elemento formal que es esencial para la validez y eficacia del negocio disimulado. En base a ello cabría una posibilidad de impugnación de las donaciones entre conyuges cuando éstas se otorgan bajo la forma de un contrato de compraventa.

Pero normalmente, será el segundo de los motivos de impugnación antes apuntado —el fraude o perjuicio a tercero— el que dará más juego. Los acreedores, los legitimarios de uno de los conyuges —del conyuge donante— podrán considerar que la donación se ha hecho en fraude de sus derechos, y, en base a ello, impugnar la donación, y normalmente, deberán hacerlo por el único móvil del fraude, sin poder acogerse a la falta de cumplimiento de un requisito formal necesario para la validez del acto donacional. Hoy, dentro de nuestro sistema jurídico, y tal cual antes se ha dicho, su impugnación solo les exige la prueba de un interés en el ejercicio de la acción y del hecho de la donación. Por el contrario, el día en que éstas estén permitidas o autorizadas, su situación se verá notoriamente agravada, pues ya no ejercerán la acción de nulidad, cuyos condicionamientos, según se ha visto, en cuanto a legitimación activa, plazo de prescripción, etc... son de gran amplitud, sino que, por el contrario, la acción que tendrán que ejercitar será una acción de tipo rescisorio, respecto de la cual la ley impone severas medidas para hacer factible el ejercicio de la misma, desde no poder ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de cualquier otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria según el art. 1294 Cc, hasta impedir el ejercicio de la acción cuando el que la pretende ejercitar no puede devolver aquello a que por su parte estuviere obligado, o haber pasado legalmente las cosas objeto de la donación a poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, cual impone el art. 1295 Cc. Ello aparte de que el plazo de prescripción del art. 1299 —cuatro años desde la celebración del contrato— tal vez sea un plazo excesivamente corto. Por el contrario, el hecho de que el negocio jurídico concertado entre los cónyuges sea una donación determinada una presunción de fraude por imposición del art. 1297 del Código civil.

A la vista de todo ello, la cuestión que se plantea, partiendo de que en el futuro desaparezca la prohibición de donaciones entre conyuges dentro de nuestro sistema jurídico, es la de si estarán suficientemente protegidos los intereses de los acreedores y legitimarios del conyuge donante, quienes, por regla general, solo podrán acudir al ejercicio de la acción rescisoria, para impugnar el negocio jurídico donacional.

En este sentido es de destacar que, en la reforma efectuada por la ley 11/1981 de 13 de Mayo no se establece ningún procedimiento o mecanismo corrector, para paliar la situación de las personas presumiblemente perjudicadas por las donaciones entre conyuges, no cabiendo duda de que tan solo podrán acudir a las acciones de impugnación que hemos venido examinando, y en especial, a la acción rescisoria.

Cuando los compiladores del año 1961 suprimieron una institución cual la presunción muciana que, como se ha visto, está fuertemente ligada al tema que nos ocupa, se creyeron en el deber de explicar, en la exposición de motivos del texto compilado, que "se suprime, decididamente, la discutida presunción muciana, confiando la protección de los acreedores y legitimarios a las acciones normales de simulación del derecho común". En el caso de donaciones entre cónyuges, obvio es, según se ha visto, que las acciones de simulación solo entrarían en juego en caso de disimular los conyuges el acto donacional bajo la forma de la compraventa, en cuyo caso se suscita la ya aludida cuestión de si se cumplen o no los requisitos de validez del negocio disimulado. ¿Pueden darse, empero, en el supuesto que nos ocupa, otros casos de simulación, cual sería por ejemplo —y siempre partiendo de que en un futuro se autoricen las donaciones entre cónyuges— la donación de la vivienda familiar, o de la segunda vivienda al cónyuge, cuando es evidente que la misma seguirá siendo poseída por los dos, y que el propósito del negocio donacional es el que desaparezca aquella del patrimonio del cónyuge donante para sustraerla a la acción de acreedores y legitimarios?. El supuesto es muy arduo y se hace muy difícil dar reglas de tipo general. Tal vez en un supuesto como el que nos ocupó pueda verse tan claro el móvil defraudatorio que el Juez o Tribunal ante el que se plantee la cuestión entienda que hay una simulación absoluta; que ciertamente no ha existido animus donandi, puesto que la situación posesoria del bien donado no ha variado, y que en realidad lo único que se ha hecho es configurar ante terceros un desplazamiento patrimonial que no tiene otro fin que el sustraer el bien donado a las pretensiones de los interesados... Y, en tal caso, de entenderse que se está ante una simulación absoluta, de nuevo volvemos a la situación jurídico procesal de la acción de nulidad, con las sabidas particularidades de poder

ejercitarse sin plazo de prescripción —aunque las cosas objeto de la donación pueden ser usucapidas— y de no exigirse otros requisitos en cuanto a la legitimación que el mero interés en el ejercicio de la acción. Es obvio que entonces estamos muy lejos de los condicionamientos que a la acción rescisoria imponen los arts. 1294, 1295 y 1299 del Código civil.

Por otra parte, hay que reconocer que de los condicionamientos impuestos por dichos preceptos, los dos primeros son totalmente lógicos. El carácter excepcional de la acción rescisoria, que juega contra el principio de conservación del negocio jurídico, impone su carácter subsidiario, exigiendo que no exista otro remedio para obtener la reparación del perjuicio; y las consecuencias de la rescisión —volver las cosas objeto del contrato al ser y estado anterior a su celebración— imponen asimismo los condicionamientos del art. 1.295. En cambio, el plazo de prescripción del art. 1.299, si bien puede ser adecuado respecto de los acreedores del cónyuge donante, ya que la más elemental diligencia les impone examinar la situación patrimonial de sus deudores, y en este sentido, el plazo de cuatro años parece suficiente para cubrir la defensa de sus intereses, se presenta en cambio, la mayor parte de las veces, excesivamente corto en el caso de legitimarios del cónyuge donante, ya que cuando éstos se darán cuenta de la existencia de la donación que les perjudica, posiblemente haya pasado con creces el plazo de cuatro años del art. 1299, plazo que hay que contar desde la celebración del contrato.

De todos modos, es evidente que, siempre cabría acudir al mecanismo de reducción de la donación del art. 654 y ss. del Código civil. Y, posiblemente, el legitimario debería de manera prioritaria, antes de ejercitar la acción rescisoria, acudir al reseñado procedimiento de reducción, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, y habida cuenta del tajante pronunciamiento que sobre el particular se contiene en el art. 1.294 de nuestro Código civil.

V. LA POSIBILIDAD REVOCATORIA DE LA DONACION ENTRE CONYUGES

La última cuestión que se va abordar, y, también en un plano de ciencia jurídica ficción, es decir partiendo de una posible autorización de las donaciones entre conyuges, radica en la posibilidad revocatoria de las mismas.

Ya se ha indicado antes que, en el Derecho Romano, a partir de la

Oratio divi Severi, la prohibición se vio a sustituir por una amplia posibilidad revocatoria, ya que el conyuge donante podía en vida hacer uso de la facultad de revocación, entendiéndose convalidada la donación si moría sin haber manifestado tal proposito revocatorio.

No parece que tan amplias facultades revocatorias sean de acoger actualmente dentro de nuestro sistema jurídico. Es cierto que las avalaría de tradición jurídica procedente del Derecho romano, pero también lo es que no encontramos pruebas claras de que tal haya sido el tratamiento tradicional de las donaciones entre cónyuges dentro de nuestras costumbres jurídicas. Tal cual antes se ha dicho, y aun reconociendo la existencia de alguna opinión doctrinal que puede hacer dudar sobre si las donaciones entre cónyuges se han considerado entre nosotros radicalmente nulas, sin posibilidad alguna de convalidación, o, por el contrario, convalidables mediante su falta de revocación en vida por el conyuge donante, es lo cierto que no se encuentran muestras de donaciones entre conyuges en los documentos públicos notariales, lo cual avala la existencia de una conciencia popular expresiva de la invalidez en tales casos del negocio jurídico donacional.

De otra parte, hay que tener en cuenta que conceder al cónyuge donante amplias facultades revocatorias de por vida iría en contra de principios fundamentales del Derecho de obligaciones como son el principio de la seguridad jurídica, y el de no coartar el libre tráfico jurídico de los bienes. Hay que tener en cuenta igualmente que, incluso en sistemas jurídicos en los cuales el tratamiento de la donación entre conyuges se hace de acuerdo con los fundamentos ya estructurados en su día por la *Oratio Divi Serevi*, no existe tampoco una opinión dominante partidaria de mantener dicho tratamiento, sino que se habla por el contrario de establecer un régimen de total permisividad.

Todo ello puede abonar la conclusión de que no parece lógico establecer el tratamiento jurídico de las donaciones entre conyuges sobre la base de una facultad revocatoria vitalicia por parte del conyuge donante, sino que, por el contrario se abogue por un régimen de general permisividad de la donación.

Y entonces el problema que se plantea es el de determinar si es o no posible la aplicación a las donaciones entre conyuges del régimen general revocatorio establecido en el art. 644 y siguientes del Código civil.

Sabido es que dichos preceptos establecen como causas de revocación de las donaciones la superveniencia o supervivencia de

hijos, la ingratitud y el incumplimiento de condiciones, entendiéndose esta última causa referida a la donación onerosa, pues es obvio que una donación condicional, propiamente dicha, o no llegaría a nacer tratándose de condición suspensiva que no se cumple, o, tratándose de condición resolutoria incumplida, sería dicho incumplimiento precisamente lo que consolidaría el negocio donacional, no siendo congruente en ninguno de ambos casos hablar de revocación.

Aplicando dichas posibles causas de revocación a la donación entre cónyuges aparece lógica la posibilidad revocatoria en los casos de ingratitud e incumplimiento de cargas. En este sentido, el conyuge donatario no tiene porqué ser de mejor condición que un extraño, y si ha incumplido las cargas impuestas o ha incurrido en causa de ingratitud, es congruente la posibilidad revocatoria. En cambio no tiene lógica de ninguna clase la aplicación a la donación entre cónyuges de la facultad revocatoria del art. 644 Cc basada en la supervivencia o superveniencia de hijos. El parecer de la doctrina ha sido siempre, en general, contrario a esta posibilidad revocatoria, habiéndose dicho con acierto que la legítima concedida a los hijos basta para protegerlos de las liberalidades anteriores a su nacimiento; y, por otra parte, la revocación no es a ellos a quienes aprovecha, ya que los bienes vuelven al cónyuge donante, quien puede disponer de nuevo de dichos bienes a favor de quien quiera —incluso a favor del propio cónyuge de nuevo—, y esta vez ya de una manera irrevocable.

Parece, por tanto, que debe excluirse esta posibilidad revocatoria sancionada por el art. 644 Cc, entendiendo que, en todo caso, los efectos jurídicos de la supervivencia o superveniencia de hijos se limitarán a conceder al hijo, en su condición de legitimario del cónyuge donante, la posibilidad de instar el procedimiento de reducción de donaciones del art. 654 y siguientes del Código civil.

Quedan, por tanto, como únicas causas determinantes de la posible revocación de las donaciones entre cónyuges, el incumplimiento de cargas y la ingratitud.

Pasando al análisis de la primera de dichas causas revocatorias, podría decirse de entrada que el concepto de "carga" es de gran amplitud, cabiendo dentro del mismo cualesquiera que imponga el donante mientras sean lícitas, y tengan un interés jurídico para el donante, ya que, obviamente, no pueden tener trascendencia jurídica cargas que suponen meros caprichos del donante, huérfanos de un interés efectivo.

El régimen de la acción revocatoria de la donación entre conyuges

fundada en el incumplimiento de cargas sería el establecido de manera general en el Código civil.

Y así, parece que, por la analogía de dicha acción revocatoria con la rescisoria y con la acción de nulidad del art. 1301 Cc, el plazo de ejercicio de la misma sería el de cuatro años, pero contado desde que el donante tuvo conocimiento del incumplimiento de la carga y posibilidad de ejercitar la acción, aunque no falta quien considere que es discutible si cabe aquí la aplicación analógica de criterios y preceptos, ante la regla expresa —aunque general— de los quince años del art. 1964 (23). Se discute también la cuestión de si tiene o no la acción carácter personalísimo. Unas antiguas sentencias del Tribunal Supremo —de 4 de Marzo de 1872 y 3 de Diciembre de 1928 —le conferirían tal carácter. Mas el común de la doctrina científica entiende que la acción revocatoria es transmisible a los herederos del donante, siempre que constara la intención de éste de ejercitarla. Así Diez Picazo y Gullon, en base a las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1954 y 16 de Mayo de 1957, señalan que la acción pasa a los herederos del donante si durante el tiempo que pudo ejercitarla manifestó su intención de revocar, lo que no llevó a efecto por su muerte (24) y Lacruz, aduce asimismo la sentencia de 11 de Diciembre de 1975 de la que se deriva que dicha acción es intransmisible en el supuesto de que el donante, habiendo podido ejercitarla, no la hubiere ejercitado, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar (25). Por lo que respecta a los efectos de la revocación, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiere hecho, con la limitación establecida en cuanto a terceros por la Ley Hipotecaria (art. 647 Cc); y, además, el donatario devolverá los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición (art. 651 Cc). Por tanto, y según señala la doctrina, la revocación por incumplimiento de cargas tiene carácter real o *ex tunc*, puesto que destruye la donación con efectos retroactivos, reponiendo las cosas al ser y estado que tenían antes de la donación.

Aparece igualmente fundada la posibilidad de revocación de la donación entre cónyuges en caso de ingratitud. La doctrina ha hablado, en este sentido, de una presunción de voluntad, según la cual

(23) Así Lacruz, *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL*, tomo II volumen tercero Barcelona 1979, pág. 67.

(24) Luis Diez Picazo y Antonio Gullon, *INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL*, Madrid 1973, volumen 1º. pág. 479.

(25) Lacruz, *Ob. cit.* pág. 67.

hay que deducir que, de haber conocido el donante al tiempo de la donación la ingratitud del donatario, se habría abstenido de otorgar la misma; e incluso se ha señalado, como fundamento de la revocación, la clausula “rebus sic stantibus”, que entraría en juego por dar lugar la ingratitud del donatario a un estado de cosas distinto del existente al tiempo de otorgarse la donación. Lo cierto es que, cuando hay ingratitud del donatario, la donación se convierte en un contrato o negocio jurídico sin causa, ya que no aparece justificada en modo alguna la liberalidad del donante, razón por la cual el Ordenamiento jurídico no tiene porqué mantener la existencia de un negocio donacional que subsiste sin base o fundamento alguno. Y obviamente, tal ingratitud es aun más execrable cuando quien hace gala de la misma es el propio cónyuge del donante.

Las causas de ingratitud vienen recogidas en el art. 648 del Código civil. ¿Hay que considerar que juegan tan solo dichas causas de revocación por ingratitud, o, por el contrario entender que sería preferible la introducción de nuevas causas? Es lo cierto que la enumeración del art. 648 Cc peca de insuficiente. Hay muchas otras conductas demostrativas de ingratitud no recogidas en dicho precepto, que se limita a hacer referencia al hecho de cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante, imputar al mismo un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se haya cometido contra el mismo donatario o sus hijos, y negarle indebidamente los alimentos. Por ello, y dado que no cabe en principio una interpretación amplia o analógica de la norma que permita acoger otras causas de ingratitud no contempladas específicamente por el precepto, sería conveniente acoger asimismo las causas de desheredación del art. 885 Cc, o, por lo menos, la señalada con el número 1º, de dicho precepto, que habla de “haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”.

¿Cual es la incidencia que sobre la donación entre conyuges puede ocasionar la ulterior separación, divorcio o nulidad del matrimonio? De entrada hay que decir que se pueden adoptar dos posturas, según se considere que la mera ruptura del status matrimonial —judicialmente declarada, desde luego— determina la posibilidad revocatoria de la donación, o, por el contrario, considerar que no basta dicho presupuesto objetivo, sino que además ha de concurrir un presupuesto subjetivo, que podría consistir en ser imputable al cónyuge donatario, según la sentencia, la causa de separación o divorcio, o haber existido mala fe, por parte del cónyuge donatario, determinante de la anulación del vinculo matrimonial. El art. 1343 Cc, en la redacción

dada por la reciente ley de 13 de Mayo de 1981 se orienta por esta segunda posibilidad, exigiendo los presupuestos subjetivos que han quedado apuntados, al tratar de la posible revocación de las donaciones hechas por razón de matrimonio.

Tal vez sea éste el criterio más razonable. Es obvio que los cónyuges pueden llegar a situaciones de separación, anulación o divorcio sin que exista un comportamiento del conyuge donatario determinante de tal situación; y en tal caso no parece justo sancionarle con la posibilidad de estar expuesto a una posible revocación de la donación anteriormente recibida de su consorte. De otra parte hay que tener en cuenta que las donaciones se hacen generalmente en contemplación de situaciones pasadas más que en previsión de realidades futuras, ya que, en este segundo caso, se imponen al otorgarse la donación unas cargas al donatario, cuyo futuro incumplimiento podría determinar la revocación de la donación. Por todo ello, parece que, dentro de la causa general de la ingratitud del cónyuge donatario, deberían especificarse estos supuestos relacionados con las situaciones de ruptura del vínculo matrimonial.

En cuanto al régimen jurídico de la acción revocatoria fundada en la ingratitud del donatario será de aplicación lo establecido con carácter general en el Código civil. Dicha acción podrá ejercitarla el donante y no se transmitirá a sus herederos si el donante, pudiendo, no la hubiere ejercitado (art. 653 Cc). El plazo de ejercicio de la acción será el previsto en el art. 652 Cc; un año contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho constitutivo de la causa de ingratitud y de la posibilidad de ejercitar la acción, plazo que sería, como en el caso de la revocación por incumplimiento de cargas, de caducidad y no de prescripción. En cuanto a los efectos de la revocación, se reducen éstos, según se desprende de los arts. 649, 650 y 651 a que el donatario ha de devolver los bienes donados o su valor, ateniéndose para regular esté al tiempo de la donación, y asimismo ha de devolver los frutos de dichos bienes obtenidos desde la interposición o de la demanda revocatoria. Por otra parte, las enajenaciones o hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad quedan subsistentes; las posteriores son nulas. Como se ve, la revocación tiene en este caso efectos ex nunc, produciéndose tan solo los mismos desde el ejercicio de la acción revocatoria.

VI. CONCLUSIONES

La oportunidad de que, en estos momentos, se haya constituido la Comisión revisora de nuestra Compilación, en virtud de lo establecido en el Real Decreto de 22 de Mayo de 1981, avala la consideración de que puede ser objeto de meditación por parte de los miembros de la Comisión el contenido del presente trabajo, e, incluso, puede esperarse que se modifique sustancialmente el punto de vista sustentado por nuestro Derecho tradicional frente a la figura de la donación entre cónyuges. Por ello, he creído conveniente terminar mi exposición con las conclusiones que a continuación se insertan, que vienen a ser el resumen de cuanto se ha expuesto líneas atrás; con ellas viene expresado el juicio que me merece la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges, así como las precauciones que, a mi parecer, deberían adoptarse en caso de que se decida modificar el tratamiento de la donación entre cónyuges, estableciendo, de manera general, su permisividad. Dichas conclusiones son las siguientes:

1ª) No hay razón alguna para seguir manteniendo la norma romana de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Los motivos que determinaron su aparición histórica han devenido hoy totalmente irrelevantes y caducos. Las enseñanzas que nos suministra tanto al Derecho histórico como el Derecho comparado nos permiten llegar a la conclusión de que mantener, en nuestros días, la prohibición romana en todo su vigor, sin tener en cuenta siquiera las atenuaciones introducidas por la *Oratio Divi Severi*, que consideraba las donaciones entre cónyuges convalidadas si el cónyuge donante moría sin haberlas revocado, supone adoptar una actitud ciertamente insólita. En este sentido es preciso modificar el criterio con que nuestra Compilación aborda la cuestión.

2ª) En la disyuntiva de si establecer una total permisividad de la donación entre cónyuges, o por el contrario, considerarlas revocables de por vida a voluntad del cónyuge donante, quedando convalidadas si tal revocación no se produce, parece criterio más fiable el primeramente expuesto, por los motivos que han quedado expuestos en el apartado V del presente trabajo, al tratar de la posibilidad revocatoria de la donación entre cónyuges.

3ª) A mi juicio, el sancionar la permisividad de las donaciones entre cónyuges de manera general, no deja en situación de indefensión a las personas que pudieran resultar perjudicadas por la donación, particularmente legitimarios y acreedores del cónyuge donante; pues, si bien es cierto que, de autorizarse la donación entre cónyuges, no podrán ya ejercitar la acción de nulidad basada en otorgarse el

contrato infringiendo una prohibición legal, sí podrán, en cambio, ejercitar la acción rescisoria, podrán acudir los legitimarios al procedimiento de reducción de donaciones del art. 654, Cc., así como ejercitar las acciones basadas en la simulación, de haberse producido ésta, de acuerdo con todo cuanto se expone en el apartado IV del presente trabajo. En ese sentido, no parece que la autorización de la donación entre cónyuges conlleve la necesidad de introducir, en este punto, modificaciones normativas en nuestro texto compilado.

4ª) Por el contrario, sí es preciso limar ciertas incongruencias que plantearía la aplicación a las donaciones entre cónyuges del tratamiento general de la revocación de las donaciones del art. 644 y siguientes del Código civil. Concretamente, debería establecerse que no es causa de revocación la supervivencia o superveniencia de hijos, y deberían ampliarse las causas de revocación por ingratitud del art. 648 Cc., incluyendo entre las mismas el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, así como la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y la separación o divorcio cuando, según la sentencia que los establezca, sean imputables al donatario.

EL CONTROL DE LA HACIENDA NO ESTATAL POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS

JUAN RAMALLO

Catedrático de Derecho financiero y tributario

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LAS HACIENDAS TERRITORIALES Y SU CONTROL: A) Hacienda estatal y no estatal. B) Autonomía y control: a) Corporaciones Locales. b) Comunidades Autónomas. III. EL CONCEPTO DE SECTOR PUBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS: A) Diversos contenidos del sector público. B) El sector público en la Constitución. C) El sector público en el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas: a) El punto de vista objetivo: manejo de fondos públicos. b) El punto de vista subjetivo: agentes que operan con fondos públicos. IV. MEDIOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA NO ESTATAL POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS DEL ESTADO: A) Consecuencias que se derivan de la relación entre Tribunal de Cuentas y Parlamento. B) El informe remitido por el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales. C) Ejercicio descentralizado de las funciones del Tribunal de Cuentas. V. EL TRIBUNAL DE CUENTAS DEL ESTADO Y LAS SINDICATURAS O CONSEJOS DE CUENTAS DE LAS COMUNICACIONES AUTONOMAS. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

El objeto del presente trabajo se delimita, en un sentido negativo, por su no referencia a la Hacienda estatal. Pero dentro de esta exclusión va a centrarse específicamente en las Haciendas territoriales, comunitaria y local. La tesis que me propongo analizar es la del sometimiento de dichas Haciendas al control del Tribunal de Cuentas lo cual lleva a plantearse tres temas fundamentales. Por un lado, el del control estatal frente a la autonomía (general y financiera) de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, constitucionalmente protegida, dentro del que se debe enmarcar el control

ejercido por el Tribunal de Cuentas. En segundo lugar, el ámbito al que se refiere —objetiva y subjetivamente— el concepto de sector público, utilizado en diverso sentido y diferente contenido en el ordenamiento jurídico. En tercer lugar, los distintos medios de control externo y las relaciones entre el Tribunal de Cuentas del Estado y los Tribunales de Cuentas de las Comunidades Autónomas.

El material jurídico sobre el que se monta el estudio de las cuestiones mencionadas está compuesto por normas legislativas y por doctrina jurisprudencial constitucional. En cuanto a las primeras, por normas de Derecho positivo y por normas en fase de elaboración; aquellas, a su vez, de distinto rango normativo y origen (Constitución española de 1978; Estatutos de Autonomía, aprobados o en proyecto; Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, publicado en el BOCE de 21 de febrero de 1980, con sus enmiendas correspondientes; el Decreto-Ley 16/1980 de 12 de diciembre sobre el régimen presupuestario de los entes preautonómicos; el Decreto-Ley 3/1981 de 16 de enero sobre régimen jurídico de las Corporaciones Locales, sustituido por la Ley 40/1981, de 28 de octubre). En cuanto a la segunda, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (publicado en el BOE del 24).

II. LAS HACIENDAS TERRITORIALES Y SU CONTROL

A) Hacienda estatal y no estatal

Es una constante de la doctrina jurídico-pública que ha surgido a raíz de la Constitución española de 1978 la consideración de una variable en sus construcciones dogmáticas como es la nueva estructura territorial del Estado. El contenido de dicha variable se concreta fundamentalmente en dos puntos: el reparto de competencias entre los distintos entes territoriales y, como lógica consecuencia de lo anterior, el reparto de la competencia financiera entre los mismos, es decir, el ámbito de su actividad financiera pública.

La aparición junto al Estado de otras corporaciones públicas de ámbito territorial lleva consigo la aparición junto a la Hacienda Pública, en el sentido del art. 2 de la Ley General Presupuestaria (LGP) —que permanecerá como Hacienda estatal (art. 156.1 Const.), Hacienda general (art. 149.1.14º Const.) o Hacienda pública (art. 94.1.a) Const.)— de otras Haciendas encaminadas a dar soporte económico al conjunto de sus respectivos intereses: la Hacienda de las Comunidades Autónomas a la que la Constitución se refiere, sin

denominarla así, al establecer la autonomía financiera de estos entes; y la Hacienda Local, así efectivamente llamada en el texto constitucional, pero cuyo contenido material es exclusivamente el principio de suficiencia del art. 142.

Si bien es cierto que la autonomía "para la gestión de sus propios intereses" (art. 137 const.) debe corresponderse con una "autonomía financiera" (art. 156.1 Const.) ello no puede suponer la existencia de compartimentos estancos dados los principios constitucionales de solidaridad y coordinación. Una de las formas para realizar los principios constitucionales ultimamente citados es el control ejercido por el Estado sobre los otros entes. Control que, en un sentido amplio, va desde la emanación de una ley por el parlamento estatal hasta la autorización administrativa estatal para un concreto acto de gestión por una Corporación Local.

En una primera aproximación, pues, y por lo que al tema de este trabajo afecta, el que la actividad económica de los entes públicos no estatales tenga que ser conocida por el Estado no es necesariamente con el fin de someterse al Tribunal de Cuentas para la fiscalización y el control de su actividad económica y presupuestaria, sino porque la planificación y la política económica del Estado, en cuanto conjunto de administración y Haciendas generales y territoriales, es competencia de los órganos, legislativos o no, del Estado central y unitario, por lo menos en sus bases y coordinación (art. 131; art. 149. 1. 13º Const.)

B) *Autonomía y control*

Se plantea, así, el problema de la relación entre autonomía y control. Autonomía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y control por parte de órganos estatales sobre la actividad de unas y otras, de todo lo cual el control presupuestario y económico ejercido por el Tribunal de Cuentas no es más que un supuesto concreto.

a) *Corporaciones Locales*

Esta relación ha sido objeto de la primera de las Sentencias del Tribunal Constitucional resolviendo un recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinados artículos de la Ley de Régimen Local referentes, algunos de ellos, a la Hacienda de las Corporaciones Locales. La citada Sentencia analiza, de un lado, el concepto de autonomía de los entes locales, y, de otro, el concepto de autonomía económico-financiera.

Por el que respecta al primer punto, el Tribunal parte de tres premisas antes de llegar a una conclusión sobre la relación de

autonomía y control. Las permisivas de su razonamiento son:

1º) El concepto relacional de autonomía: "La autonomía hace referencia a un poder limitado... en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido".

2º) El carácter exclusivo o predominante del "respectivo interés". El respectivo interés del que habla el art. 137 de la Constitución tiene que ser necesariamente concretado pues "la autonomía que garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés". Si ello, de un lado, "exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo", de otro plantea el problema de que "concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y en ocasiones, sólo lo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio".

3º) La ley como medio de controlar la autonomía. El Tribunal, en este punto, establece que "es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución". Esta vinculación, e incluso sumisión de la autonomía a la Ley y al Ordenamiento jurídico, es evidentemente admitida tanto por el recurrente como por la Abogacía del Estado en la contestación a la demanda aunque con importantes matices diferenciales, pues mientras el primero admite que la actuación dentro del marco del ordenamiento jurídico "no es posible si la competencia a ejecutar no decide el asunto o lo hace condicionada a otra intervención, aunque sin perjuicio, naturalmente, de la existencia de técnicas de control de legalidad", el segundo, en una posición positivista y restrictiva, mantiene que "en el planteamiento constitucional del problema existe una amplia reserva a favor del legislador ordinario para la definición del régimen y funciones de los entes locales, y por tanto para definir su autonomía, reserva que pide sea respetada en el entendimiento de que no lo sería si se quebrara el esquema de la Ley de Régimen Local y sus preceptos concordantes".

Ante todo ello, la posición del Tribunal Constitucional es la de admitir controles de legalidad no genéricos sobre el ejercicio de competencias que "incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la Entidad, sean del municipio, la provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado"; y la no admisión de controles de oportunidad

que impliquen que "la decisión viniera a compartirse por la otra Administración. Ello naturalmente, salvo excepción que pueda fundamentarse en la propia Constitución".

En cuanto al segundo punto, el concepto de autonomía económico-financiera, la Sentencia contrapone el control de legalidad y el de oportunidad relacionándolos con los medios patrimoniales y tributarios de las Corporaciones Locales, Mientras que para los primeros mantiene "que no es posible declarar —en abstracto— la inconstitucionalidad de la existencia de controles que valoren incluso aspectos de oportunidad, siempre que sea una medida proporcionada para la defensa del patrimonio como sucede en los actos de disposición", para los segundos admite que "es completamente explicable la existencia de controles de legalidad tanto en relación con la obtención y gestión de ingresos de carácter propio como con la utilización de los procedentes de otras fuentes".

Es cierto que este planteamiento de la autonomía local y su control por el Estado se hace en relación a la aprobación de las Ordenanzas fiscales y presupuestaria de los municipios. En este sentido, el Tribunal Constitucional acepta que los controles establecidos por la Ley de Régimen Local no interfieren el principio de autonomía local. No ha sido, sin embargo, esta posición la que, curiosamente en el BOE de dos fechas anteriores a la Sentencia citada, ha mantenido el Gobierno en su Decreto-Ley 3/1981 de 16 de enero en el que —"con el deseo de facilitar un funcionamiento autónomo y eficaz de las Corporaciones Locales", según dice su preámbulo— ha suprimido las aprobaciones por parte del Delegado de Hacienda de las mencionadas ordenanzas reguladas en los arts. 685, 686 y 723.4.b) de la LRL.

Por otro lado, las Corporaciones Locales, si bien están sujetas a un control de su propia intervención (arts. 770-772 en relación al art. 334 y ss LRL), no están sometidas a la Administración del Estado a través de la Intervención General, como explícitamente se desprende del art. 16 de la LGP y del Decreto 1124/1978 de 12 de mayo que aprobó la Instrucción Provisional de los servicios de Intervención y Control regulados en la citada LGP.

En conclusión, las Corporaciones Locales no tienen control estatal ni de carácter previo, en el momento de aprobarse los instrumentos jurídicos de su actividad financiera, ni de carácter simultáneo, en el momento de ejecutar sus ingresos y gastos públicos, afectándoles únicamente el control financiero por lo que se refiere a las subvenciones, créditos y avales o ayudas que hayan podido recibir del Estado o

de sus Organismos autónomos (art. 80 LGP y art. 4.2. Decreto 1124/78).

Finalmente, en cuanto al control externo para la fiscalización de la gestión económica Local, la LRL estableció un sistema cerrado de control a través del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento (arts. 354-360 LRL) que, "con jurisdicción especial y privativa", actuaba a través de un esquema que reproducía el del Tribunal de Cuentas, en última instancia. Esta situación no ha cambiado ni parece que vaya a cambiar. En efecto, la Disposición Transitoria 5ª del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas mantiene ese control externo de las Corporaciones Locales en los órganos que asumieron las funciones del citado Servicio Nacional hasta que por ley se establezca otra cosa.

Las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios a esta Disposición Transitoria 5ª son rotundas en este punto, proponiendo la supresión de la misma aunque difieran en los motivos. Por un lado el PNV (enmienda n.º. 249) la justifica por coherencia con su idea de que el Tribunal de Cuentas se circunscribe al sector público estatal, según veremos más adelante. De otro lado, el PSOE (enmienda n.º. 182) y PCE (enmienda n.º. 237 y enmienda a la totalidad del proyecto, n.º. 185) proponen el paso inmediato de la competencia de control externo al Tribunal de Cuentas ya que, de lo contrario, según señala la justificación de la enmienda del PCE, esta permanencia bajo el poder ejecutivo implicaría, en primer lugar, un quebranto del principio de autonomía municipal del art. 140 de la Constitución, y, en segundo lugar, un inconstitucional traslado al Gobierno de la competencia que la Constitución reserva al Tribunal de Cuentas. Sin lugar a dudas el texto de Proyecto es, por lo menos, contradictorio con el espíritu y la intención del Decreto-Ley 3/1981 más arriba analizado.

b) *Comunidades Autonomas*

En relación con las Comunidades Autónomas existe una precisa e importante regulación en el Decreto-Ley 16/80 que afecta a los entes preautonómicos exclusivamente, quedando las Comunidades ya constituidas al margen de dicha normativa, sin perjuicio de lo que en los siguientes apartados se diga.

Según el Decreto-Ley de referencia, los entes preautonómicos "elaborarán y aprobarán anualmente un presupuesto general" (art. 2), sin que precise ningún tipo de revalidación por órgano alguno de la Administración del Estado, correspondiendo "al órgano colegiado superior del ente preautonómico el examen y aprobación" del mismo.

Cabe señalar de pasada, porque no es objeto del presente trabajo, la ausencia del derecho de "enmienda" lo cual plantea el problema de si en estos presupuestos únicamente cabe el voto de aceptación o de rechazo en bloque del proyecto.

La intervención interna y simultánea de estos entes preautonómicos será llevada a cabo por su propia Intervención "con arreglo a la Ley General Presupuestaria y disposiciones complementarias" (art. 7.1 y Disposición fiscal 5ª). Sin embargo, se prevé la posibilidad de que la Intervención General de la Administración del Estado pueda "examinar y comprobar la gestión realizada por los entes preautonómicos en relación con cualquier actuación de los mismos de los que se deriven derechos u obligaciones de contenido económico" (art. 7.2.) . Es evidente que esta norma, además de poner de manifiesto una cierta desconfianza hacia dichos entes, los coloca en una posición de mayor sujeción y control que a las Corporaciones Locales. En lógica consecuencia, el art. 10 del citado Decreto-Ley 16/80 aplica explícitamente el art. 80 LGP a los entes preautonómicos ya que sus presupuestos se nutren de los fondos recibidos con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Por último, "los entes preautonómicos quedan sometidos al régimen de contabilidad pública en los términos previstos en la LGP, debiendo rendir cuentas de sus operaciones al Tribunal de Cuentas" (art. 8).

En conclusión, por lo que respecta a las preautonomías, su control por parte de la Administración del Estado puede ser mayor que el de las Corporaciones Locales en punto a la intervención simultánea y es menor que el de éstas —de no ser modificada la Disposición Transitoria 5ª del Proyecto de Ley del Tribunal Constitucional— en punto al Control externo.

III. EL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

A) *Diversos contenidos del sector público*

Antes de analizar el concepto de sector público en el texto constitucional y en el Proyecto de Ley del Tribunal de Cuentas es preciso señalar la complejidad de contenidos que, aun dentro del ordenamiento jurídico exclusivamente, se da a los agentes públicos de la actividad financiera.

Situándonos en el marco de la LGP nos encontramos hasta cinco distintas descripciones según de a qué efectos se trate:

1º) Hacienda Pública (art. 2) que se refiere al Estado y a los organismos autónomos.

2º) Presupuesto español (arts. 50, 51 y 54) que incluye: Presupuesto del Estado y presupuesto de los organismos autónomos de carácter administrativo (que conjuntamente forman los Presupuestos Generales del Estado); presupuesto-resumen de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos; presupuesto-resumen de la seguridad social; la documentación anexa entre la que se encuentra el presupuesto consolidado del sector público en el que quedan incluidas las sociedades estatales.

3º) Sujetos a régimen de contabilidad pública (art. 122): Administración del Estado; organismos autónomos; sociedades estatales.

4º) Cuenta General del Estado (art. 132) que recoge cinco cuentas: Administración General del Estado; organismos autónomos administrativos; organismos autónomos comerciales, industriales, financieros y análogos; seguridad social; sociedades estatales.

5º) Sector público a efectos de contabilidad nacional (art. 139) Administraciones públicas, incluyendo seguridad social; empresas públicas; instituciones financieras públicas.

A las anteriores enumeraciones debemos observar que, por lo que se refiere a la segunda, las Cortes Generales no aprueban la documentación anexa y, en consecuencia, las sociedades estatales quedan al margen del control político de las Cámaras, y que la aprobación del presupuesto de los organismos autónomos y de la seguridad social sólo lo es de su resumen. En cuanto al tercer punto, hay que incluir a los entes preautonómicos, según el art. 8 del Decreto-Ley 16/80. En el cuarto caso, hay que señalar que la Cuenta General del Estado no es la única que realiza el Tribunal de Cuentas. Por último, en el quinto supuesto, nos encontramos ante la enumeración más amplia ya que el término Administraciones públicas incluye a todas las territoriales no estatales, y a él se debe referir el Decreto-Ley 16/80 al decir en su preámbulo que "la sucesiva aprobación del régimen de los entes preautonómicos ha determinado su configuración como nuevos entes dotados de personalidad jurídica e integrados en el ámbito del sector público"; y a él se refiere sin lugar a dudas la Disposición final 2ª de la LGP respecto de las Corporaciones Locales.

B) *El sector público en la Constitución*

En tres artículos de la Constitución se menciona al sector público. (arts. 128.2; 134.2; 136.1 y 2). En unos casos al sector público simplemente (arts. 128.2 y 136.1), en otras al sector público "estatal" (arts. 134.2 y 136.2). Parece claro que cuando se refieren a este segundo quedan excluidas (de los supuestos contemplados en el art. 139 LGP) las Administraciones públicas territoriales no estatales. Sin embargo, cuando la Constitución mencionada sencillamente sector público, en un caso (art. 136.1) —y según se desprende de la elaboración constitucional del precepto— se sigue refiriendo al estatal y en el otro (art. 128.2) al sector público en sentido pleno y, por lo tanto, identificable sólo por oposición a sector privado.

Pero todavía hay más. El concepto de "sector público estatal" de la Constitución tampoco es unívoco si lo ponemos en relación con la LGP. En el art. 134.2 se le menciona en relación a los Presupuestos Generales del Estado y ya sabemos cuál es el contenido de los mismos según el art. 50,51 y 54 LGP; en el art. 136.2 se hace referencia a la rendición de cuentas ante el Tribunal de Cuentas y también sabemos cuál es el contenido de estas según el art. 132 LGP. En definitiva, o la Constitución se refiere a dos "sectores públicos estatales" diferentes, o el del art. 134.2 hará inconstitucional la LGP y las leyes de presupuestos generales que, de acuerdo con dicha LGP, se aprueban anualmente.

C) *El sector público en el Proyecto de Ley Organica del Tribunal de Cuentas*

a) *El punto de vista objetivo: el manejo de fondos públicos*

En el texto del Proyecto de Ley y en las enmiendas presentadas al mismo se plantea el importante problema de delimitar el sector público a efectos de su control por el Tribunal de Cuentas.

El problema de a qué se hace referencia cuando se habla de "la administración y empleo de caudales y efectos públicos" (Preámbulo del Proyecto de Ley) o del "manejo de caudales o efectos públicos" (art. 2) reside, en principio, más en la determinación de los agentes que actúan que en la definición del objeto sobre el que lo hacen. Sin embargo, y a pesar de ser dos puntos de vista (el objetivo y el subjetivo) íntimamente conexos, de adoptarse una posición de partida objetiva amplia, la subjetiva puede quedar supeditada.

El término "manejo de fondos públicos" es clásico en el ordenamiento financiero español y es el propuesto por el PSOE en su

enmienda nº. 87 al art. 2. En el preámbulo al texto alternativo presentado por el mencionado partido político se dice, al analizar la delimitación del ámbito sobre el que ha de ejercer su control el Tribunal de Cuentas, que en "el Estado moderno la intersección de intereses económicos privados y públicos en formas jurídicas varias y complejas hace difícil distinguir ambas esferas con nitidez. Se ha elegido el criterio objetivo según el cual se ha de permitir al Tribunal de Cuentas la fiscalización de los fondos públicos, donde quieran que se encuentren, de forma que el contribuyente y quienes legítimamente le representan puedan confiar en que tan supremo órgano no ha de encontrar barreras artificiosas en el ejercicio de sus funciones. A su vez, tales fondos públicos son caracterizados como tales en virtud de un doble fundamento, subjetivo y objetivo, resultando un campo generosamente amplio".

Este punto de partida objetivo (los fondos públicos) efectivamente ensancha el campo del control por el Tribunal de Cuentas pues se ejercerá sea quien fuere el que opere con esos fondos públicos. Ahora bien, qué debe entenderse por tales. Creo que en él caben tres cosas: 1ª) los derechos de contenido económico, es decir los ingresos públicos (de Derecho público o privado) y los bienes patrimoniales; 2ª) las obligaciones de contenido económico, es decir los gastos y pagos públicos; 3ª) las ayudas económicas positivas (subvenciones, créditos, avales) o negativas (exenciones, bonificaciones, etc. constitutivas del presupuesto de gastos fiscales).

b) El punto de vista subjetivo: agentes que operan con fondos públicos

Es este aspecto subjetivo el que toma como punto de partida el Proyecto de Ley, indentificándolo con sector público. En el preámbulo del mismo se puede leer: "en tal sentido, el criterio rector ha de ser el concepto de sector público contemplado en el art. 136 de la Constitución. El sector público está integrado actualmente no sólo por la Administración del Estado, general e institucional, central y periférica, incluida por supuesto la seguridad social, sino también por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones municipales y provinciales que constituyen la Administración Local, todas ellas modalidades de la organización territorial del Estado, según el art. 137 de la propia Constitución. Se incluyen lógicamente, además, en el sector público las sociedades estatales y las restantes empresas públicas y, en general, las entidades que administren o utilicen caudales o efectos públicos".

Las enmiendas presentadas por el PSOE y el PCE ponen de manifiesto que la gran amplitud que pretenden darle al punto de vista

subjetivo les conduce a que sea el punto de vista objetivo el que, en definitiva, prevalezca. El primero de los partidos citados propone (enmienda n.º. 90) que tendrán la consideración de fondos públicos los administrados por el sector público y “en general los bienes, valores, efectos y derechos de toda clase que por cualquier título, fundamento o procedencia pertenezcan o debieran haber pertenecido a la Hacienda Pública, cualquiera que sea la naturaleza del sujeto o entidad que los gestione, recaude, custodie o utilice”.

Por su parte el PCE, en su justificación a la enmienda a la totalidad (n.º. 185) se pronuncia por un concepto amplio de sector público dado, sobre todo, que el art. 136 de la Constitución se refiere a “la gestión económica”, término más amplio que no puede circunscribirse a la “fiscalización” de sólo los hechos que tienen reflejo en cuentas, implicando en consecuencia no sólo un mero control de legalidad sino también “economicidad y eficacia” de la gestión económica. La enmienda razona diciendo que “la matización que se hace al decir sector público tras haber incluido precisamente el término gestión económica del Estado, nos indica que no es aplicable al campo que ha de fiscalizar el Tribunal de cuentas el concepto sector público en sentido estricto, sino en la concepción más amplia que la doctrina hacendística da a este concepto”. En las enmiendas al articulado (n.º. 189) —y en congruencia con el concepto funcional de los fondos públicos a controlar— se propone añadir: “sociedades mercantiles, empresas, entidades y particulares, por razón de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas del Estado o de cualquiera de los entes citados en los anteriores apartados”.

Si más arriba hemos afirmado que el sector público al que se refiere el art. 136.1 de la Constitución (el art. 136. 2 explícitamente lo hace al “sector público estatal”) es el estatal, difícil justificación tendrá toda la anterior argumentación contenida en el preámbulo. Este es un problema serio que de nuevo hace asomar la amenaza de inconstitucionalidad de ser aprobado el Proyecto. Y ello por mucho que su art. 3 diga que “integran el sector público a los efectos de esta Ley...” Esta reducción a efectos de la Ley, por un lado, no podrá en ningún caso estar en contradicción con la Constitución, y, de otro, pone de manifiesto una vez más la diversidad de contenidos subjetivos que en el ordenamiento español tiene el mencionado sector público.

En el análisis comparativo del art. 3 del Proyecto con la Constitución, las Comunidades Autónomas no tendrán excesivo problema pues si no entran en la Constitución por el art. 136, lo harán, en cualquier caso, por su vía propia del art. 153. d). Las que sí pueden quedar sin cobertura constitucional en cuanto a su sometimiento al

Tribunal de Cuentas son las Corporaciones Locales, los organismos que de ellas dependan y las entidades que administren o utilicen caudales o efectos públicos de carácter local.

Frente a estas posiciones que dan el máximo de amplitud al concepto de sector público desde la perspectiva subjetiva, otros partidos y grupos parlamentarios pretenden la reducción del ámbito a que afecta el Anteproyecto. Estas posiciones no son homogéneas sino que responden y afectan a distintos entes.

Por un lado, Coalición Democrática (enmienda n.º. 26) propone suprimir el apartado f) del art. 3 del Proyecto ("Cualesquiera otras entidades que administren o utilicen caudales o efectos públicos") fundándose en que "no es posible ni remotamente incluir en la esfera del Tribunal al sector privado y sus empresas, aunque eventualmente puedan usar fondos públicos a través de exenciones, subvenciones, bonificaciones, etc. Es la Administración quien deberá controlar y fiscalizar su buen uso a través de los mecanismos legales establecidos, lo cual será fiscalizado por el Tribunal". En última instancia, CD adopta una posición claramente subjetiva (entes públicos) que deja en lugar subordinado el aspecto objetivo (fondos públicos) e implica la exclusión del otro sujeto posible (entes privados).

La Minoría Vasca, por su parte, en su enmienda (n.º. 242) al art. 3 del Proyecto persigue la finalidad de vincular al Tribunal de Cuentas el sector público estatal exclusivamente para dejar fuera de su competencia el control de la actividad financiera de cualquier otra corporación territorial. Aunque de la redacción propuesta en la enmienda citada se desprenda también la exclusión del sector privado que utilice fondos públicos, la meta a la que fundamentalmente se dirige es a restringir el campo de aplicación de la Ley —y, en consecuencia, del Tribunal de Cuentas— al Estado. En cuanto a las Comunidades Autónomas, admite que el Tribunal tendrá competencia sobre su actividad económica y presupuestaria por mandato del art. 153 d) de la Constitución. Del problema de las Corporaciones Locales —que como ya vimos más arriba son las que, en efecto, quedan sin cobertura constitucional— dice el citado grupo parlamentario: "Las Corporaciones Locales tienen sus propios órganos de fiscalización y, además, son personas jurídicas-públicas territoriales, independientes del Estado, por lo que una imprecisión terminológica del texto constitucional no puede fundamentar una trasgresión como la que el Proyecto de Ley pretende".

De todos modos, quizá podría llegarse a una conclusión —con independencia de que nos refiramos al sector público estatal o no

estatal— sobre el tipo de actuaciones que, en el manejo de fondos públicos en el sentido en que más arriba lo concretamos, quedan sometidos al control del Tribunal. Los términos utilizados por la Leyes son muy variados: administración, empleo, menaje, recaudación, custodia, utilización, etc. y creo que pueden reducirse, siguiendo el concepto lógico de Derecho financiero, a los tres siguientes: 1º) en cuanto a los derechos de contenido económico: su gestión, recaudación y custodia; 2º) en cuanto a las obligaciones de contenido económico: su ordenación e intervención; 3º) en cuanto a las ayudas económicas positivas o negativas: su disfrute.

IV. MEDIOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA NO ESTATAL POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS DEL ESTADO

A) Consecuencias que se derivan de la relación entre Tribunal de Cuentas y Parlamento

Es sabido como, con el constitucionalismo, la inspección del manejo de los fondos públicos y el examen y aprobación de cuentas por el Parlamento se convierte en función constitucional y en garantía del legislativo ante el ejecutivo. En este contexto los Tribunales de Cuentas alcanzan una posición esencial prestando su apoyo técnico al órgano político, Parlamento, y actuando como organismo delegado del mismo. La exigencia de responsabilidades políticas en el desarrollo de la actividad financiera es, en última instancia, competencia del órgano político que la ordenó; y en esa exigencia de responsabilidades es en donde se incardina la función fiscalizadora y jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. Por ello es importante la declaración del art. 136 de la Constitución cuando dice que el Tribunal “dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas”.

Si la relación entre Parlamento y Tribunal de Cuentas es la que se acaba de indicar, una primera consecuencia será aceptar la existencia de una estrecha vinculación entre la aprobación de un plan de actividad financiera y la rendición de cuentas de la realización de dicho plan; y quien haya aprobado aquél será el competente para pedir éstas. Creo que no tendría lógica el que un órgano representativo pudiera exigir responsabilidades políticas de actuaciones que no han dependido de él porque su ordenación no era competencia suya.

Una segunda consecuencia sería admitir la posibilidad, dentro de un Estado, de vincular la rendición de cuentas (aspecto técnico) para

la exigibilidad de responsabilidades (aspecto político) a otras asambleas representativas distintas al Parlamento estatal. El principio de la representación popular no se resume en que "las Cortes Generales representan al pueblo español" (art. 66. 1. Constitución) sino también en que las Comunidades Autónomas tendrán "una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio" (art. 152. 1 Const.), y en que "los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto" (art. 140 Const.). Las Cortes Generales si bien representan a todo el pueblo español no aprueban todos los gastos e ingresos públicos ni la totalidad del plan de la actividad financiera que se desarrolle en el territorio español.

Ante esta falta de coincidencia entre que el Parlamento estatal no lo aprueba todo, porque no es competencia suya el hacerlo, pero luego lo controla todo a través del Tribunal de Cuentas del Estado, quizá cabría hacer dos cosas. La primera convertir al Tribunal de Cuentas en órgano Constitucional del Reino al servicio de las distintas asambleas representativas que, constitucionalmente, existan en él; la segunda, vincular la actuación del Tribunal a cada asamblea representativa siguiendo el principio de competencia, lo que supondría una coincidencia entre el control político "a priori" y el control político "a posteriori". En definitiva, lo que considero que debería intentarse solucionar es, de un lado, el que el principio presupuestario de unidad y universalidad no opere a la hora de aprobar el presupuesto y sí sea efectivo a la hora de control externo como paso previo al control político último; y, de otro, que competencias financieras residenciadas en asambleas representativas no estatales carezcan del sistema que garantice el control de dichas competencias.

B) El informe remitido por el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales

Desde el punto de vista político, el informe a que hace referencia el art. 136. 2. párrafo segundo de la Constitución es el medio a través del cual la fiscalización realizada por el Tribunal de Cuentas puede convertirse en argumentos técnicos en los que apoyar la exigencia de responsabilidades políticas en el Parlamento. Por lo tanto, de nuevo nos encontramos con que es de la mayor importancia saber cuál sea el contenido de dicho informe.

El art. 11 del Proyecto de Ley del Tribunal de Cuentas desarrolla el art. 136. 2. de la Constitución y en él se cita, por un lado, al "sector público", y, por otro, "los Presupuestos del Estado, de las Comunida-

des Autónomas, de las Corporaciones Locales y de las demás entidades sujetas a régimen presupuestario público”.

Las dos principales objeciones que se han hecho en las enmiendas presentadas a este art. 11 son las siguientes: 1º) Si bien en el informe anual de referencia se contendrán datos sobre las Comunidades Autónomas, será por la vía de que “las memorias que las Secciones Territoriales hubieran enviado a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas u órganos representativos análogos se integrarán en el Informe anual del Tribunal de Cuentas (texto alternativo del PSOE, enmienda nº. 184; y enmienda nº. 110 al art. 11). La justificación de esta postura deriva de lo que veremos en el apartado siguiente: la organización descentralizada del Tribunal de Cuentas. 2º) Ausencia de datos sobre las Comunidades Autónomas en el Informe anual. Postura mantenida, con gran congruencia, por la Minoría Vasca (enmienda nº. 247) en base a su posición general de circunscribir el sector público al estatal salvo en lo que hace referencia al art. 153. d) de la Constitución, lo cual implica que si bien las Comunidades Autónomas son sujetos sobre los que actúa el Tribunal de Cuentas, dicha actuación no se realiza porque aquellas sean parte del sector público estatal y no se realiza, posteriormente, a través de las Cortes Generales, sino que “el Tribunal de Cuentas remitirá anualmente a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas respectivas el informe sobre la actividad económica y presupuestaria de sus órganos”. “Por analogía —dice la justificación de esta enmienda— el control de la actividad de los órganos de la Comunidad Autónoma debe ser sometido al órgano legislativo de la Comunidad Autónoma de que se trate”.

C) *Ejercicio descentralizado de las funciones del Tribunal de Cuentas*

El carácter de “supremo” que el art. 136 de la Constitución otorga al Tribunal de Cuentas ya implica que puede no ser el único órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica. En efecto, también la Intervención General del Estado desarrolla una función fiscalizadora. Sin embargo, hay que plantearse ahora, y en consecuencia a lo dicho en los dos apartados anteriores, hasta qué punto el propio Tribunal no puede actuar de forma descentralizada lo cual quizá tenga un sentido y razón de ser directamente proporcional al Estado de las Autonomías que se pretende construir.

El Proyecto de Ley sigue, en este punto, el esquema clásico anterior. En su preámbulo se hace mención a que “al mismo tiempo que se robustecen las competencias de los diferentes órganos, se

desconcentran sus funciones en pro de la mayor operatividad y eficacia, con posibilidad incluso de desempeño "in situ" de las actividades de instrucción". En consecuencia, y a estos efectos, los arts. 16 y 22 crean la figura del "Delegado instructor" cuyo objetivo serán los "procedimientos de reintegro por alcance". Vemos, por tanto, que se trata de una desconcentración de la fase instructora de la función jurisdiccional.

La alternativa planteada por el Proyecto del PSOE (enmienda a la totalidad n.º. 184) se concreta, por el contrario, en una descentralización para la función fiscalizadora. La razón de esta divergencia estriba en que la distinción entre funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales debe reflejarse en una diferente estructura orgánica del Tribunal. "Tradicionalmente —se dice en la justificación de la enmienda— la función fiscalizadora se ha configurado como instrumental respecto de la jurisdiccional, al modo de la fase de instrucción en ciertos procesos judiciales"... "con el apoyo constitucional que brinda el art. 136, las funciones jurisdiccionales y fiscalizadoras se separan incluso en lo orgánico"... "se pretende con ello potenciar la función fiscalizadora para que pierda su carácter meramente instrumental". En consecuencia se prevén unas Secciones Territoriales como órganos de la función fiscalizadora en el término de cada Comunidad Autónoma y cuyas decisiones serán recurribles en alzada ante el Consejo jurisdiccional.

Pueden, efectivamente, estas Secciones Territoriales desempeñar un importante cometido pero, en cualquier caso, para decidir sobre la oportunidad de su creación habrá que tener presente otro dato: la existencia de Sindicaturas o Consejos de Cuentas propios de las Comunidades Autónomas.

V. EL TRIBUNAL DE CUENTAS DEL ESTADO Y LAS SINDICATURAS O CONSEJOS DE CUENTAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Los estatutos de Autonomía, aprobados o en fase de proyecto, tratan el tema de sus órganos de control externo de distintas formas. Antes de intentar brevemente su sistematización, hay que repetir algo que es una premisa necesaria: las Comunidades Autónomas tienen una esfera de competencias financieras propias. E incluso en esta esfera de competencias, algunos estatutos de Autonomía establecen un cuadro de competencias en torno a su sector público propio y en relación al sector público estatal. Tres son las posibilidades que se plantean: 1ª)

Es competencia de la Comunidad Autónoma crear un sector público propio (art. 10. 24. Estatuto vasco; art. 12. 1. 7. Estatuto catalán; art. 18. 1. 1ª. Estatuto andaluz; art. 28. 3. Estatuto cántabro). 2ª) Se atribuyen a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de las normas que reserven al sector público recursos o servicios esenciales a los que se refiere el art. 128. 2 de la Constitución (art. 11. Estatuto vasco; art. 10. 1. 3. Estatuto catalán; art. 15. 1. 4. Estatuto andaluz). 3ª) Ejecución por la Comunidad Autónoma del sector público estatal, vía competencia exclusiva (art. 12. 7. Estatuto vasco), vía participación (Estatuto andaluz, art. 18. 2.).

Una vez especificada la premisa hay que ver las tres formas utilizadas para el control económico y presupuestario de su actividad.

a) Utilización del Tribunal de Cuentas estatal. Esta es la tendencia de los tres Estatutos de Autonomía últimamente aprobados (Andalucía, Asturias y Cantabria, Leyes Orgánicas nº. 6, 7 y 8 de 30 de diciembre de 1981, respectivamente). De todos modos hay algunas diferencias entre ellos. El Estatuto andaluz dice escuetamente (art. 70) que "el control económico y presupuestario de la Comunidad Autónoma se ejercerá por el Tribunal de Cuentas, en los términos de la ley", es decir recoge la redacción del art. 153. d) de la Constitución pero al referirse a la "ley" (en minúscula) no lo hace explícitamente a la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas previstas en el art. 136. 4 de la norma fundamental. El Estatuto de Asturias, por su parte, establece (art. 55) que: "1.- El control económico y presupuestario del Principado se ejercerá por el Tribunal de Cuentas del Estado. 2.- El informe del Tribunal de Cuentas será remitido a las Cortes Generales, así como a la Junta General de Principado. 3.- Lo establecido en los apartados anteriores se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la Ley Orgánica prevista en el art. 136. 4 de la Constitución". El proyecto de Estatuto asturiano (art. 51) sólo contenía los dos primeros párrafos lo cual tenía importancia porque dejaba sentado que el sometimiento al Tribunal lo era por la vía del art. 153 de la Constitución y no por la vía de la Ley Orgánica de su art. 136. 4; por otra parte, la inclusión de la necesaria remisión del informe al órgano colegiado autonómico tiene una trascendencia política ya analizada con carácter general más arriba. Por último, el Estatuto de Cantabria establece entre las competencias de su Asamblea Regional (art. 9 f) la de "aprobar los presupuestos y cuentas de la Diputación Regional sin perjuicio del control que corresponda al Tribunal de Cuentas, con arreglo al art. 153 de la Constitución".

b) Creación de un Tribunal propio. Es el caso de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña (art. 42 del Estatuto) y del Consejo de Cuentas de

Galicia (art. 53. 2 del Estatuto). En estos casos ¿Cuál podría ser la competencia de dicho Tribunal y su relación con el del Estado?

1ª) Estaría a cargo del Tribunal propio la función fiscalizadora y jurisdiccional de sus propias competencias financieras y de su propio sector público.

2ª) El Tribunal propio realizaría la función fiscalizadora y jurisdiccional del sector público estatal en el territorio de la Comunidad Autónoma, en cuanto a la función fiscalizadora como parte del informe a remitir por el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales y en cuanto a la función jurisdiccional como Tribunal de primera instancia.

3ª) En estos casos la existencia de Sindicaturas de Cuentas propios de la Comunidad Autónoma no existirían Secciones Territoriales ni Delegados instructores del Tribunal de Cuentas del Estado.

4ª) En aquellas Comunidades Autónomas en donde dichos Tribunales no existan actuarían las Secciones Territoriales en la función fiscalizadora.

5ª) En todos los supuestos la actividad económica y presupuestaria de los órganos de la Comunidad Autónoma deberían estar sujetos a control supremo por el Tribunal de Cuentas que se pronunciaría sobre la conformidad o no con la actuación del Tribunal propio.

6ª) El Tribunal propio ejercería el control externo sobre las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma enviando su informe sobre la censura de cuentas a los órganos colegiados de municipios y provincias.

c) En el caso del Estatuto del País Vasco no se contempla ningún órgano de control externo a pesar de la amplia esfera de competencias financieras que supone el régimen de concierto económico y la posibilidad de crear su propio sector público, además de gestionar el del Estado. En este caso tendrían que existir Secciones Territoriales del Tribunal de Cuentas en dicha Comunidad Autónoma, de las que se desprendería una función fiscalizadora sobre el sector público estatal que integraría necesariamente en el informe que el Tribunal envía a las Cortes Generales, mientras que el análisis y censura de las cuentas de su propia actividad financiera daría lugar a un informe dirigido al Parlamento de la Comunidad Autónoma.

VI. CONCLUSIONES

En un primer orden de conclusiones, dada la vinculación constitucional entre Sector Público y Tribunal de Cuentas, ante todo se plantea la necesidad de buscar un concepto jurídico-técnico del sector público ya que en el ordenamiento jurídico no encontramos un concepto unívoco e incluso dentro de la propia Constitución el sector público estatal puede responder a dos cosas diferentes como ocurre con los art. 134. 2 y 136. 2 de nuestro texto fundamental.

Este concepto jurídico de sector público tendría que partir de un criterio objetivo (el manejo de fondos públicos) y, en consecuencia, incluiría a todos los agentes que operan sobre los citados fondos. Cabe construir el concepto siguiendo lo que la ciencia jurídica más sólida entiende por Derecho financiero y, en este sentido, el sector público abarcaría: 1º) la gestión, recaudación y custodia de los derechos del contenido económico, es decir tanto los ingresos públicos, de Derecho público o privado, como los bienes patrimoniales; 2º) la ordenación e intervención de las obligaciones de contenido económico, es decir los gastos y pagos públicos; 3º) el disfrute por las particulares de ayudas económicas en sentido positivo (subvenciones, créditos, avales) o negativas (exenciones, bonificaciones etc. constitutivas del presupuesto de gastos fiscales). El sector público, así, no es tanto un conjunto de agentes cuanto un conjunto de medios económicos, monetarios y patrimoniales.

En un segundo orden de conclusiones, probablemente de mayor trascendencia, se aprecia que la regulación constitucional del Tribunal de Cuentas se vio afectada de un modo decisivo —como se ve ahora igualmente afectada la elaboración de su Ley Organica— por la variable de la nueva estructura territorial del Estado español y, más concretamente, por la aparición de las Comunidades Autónomas.

En efecto, mientras que fué un logro democrático vincular el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales —superando pasadas dependencias del poder ejecutivo— con lo que esta institución alcanzaba la plenitud de su función en el Estado Constitucional, esta victoria podía suponer una limitación a la autonomía de las Comunidades Autónomas en la medida en que se verían sometidas no sólo al Tribunal de Cuentas sino, a través de él, al Parlamento del Estado.

Esta contradicción podría haberse, quizá, obviado si el Tribunal de Cuentas se hubiese vinculado no sólo a las Cortes Generales sino también a las restantes asambleas representativas admitidas por la

Constitución, que recogen la voluntad popular de sus representados y que están creadas para la gestión autónoma de sus respectivos intereses, o, lo que es igual, que se rigen por un principio de competencia. De este modo se habría vinculado el control político a priori y el control político a posteriori en el mismo órgano colegiado y representativo, el cual llevaría a cabo su actuación política en base al informe técnico del Tribunal de Cuentas.

De ser ello así, por un lado la existencia de Sindicaturas de Cuentas o de Consejos de Cuentas —como se regulan en el Estatuto de Cataluña o en el Estatuto de Galicia— no serían necesarios y su inexistencia no supondría merma alguna de su autonomía. Tampoco, de otro lado, se plantearía problema alguno por el hecho de que el art. 136 de la Constitución sólo se refiera al sector público “estatal”, problema que ahora ciertamente sí se plantea en relación a las Corporaciones Locales, que se encuentran sin cobertura constitucional para que el Tribunal de Cuentas del Estado las fiscalice. Situación que no se produce respecto de las Comunidades Autónomas que están sujetas al control externo del citado Tribunal por la vía del art. 153. d) de la Constitución y no por pertenecer al sector público estatal.

LOS BONA PATERNA Y LA FECHA DE LAS INTERPRETACIONES

FRANCISCO SAMPER POLO
Catedrático de Derecho romano

Reciben la denominación de *bona paterna* aquel conjunto de bienes de la madre, procedentes de su marido, que de alguna manera ha de reservar ésta a los hijos comunes, especialmente para el caso de que, habiendo enviudado, pretenda pasar a segundas nupcias. Dicha masa está integrada por las donaciones esponsalicias y nupciales, es decir, *quidquid ex facultatibus maritis sponsaliorum iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate femina perceperit*, y además, por todas las donaciones *mortis causa*, asignaciones testamentarias en calidad de herencia o legado, o instituciones fideicomisarias, provenientes igualmente del marido, (1)

La categoría, y hasta el nombre de los *bona paterna*, tiene su antecedente conceptual en los *bona materna*, creación constantiniana del año 315 establecida mediante una reforma al régimen de la sucesión intestada del hijo *alieni iuris* respecto de su madre cognada: (2) Hasta esa época, y de acuerdo con el senadoconsulto Orficiano, el hijo heredaba a la madre casada *sine manu*, pero en definitiva, la

(1) CTh. 3, 8, 2, pr. *Vid.* texto, *infra*, p. 142

(2) CTh. 8, 18, 1.

adquisición de la herencia en pleno derecho, correspondía al padre como una consecuencia necesaria de la patria potestad. La reforma de Constantino consistió en ordenar que estos bienes, aun cuando pertenecientes al padre, debían quedar reservados al hijo por cuyo intermedio los adquirió, quien entraría en ellos cuando alcanzara la calidad de *sui iuris* a consecuencia de la muerte del padre (3). Mas semejante reforma no podía operar sino a través de un medio técnico contrario a la tradición romana, como era el de poner límites a la facultad de disponer que tenía el *dominus* sobre las cosas (4). Constantino no sobrepasó este punto a pesar de la gravedad que revestía su innovación: el dominio corresponde al padre, aunque se trate de un dominio con prohibición de enajenar (5), tipo que el propio emperador calificará más tarde como *dominium tantum possessionis* (6). Sólo después de Constantino se irá abriendo paso la idea de que el derecho del padre se limita a *uti frui* pero por entonces, ya se ha confundido la noción de usufructo con la de propiedad *ad tempus*, y si parece que se vuelve a la tradición romana en cuanto a la prohibición de enajenar, en cambio dábase un apartamiento de la tradición aun mayor que el anterior, por cuanto, al reconocer que el hijo *in potestate* tiene la propiedad sobre los *bona materna*, se ha roto el hasta entonces inmovible principio de la unidad del patrimonio familiar.

Así pues, como los *bona materna* son aquel conjunto de bienes que un padre adquiere de la madre a través del hijo común colocado bajo la potestad paterna, así también los *bona paterna* serán los bienes que la madre adquiere del padre, pero que ha de reservar a los hijos comunes. Y a pesar de que en tal supuesto no se presentaban problemas que pudieran afectar a la unidad del patrimonio familiar, ya que, muerto el padre, los hijos en cuyo favor operaba la reserva eran *sui iuris*, también se reprodujo la vacilación doctrinaria que va desde la idea del dominio con prohibición de enajenar a la del usufructo con asignación de nuda propiedad al beneficiario de la reserva. NS. 1 (463) reduce, en efecto, este derecho a un simple usufructo, en cuanto recae sobre la *sponsalicia largitas*, pero tal es el resultado de una larga evolución que se remonta a la Const. CTh. 3, 8,

(3) Para el sentido de esta reforma, *vid.* Biondi, St. Soazzi, 87 s.; Dupont. *IURA* (1964) 96; VOI. DER. 1. 592; Samper. El significado de "cernere", Est. Sta. Cruz. II, 374.

(4) Hay antecedentes clásicos sobre limitaciones personales a la facultad dominical de enajenar, como p. ej. el marido respecto de la dote.

(5) En este sentido, F. La Rosa. Accettazione ed acquisto dell'eredità materna, Ann. Catania (1950) 379.

(6) CTh. 8, 18, 2

2 (7) del año 382, cuyo texto habremos de examinar luego mas ampliamente: diremos por ahora que esta ley se limita a establecer, en el supuesto de la viuda con hijos, que si pasa a segundas nupcias, habrá de reservar todos los *bona paterna* en favor de los hijos del anterior matrimonio, por lo que sobre dichos bienes tendrá la facultad de poseerlos, mas no la de enajenarlos (*possidendi tantum in diem vitae, non etiam alienandi facultate concessa*). A pesar de alguna autorizada opinión contraria, no puedo asimilar semejante *facultas possidendi* con el usufructo (8) y ello en primer lugar, porque según dispone la propia constitución, en caso de que la madre enajenara los bienes, los hijos podrían resarcirse sobre la sucesión (*ex maternis redintegrabitur facultatibus*), y no mediante la reivindicatoria ejercida contra el adquirente, lo cual muestra a las claras que los hijos no son considerados propietarios, sino simplemente titulares de un derecho personal, y que además, la enajenación prohibida, si se realiza, es válida, y la prohibición no afecta a la adquisición del tercero (9). NTh. 14 (a. 439) llega a decir, en el N.º 4, que el dominio de las cosas que por aquella ley u otras anteriores se reserva a los hijos, esto es, los *bona paterna* y *materna*, pertenece a dichos hijos de manera que, muerto el que los reservaba, pueden ellos reivindicar contra cualquier poseedor; sin embargo, el N.º 6 de la misma constitución insiste, aunque sea de manera indirecta, en la necesidad que tienen los hijos de adir la herencia, y esto no tendría ningún sentido si los hijos de verdad fueran nudo propietarios, pues en tal caso el dominio se consolidaría automáticamente por muerte del usufructuario (10).

En resumen, si la masa de los *bona materna* está integrada, en un principio, por los bienes que el padre adquiere a través del hijo heredero oficioso (CTh. 8, 18, 1), más tarde son todos los que mediante herencia proceden de la madre o familia materna (CTh. 8, 18, 4), o por donación (CTh. 8, 18, 6), o por legado o fideicomiso (CTh. 8, 18, 7), o dote (NTh. 14), los *bona paterna* están constituidos por todos los bienes procedentes del marido mediante herencia, legado, fideicomiso o donación nupcial o sponsalicia (CTh. 3, 8, 2), aunque los que proceden a través de este último medio sigan en algunos aspectos un régimen especial. Si respecto del derecho del

(7) Caes. Le statut juridique de la *sponsalicia largitas* éhve à la mère veuve *sui iuris* selon la NM. 6 et la NS. 1 (1949) 14 ss.

(8) García Garrido, AHDE (1959) 400 cree que se trata de un usufructo; Caes. op. et. l. c. dice que se trata de un derecho *sui generis*, más amplio que el usufructo, pero no tanto como el dominio.

(9) Cfr. Sanfilippo. IVRA (1950) 503 s.

(10) Vid. Caes, op. c. p. 37.

marido sobre los *bona materna* se dice que es un dominio sin facultad de enajenar (CTh. 8, 18, 1) o un *dominium tantum possessionis* (CTh. 8, 18, 2) para terminar por reconocer que se reduce a un usufructo (CTh. 8, 18, 9), del derecho de la mujer que pasa a segundas nupcias sobre los *bona paterna* se dirá que es un dominio limitado en la disposición (CTh. 3, 8, 2) aun cuando impropriadamente se le llame usufructo (NTh. 14), hasta que finalmente se usa esa denominación con relativa propiedad (NS. 1) (11).

Otro punto interesante para nuestro propósito es el de la distinción de dos masas entre los *bona paterna*, y las facultades que en cada una de ellas se dan a la madre, sobre todo en lo relativo al *ius elegendi*, o derecho de preferir *mortis causa* a un determinado hijo para la asignación de dicha masa (12): veamos y comparemos al respecto, el texto de CTh. 3, 8, 2, con el de su *interpretatio*.

CTh. 3, 8, 2. Imp. Gratianus. Valentianus et Theodosius AAA. Floro P.P.

Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint nubtias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nubtiarum sollemnitate perceperint, Quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiusibet munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quidquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam preasumant atque habeant potestatem: possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternas redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant. I Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non

(11) Es frecuente en los textos postclásicos, el empleo atécnico de la expresión *usufructus* o *uit frui*: valgan como ejemplos, entre otros. CTh. 3, 9, 1; CTh. 3, 8, 3; CTh. 5, 1, 8; C. 5, 10, 1, e inclusive Gai, 2, 7, donde el agregado "*vel usumfructum*" puede deberse a un glosema del siglo IV.

(12) Sobre esta diferencia en los textos, *vid Otero, AHDE (1963) 27 ss.*

etiam fratrem relinquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantum, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore suscepti matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quidquam abalienandi habeat potestatem. 2 Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserint, omne, quod quoquomodo perceperit, pleni proprietate iuris obtineat, atque ex his nanciscendi dominii et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem. 3 Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstrigimus velut inpositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique concedeat. Dat XVI Kal. Ian. Constant (ino) p (oli) Antonio et Sygrio Conss.

Interpretatio, Mulieres, quae amissis maritis ad alias postea nubtias legitimo tempore, id est expleto anno, venerint, si ex priore marito filios habuerint, quidquid per sponsaliciam largitatem vel nubtiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint transferendum. Quidquid vero prior maritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii si conferre voluerit, habebit liberam facultatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quidquam alienare non liceat. Quod si preasumpserit, de propriis facultatibus noverit compensandum. Hoc specialius huic legi credidit inserendum, ut mulieri, cum ad alias nubtias venerit, si de filiis, quos ex matrimonio priore susceperat, masculus moriatur, eo casu, ut matrem et sorores aut certe sororem superstitem dimittat et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere, tunc beneficio legis mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat. Si vero filia moriatur et matrem et sorores tantum dimittat, mediam defunctae filiae hereditatem mater acquirat et media sororibus, seu una seu plures sint, proficiat: ea tamen ratione, ut, dum advixerit mater, adquisitam ex hac filii aut filiae mediatatem tantummodo in usufructu possideat et reliquis, si supererunt ex priore matrimonio, filiis post obitum derelinquat, ad alias personas in transferendo nec per testamentum nec per donationem habitura

licentiam. Cui mulieri si de priore marito filii non supersint tunc quaecumque sub hac occasione percepit, sibi velut propriam vindicet facultatem et in quemcumque voluerit, iure transmittat. In hac etiam lege similem et patres mortuis uxoribus condicionem, si ad alias nuptias venerint, voluit observare, ut, si de priore uxore filii aut filiae fuerint, ex quibus aliqui moriantur et in suam portionem locum patri faciant, post illius obitum fratribus sororibusve, qui supererunt de ipso coniugio, portio relicta proficiat, nec poterit per patriam potestatem ad alias transire personas.

Como se advertirá, hay una diferencia sustancial entra la constitución y la *interpretatio*: en tanto aquella se limita a enumerar las distintas categorías de bienes que integran los *bona paterna*, y al mismo tiempo que impone a la madre bínuba el deber de reserva sobre todos estos bienes en favor de los hijos, le da la facultad de preferir a uno de ellos, y asignarle *mortis causa* los *bona paterna*, el intérprete entiende que se ha de distinguir, por una parte, *quidquid per sponsaliciam largitatem vel nubtiarum tempore consecutae sunt*, los cuales se repartirán igualmente entre los hijos del primer matrimonio, y por otra, aquellos que el primer marido *per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit*, respecto de los cuales se le concede el derecho de elegir libremente entre dejarlo a uno o varios de los hijos a quienes dichos bienes están reservados. Esta clasificación binaria de los *bona paterna*, aunque no original de la constitución del año 382, tampoco es nueva en tiempos de la *interpretatio*: C. 5, 10, 1(a 392) y CTh. 3, 9, 1 (a. 398) distinguen entre el “usufructo” que el marido deja a la mujer mediante testamento, y que ésta pierde si pasa a segundas nupcias, y el “usufructo” sobre la *sponsalicia largitas* que no se extingue por las segundas nupcias, a pesar de tener que reservarse para los hijos del primer matrimonio. (13). Implícitamente hacen la misma distinción CTh. 3, 8, 3 (a. 412), que confirma el usufructo de la bínuba sobre la *sponsalicia largitas* y CTh. 5, 1, 8, (a. 426), la célebre ley Mater, donde se dispone que la madre, cuando sucede *abintestato* a un hijo en concurrencia con otros hermanos, y pasa a segundas nupcias, conserva el usufructo de los bienes que proceden del padre (a través de sucesión), cuya propiedad corresponde a los otros hermanos herederos, mejorándose así a la madre bínuba con relación al precedente de CTh.

(13) Aunque CTh. 3, 9, 1 podría también interpretarse en el sentido de que no se refiere a la sucesión sobre los *bona paterna* según lo preceptuado en CTh. 3, 8, 2, sino a lo que el marido dio precisamente en usufructo, ya por un acto voluntario de sucesión, ya por *sponsalicia largitas*.

3, 9, 1. También, y de manera explícita, C. 5, 9, 4 (a. 422), al advertir que, aunque los *bona materna* van íntegros a los hijos, de la *bona paterna* han de reivindicar en especial (*speciale*) la *sponsalicia largitas*.

En cuanto *al ius eligendi* presenta una evolución singular cuyas vicisitudes no han pasado inadvertidas a los estudiosos modernos (14); establecido en favor de la madre para todos los *bona paterna* en el año 382, se extiende también en favor del padre para los *bona materna* el año 439 (NTh. 14), pero se deroga el de la madre mediante la constitución NM. 6 (a. 458). Livio Severo confirma esta derogación, pero establece que, reducido el derecho de la madre sobre los *bona paterna* al simple usufructo, puede disponer de este usufructo en favor de cualquiera de los hijos (NS. 1, a. 463). Por fin, la *interpretatio* de CTh. 3, 8, 2 parece restaurar la división en dos masas y el *ius eligendi* de la madre, al decir que ésta tiene facultad de dejar a cualquiera de los hijos comunes la parte de los *bona paterna* que no proviene de donación sponsalicia o nupcial.

¿Como se puede explicar esta doctrina innovadora de ITh. 3, 8, 2 respecto de la constitución que interpreta, a pesar de que Mayoriano y Severo habían abolido el *ius eligendi* materno? Porque no se debe dejar de tener presente que las *interpretationes*, cuando introducen novedades, no se limitan a ser una paráfrasis del texto, sino que muestran una práctica jurídica viva superpuesta a la letra del texto. Ahora bien, si ha desaparecido el *ius eligendi* y en consecuencia ha dejado de tener sentido, al menos en lo que al asunto de esta fuente se refiere, la clasificación de los *bona paterna* en dos masas diversas, no resulta fácilmente comprensible la referencia innovadora del intérprete a una institución derogada y caduca.

Se ha dado como explicación que la reducción del *ius eligendi* a la parte que no proviene de las donaciones nupciales era una práctica acaso coetánea a la propia constitución del año 382 (15), y esta conjetura estaría avalada por el hecho de que ya frecuentemente se distinguía entre los dos grupos de *bona paterna*; pero dicha explicación ha de rechazarse como errónea, ya que NTh. 14, del año 439, apenas 20 años anterior a la abolición del *ius eligendi* materno mantiene el derecho respecto de todos los bienes recibidos directamente del marido premuerto por donación entre vivos o a causa de muerte, o indirectamente como heredero de un hijo común y muy especialmente, sobre las donaciones nupciales.

(14) *Vid.*, por todos, Otero, AHDE (1963) 5 ss.

(15) Así Otero, op. c. p. 30

Otra explicación podría ser la siguiente; Livio Severo, mantuvo la abolición *del ius eligendi* en lo relativo al dominio, mas lo restituyó en cuanto al usufructo, de manera que la madre, si bien no puede mejorar *mortis causa* a uno determinado entre varios hijos, sí está facultada para cederle el usufructo sobre todos los *bona paterna* que le corresponde mientras viva. Sin embargo, este argumento resulta tan poco convincente como el anterior, aunque por razones diversas; ya que en verdad, la cesión del usufructo sólo se puede realizar entre vivos, y en todo caso, no afecta a la finalidad de reserva del patrimonio familiar en favor de los hijos propia de estas categorías de bienes paternos y maternos: si la madre tiene el usufructo, es muy libre de cederlo a quien le plazca, de manera que, si algún sentido tiene en este punto la reforma de Livio Severo, ha de ser no la restitución *del ius eligendi* sino la restricción de ceder el usufructo sólo dentro del reducido círculo de los hijos.

La única posibilidad que se nos ocurre para explicar la aparente antinomia a que nos referimos, es la siguiente: ITh, 3, 8, 2 debe tener una fecha de redacción anterior a NM. 6 esto es, anterior al año 458. La reducción del *ius eligendi* de la madre a una sola de las masas que constituyen los *bona paterna* habría tenido lugar acaso por influencia doctrinal del paralelo entre dote y *sponsalicia largitas*, entre los años 439, fecha de NTh. 14, y 458, fecha de NM. 6, y dicha innovación quedó recogida —o establecida— en la correspondiente *interpretatio*. Tal solución nos puede llevar a un planteamiento más general sobre la fecha de las *interpretationes*, porque aunque deba rechazarse la idea de que esta fuente occidental pseudojurisprudencial constituye un bloque único, debido a un solo autor o a un solo libro, por lo menos parece verdadero que existe en ellas un acervo principal, del que forma parte nuestra comentada ITh. 3, 8, 2, al que se agregan más tarde otras aportaciones posteriores, como podría ser el caso de INM. 7, INM. 11, e INS 1, e incluso parece comprobada la presencia de un estrato propiamente visigótico, como se manifiesta claramente en la parte final de la *interpretatio* a la celeberrima Ley de Citas. (16)

(16) ITh. 1, 4, 3, en su parte final: "... sed ex omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano. Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis presentium temporum videbantur, elegimus" hace una inequívoca alusión a la forma en que está compuesta la sección de *iura* del Breviario de Alarico.

LA EXCLUSION DE LA COTIZACION OFICIAL: PRIMERAS IMPRESIONES SOBRE SU NUEVO REGIMEN*

JAIMÉ ZURITA Y SAENZ DE NÁVARRETE
Catedrático de Derecho mercantil

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. PROBLEMATICA EN TORNO A LA EXCLUSION. III. EXCLUSION EN EL REGLAMENTO DE BOLSAS DE 30 DE JUNIO DE 1967. IV. EL NUEVO REGIMEN: A. Exclusión voluntaria. B. Exclusión por acuerdo de la Junta Sindical: a. Exclusión por incumplimiento de los deberes de información. b. Exclusión por insuficiencia en el volúmen, o en la frecuencia de contratación, o por falta de difusión. V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El movimiento de reforma de nuestro mercado de valores cuyo impulso inicial creemos que es justo atribuir a la creación por el Prof. Fuentes Quintana y la Comisión para el estudio del Mercado de Valores, por O. M. de 4 de Agosto de 1977 (1) y cuyas líneas directrices se señalaron en el Informe elaborado por dicha Comisión (2), se viene plasmando en una ya larga serie de disposiciones que en los dos

*Este trabajo forma parte de los estudios sobre la reforma del Reglamento de las Bolsas de Comercio, que se publicarán en la Revista de Derecho Bancario y Bursatil n.º. 1 - 1982

(1) Para antecedentes más remotos, véase LEBLANC y ORTEGA: "Génesis y desarrollo de la Comisión. El Informe". Conyuntura Económica núms. 19 y 20, págs. 8 y ss.

(2) El Informe fué presentado por la Comisión al Excmo. Sr. Vicepresidente para Asuntos Económicos y Ministro de Economía, el 12 de Abril de 1978 y se publicó por el Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica de dicho Ministerio bajo el título: "Informe de la Comisión para el Estudio del Mercado de Valores" Madrid, 1978.

últimos años vienen apareciendo en el B. O. E. (3). Hasta la fecha su eco ha sido bastante escaso salvo en sectores profesionales ligados a la Bolsa y en ámbitos reducidos de la doctrina científica. Esto podría llevar a pensar que el contenido de estas normas se circunscribe a los aspectos de la operativa bursátil, campo, como es sabido, muy específico que resulta enigmático para el gran público. Ello sin embargo no es así. Una simple lectura de estas normas nos revela que su alcance va mucho más allá del estricto ámbito de la operativa bursátil, afectando de modo muy particular a la gran sociedad anónima en cuanto entidad cuyos títulos cotizan en Bolsa, en una medida que no podemos precisar en este momento, porque ello excede del ámbito de este trabajo, pero sí creemos estar en condiciones de afirmar que es de auténtica entidad y estamos seguros por ello de que habrá de merecer de nuestra doctrina la correspondiente atención como ha sucedido en otros países (4).

A nuestro juicio, existen varias razones que ayudan a explicar esta situación. La primera y más importante es la falta de un debate previo a su promulgación que resulta coherente con el rango de las normas reformadoras, Decretos y Ordenes Ministeriales (5). La segunda razón creemos que está ligada a que es una reforma que se está

(3) La relación de las principales disposiciones es la siguiente: Real Decreto 1846 de 5 de Septiembre de 1980 por el que se modifica el art. 41 del Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio.

Real Decreto 1847/1980 de 5 de Septiembre sobre información financiera de las entidades emisoras con títulos que están o pretenden estar admitidos a cotización oficial.

Real Decreto 1848/1980 de 5 de Septiembre sobre ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios.

Real Decreto 1849/1980 de 5 de Septiembre por el que se regulan las órdenes de compra-venta y el régimen de aplicaciones sobre valores mobiliarios con cotización oficial.

Orden Ministerial de 10 de Abril de 1981 sobre crédito al mercado.

Real Decreto 1536/1981 de 13 de Julio por el que se modifica el Rgto. de Bolsas en materia de cotización simple y calificada, normas de contratación, actas de cotización y boletines oficiales de cotización.

Orden Ministerial de 17 de Noviembre de 1981 sobre información financiera de las entidades emisoras de títulos valores.

(4) Así por ejemplo en Italia con ocasión de la reforma introducida por la Ley de 7 de Junio de 1974, n.º 216 y disposiciones posteriores, en torno a la cual rápidamente, surgieron multitud de artículos y monografías cuya enumeración no creemos necesario hacer ahora.

(5) Lo cual no implica que exista a su vez coherencia entre el rango de la norma y la materia tratada, así por ejemplo ya tuvimos ocasión en otro lugar de mostrarnos contrarios a la adopción de la normativa sobre O. P. A. por Decreto (Vid. en este sentido ZURITA: "La oferta pública de adquisición (O. P. A.)" Madrid, 1980, págs. 117 y SS.).

introduciendo por fragmentos sucesivos, aunque internamente, al parecer, se haya concebido globalmente (6). Finalmente hay que tener en cuenta también que la reforma no sólo está siendo por partes y con distanciamiento en el tiempo, sino que además la entrada en vigor de muchas disposiciones contenidas en estas nuevas normas no ha tenido todavía lugar, con lo que los afectados por las mismas no han tenido quizás ocasión de percatarse de todo su alcance, pudiendo añadirse que en esa misma línea ha jugado el que para muchas cuestiones, en ausencia de un derecho transitorio, haya habido que, digamos, "dulcificar" los efectos que hubiera tenido su inmediata entrada en vigor (7).

Las consideraciones anteriores no sólo ayudan a justificar el escaso eco en la opinión pública de estas medidas, sino que rápidamente suscitan en el jurista otras cuestiones de muy diversa índole relacionadas fundamentalmente con la forma en que se está llevando a cabo esta reforma del mercado de valores y ello tanto por el rango de la normativa como por llevarse a cabo sucesiva y fragmentariamente.

A este respecto, creemos que las consideraciones que realiza el Prof. Sánchez Andrés al comienzo de su artículo, son, por su profundidad y rigor, las que verdaderamente corresponden al caso y las

Sobre este tema véanse también las consideraciones que realiza el Profesor Sánchez Andrés en el artículo que publica en este mismo número de la Revista, titulado: "Observaciones y comentarios a la reforma y reglamento de Bolsas en materia de admisión a cotización oficial".

(6) Que la reforma se está llevando a efecto de forma fragmentaria no puede ofrecer duda después de ver el índice de disposiciones recogido en la nota 4, lo que quizá no sea tan fácil de justificar sea la concepción unitaria global puesto que las contradicciones entre unos textos y otros son tan abundantes que parecerían obedecer a criterios diferentes. No obstante creemos que se trata de "contradicciones internas" y que desde luego de forma muy defectuosa pero sí existe una concepción global — unitaria de la reforma.

(7) No se trata de hacer en este momento un examen pormenorizado de las distintas normas referentes al momento de entrada en vigor de cualquiera de las varias disposiciones de la reforma, basta señalar por ejemplo las referentes a la cotización calificada del Decreto 1846 de 5 de Septiembre de 1980, o de la del 22 de Diciembre de 1981 contenida en su disposición transitoria.

Hay además que señalar que en este tema se han producido flagrantes contradicciones, concretamente en un punto como la ratificación de la presencia en la cotización que más adelante se tratará en este trabajo.

Por último y en lo que se refiere a la dulcificación nos referimos en concreto al Real Decreto de 13 de Julio de 1981 que no tenía derecho transitorio y hacia de difícil aplicación por ejemplo, la exigencia de acuerdo de Junta general para la solicitud de admisión de ampliaciones acordadas en la última Junta general sin que, sin embargo, éste órgano se hubiera pronunciado sobre el tema de la solicitud de admisión a la cotización.

suscribimos íntegramente sin tener que añadir nada a las mismas (8).

Todo cuanto venimos diciendo, pone de manifiesto la oportunidad de dedicar en este momento un número monográfico de esta Revista al estudio de las modificaciones introducidas en el Reglamento de Bolsas por el Real Decreto de 13 de Julio de 1981 y revela la sensibilidad jurídica del Director de la publicación. Prof. Sánchez Calero.

Pasando ya al campo concreto del tema cuyo estudio se nos ha encomendado, la exclusión de la cotización oficial, nos apresuramos a advertir que constituye una cuestión que no puede ser estudiada de forma aislada, sino que debe ser tratada en conexión directa con la referente a la admisión, y es preciso además añadir que ambas aparecen ligadas a otras de índole general, como por ejemplo, la relativa al estatuto de la sociedad anónima "bursátil" o al alcance y significado que para los títulos pueda tener la cotización oficial. Confluyen así, o por lo menos pueden confluir en el tema de la exclusión, los temas de más entidad que en materia de sociedades surgen vinculados a la moderna normativa del mercado de valores (9). Por esta razón, un tratamiento de esta cuestión con cierta profundidad obliga a hacer unas consideraciones previas sobre la temática que confluye en ella, que en nuestro caso concreto presenta serias dificultades precisamente por estar inacabada la reforma.

Por ello, sin perjuicio de hacer unas consideraciones generales sobre la problemática que aparece en torno a la exclusión, será objeto principal de este trabajo la exposición del nuevo sistema, del que procuraremos destacar los aspectos más significativos, proyectándolos sobre esas ideas generales previas, pero esforzándonos de modo particular en el aspecto expositivo del cuadro normativo vigente, que tiene un especial interés en este caso concreto porque, como podremos ver, los defectos técnicos, contradicciones y titubeos son notorios en este tema.

(8) Vid en este sentido el epígrafe primero del artículo: "Observaciones..." del Prof. Sánchez Andrés, ya citado.

(9) Sobre la problemática de la exclusión véase lo que se dice en el epígrafe siguiente de este trabajo.

II. PROBLEMATICA EN TORNO A LA EXCLUSION

La exclusión de la cotización puede ser voluntaria o forzosa, según derive del emisor o sea decidida por un tercero, concretamente, la autoridad encargada de la vigilancia del mercado de valores (10). Cada uno de estos supuestos presenta una problemática peculiar y tiene unos caracteres propios bien definidos, sin perjuicio, claro está, de que existan aspectos comunes en ambos, especialmente en la medida que se refieran o se relacionen con los temas más generales, de aquí que sea más adecuado, a nuestro juicio, referirse a ellos separadamente.

Por lo que se refiere a la exclusión voluntaria, lo primero que se cuestiona es su posibilidad, debatiéndose por una parte si basta la voluntad del emisor o es necesario también que intervenga el organismo encargado del mercado, y por otra parte, en este supuesto, si ésta intervención debe estar limitada a comprobar la existencia de unas causas tasadas (caso de señalarse) que faculten para pedir la exclusión o si sus facultades son más amplias.

Paralelamente a este cuestión surge otra, que ha dado origen a grandes debates en el Derecho comparado y es la relativa al órgano competente en el seno de las sociedades anónimas para adoptar el acuerdo de solicitar la exclusión y unida a ella suele venir planteada la relativa a la posición de los titulares del valor que se pretende excluir, aunque a veces se presente también de forma autónoma.

En el debate sobre el órgano competente, lo que realmente se cuestiona es la significación de la cotización oficial para una sociedad y para sus títulos. Se trata en concreto de ver si la decisión sobre la cotización tiene un carácter o un contenido estructural-corporativo, o es algo externo a la estructura societaria, si bien facilita su financiación, y en lo que se refiere a los títulos lo que se debate es si la cotización añade algo al título de tal entidad o importancia que lo desnaturalice.

Tanto si se trata de una cuestión estructural-corporativa, como si se piensa que influye en la naturaleza del título, es evidente que el Consejo de Administración por sí sólo no podría solicitar la exclusión, pudiendo preguntarse incluso, en el supuesto de que la exclusión de la cotización suponga una alteración básica en el título, si la sociedad

(10) Sobre si la autoridad competente para la exclusión debe ser la misma que para la admisión y sobre la situación concreta al respecto en los países comunitarios, véase WYMEERSCH: "La directive sur les conditions d'admission en bourse" Revue de la Banque, Cahier 6, Janvier 1980, págs. 64 y ss.

aún mediante decisión en Junta, puede acordar la exclusión o si se necesita también el consentimiento individual de cada titular.

Ambos temas aparecen ligados en cuanto que constituyen diversas manifestaciones de un mismo fenómeno, la trascendencia de la cotización, y ahora conviene destacar que en ambas subyace como tema común el de si la cotización hace surgir para la sociedad emisora, fundamentalmente, unas obligaciones y unos deberes que llega a alterar el tipo o crear un subtipo y para los títulos si la cotización representa unas posibilidades de negociación y unas garantías respecto a sus precios y al modo en que éstos se fijan que convierta a los títulos cotizados en una clase específica y distinta, lo que hoy parece no admitirse por la casi unanimidad de la doctrina.

No sucede lo mismo con la idea de que como consecuencia de la cotización oficial aparezca un nuevo tipo o un subtipo de sociedad, la sociedad bursátil, y entonces el tratamiento de la exclusión de sus acciones se piensa debe ser semejante al de la transformación, exigiéndose para su adopción idénticos requisitos que para la transformación, quorum o mayorías reforzadas en la junta y concesión a los disidentes y ausentes de un derecho de separación (11).

Naturalmente no pretendemos tratar el régimen de la exclusión recientemente establecido en España con una fidelidad absoluta a estos planteamientos. El alcance limitado de este artículo y el estado

(11) La cuestión de la problemática de la exclusión voluntaria han sido objeto de un estudio especialmente atento y penetrante en la doctrina italiana, unido, eso sí, muchas veces a otros aspectos como por ejemplo el relativo a la admisión a cotización oficial. Las cuestiones suscitadas son sin duda las expuestas en el texto como principales aunque existan otras de mayor detalle que en muchos casos se encuentren vinculadas a aspectos peculiares de la normativa concreta italiana. Como decimos en el texto, no podemos en este artículo entrar en un examen profundo de todas estas cuestiones, si bien creemos que a esto habrá de llegarse pero para este trabajo parece ya objetivo más que suficiente el de intentar plasmar con claridad la normativa vigente en nuestro país. No obstante y sin pretensión de ser exhaustivos podemos mencionar entre la bibliografía de particular interés en esta materia, dentro del ámbito ya mencionado de la doctrina italiana, la siguiente: CASTELLANO: "L'ammissione, di diritto e d'ufficio, alla quotazione di borsa: appunti" Gur. Com. 1977, pág. 245 COLTRO CAMPI: "Alguni punti da considerare nella progettata riforme della legislazione sulle borse valori" y "Revoca del l'ammissione alla quotazione e diritto di recesso dell'azionista" en "Problemi di Diritto di Borsa" Milán Giuffré, 1968, págs. 276 y ss, y 295 y se FORTUNATO: "Ammissione delle azioni alla quotazione ufficiale di bo sa e organo sociale competente" R. S. 1978, págs. 1093 y ss. SOTGIA: "Il ritiro delle azioni di societa dalla quotazione di borsa" BBTC 1958, págs. 44 y ss. SENA: "Il ritiro delle azioni di societa dalla quotazione di borsa" Giur. Com. 1977, págs. 373 y ss. y TANTINI: "La societa quotata in borsa e in particolare sull'ammissione d'ufficion alla quotazione" Rev. Dir. Civ. 1978, II págs. 154 y ss.

evolutivo de nuestra normativa bursátil, nos aconsejan limitar nuestros fines a una descripción de la situación vigente, cuestión nada fácil por razones ya indicadas, apuntando las tendencias generales a las que aparece adscribirse el nuevo régimen.

Por lo que se refiere a la exclusión no voluntaria, en nuestro caso la acordada por la Junta Sindical, los temas objeto de debate en el Derecho comparado giran fundamentalmente en torno a las siguientes cuestiones.

En primer lugar se debaten las causas de exclusión y en este extremo aparece como cuestión específica la de si la pérdida de las características específicas que eventualmente pudieran haberse exigido para la admisión desaparecen, deberá procederse a la exclusión.

En segundo lugar, surge el tema del cual debe ser la posición del órgano al que se encomienda la exclusión, si debe contar con un margen de discrecionalidad o si debe tener una actuación estrictamente reglada.

Finalmente se debate también si junto a la exclusión no deben también arbitrarse una serie de sanciones previas que no tengan consecuencias tan radicales como aquellas y que sean además compatibles con la oportunidad de corregir los defectos motivadores de la sanción (12).

Contemplada la cuestión desde la perspectiva del público inversor, de este tipo de exclusión, lo que aparece es el tema de la significación que se pueda atribuir a la presencia de unos títulos en la cotización oficial tanto en relación con la dimensión de la sociedad emisora como con su rentabilidad y también con la negociabilidad de los títulos cotizados e incluso con el cumplimiento por la emisora de los deberes de información que la cotización le impone. En íntima conexión con lo anterior y como la otra cara de la moneda se encuentra el tema de si la misión de vigilancia de las autoridades bursátiles ha de hacerse dando relevancia a la posición del público inversor y en consecuencia sus resultados en la medida en que corresponda han de trascender a éste, lo que en el fondo afectará al objeto de la vigilancia, a la forma de llevarla a cabo, a la publicidad de los resultados y al tipo de resoluciones que se deben adoptar como consecuencia de los mismos.

(12) Sobre esta materia vid por todos WYMEERSCH: "La directive..." op. cit. págs. 33 y ss.

En este extremo tampoco nuestro trabajo hará otra cosa que no sea exponer el nuevo régimen y hacer unas consideraciones generales sobre los cambios más significativos, indicando las líneas o corrientes a las que el nuevo Derecho aparezca adscrito.

Evidentemente para valorar el nuevo régimen conviene partir del examen del hasta ahora vigente, es decir, del establecido en el Reglamento de Bolsas de 30 de Junio de 1967, sin que sea necesario a los efectos de este artículo examinar otros antecedentes más remotos (13).

III. LA EXCLUSIÓN EN EL REGLAMENTO DE BOLSAS DE 30 DE JUNIO DE 1967

El Reglamento de Bolsas en su versión original (Decreto de 30 de Junio de 1967) trata la cuestión fundamentalmente en los arts. 48 a 51. Lo mismo que en la situación anterior, se contempla solamente la exclusión que tiene lugar por acuerdo de la Junta Sindical donde cotice el valor y no se trata de la exclusión a petición de la emisora de los títulos cotizados, por lo que son necesarias algunas consideraciones al respecto.

La práctica en esta cuestión era la de entender que si el acuerdo de solicitar la admisión era competencia del órgano de administración de una sociedad (y así pareció reconocerlo el Rgto. de Bolsas al mencionar entre los documentos que debían acompañarse con la solicitud de admisión "Certificación del acuerdo del Consejo de Administración de realizar dicha solicitud" art. 27 g) debería también corresponder a dicho órgano la competencia para solicitar la retirada o la baja en la cotización. De esta forma y a pesar de la opinión en contrario de persona muy cualificada, la exclusión de las acciones se llevaba a efecto a instancias de la sociedad emisora sin requerir la intervención de la Junta general ni exigir medida alguna en relación con los titulares de los valores a excluir (14).

(13) Sobre la situación anterior al Rgto., aunque con carácter eminentemente descriptivo véase RODRIGUEZ SASTRE: "Operaciones de Bolsa" Vol. I, Ed. Rev. Dcho. Pvd. Madrid, 1954, págs. 166 y ss. y precisando algunas diferencias en este extremo entre el Rgto. y el Decreto-Ley de 30 de Abril de 1964, puede verse POLO, A.: "La Admisión de valores a la cotización oficial" en Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, págs. 85 y 86.

(14) Quien había manifestado una opinión contraria a la simple intervención del Consejo de Administración fué el Profesor GARRIGUES en dictamen emitido a instan-

Es preciso destacar por una parte no se señalo por nadie la posible especialidad de la exclusión de las obligaciones y que al parecer las Juntas Sindicales han entendido que en este supuesto carecian de competencias para no dar trámite y efecto a la solicitud de exclusión.

En el ámbito ya de la exclusión por acuerdo de la Junta Sindical se tratan de distinta manera el supuesto de exclusión por incumplimiento del deber de información (art. 47), de los supuestos de exclusión por escaso volúmen o frecuencia en la contratación (art. 49) si bien para ambos existen algunas normas comunes (arts. 50 y 51).

a) La exclusión por incumplimiento del deber de información.

El art. 47 del Reglamento de Bolsas, aunque con evidentes limitaciones, destacadas puntualmente en nuestra doctrina, imponía a las emisores de los títulos un deber de informar a los órganos de la Bolsa, y a través de los mismos al público inversor, en cuyo contenido no procede ahora entrar por exceder del marco de este trabajo. (15)

El Reglamento encomendaba (imperativamente: velará) a la Junta Sindical la misión de vigilar el cumplimiento exacto (debería haberse dicho también: "y puntual") de los mencionados deberes de información, ordenando que ante los incumplimientos oficiara a las entidades incumplidoras exigiéndoles el cumplimiento exacto de las normas establecidas y caso de no ser atendido el requerimiento en el plazo de 30 días naturales, ó si recibiere respuesta negativa, la Junta o las Juntas Sindicales habrían de comunicarlo al Ministerio de Hacienda (hoy de Economía) y podrían acordar la suspensión temporal o la exclusión de la cotización oficial de todos los valores emitidos por la persona o entidad incumplidora.

Desde la perspectiva en la que ahora nos encontramos debemos destacar lo siguientes aspectos: Primero, imposición a las Juntas Sindicales de una misión de vigilancia del cumplimiento del deber de información, segundo, deber de denuncias cualquier incumplimiento a la sociedad para que lo corrija en el plazo de 30 días; tercero, caso de no producirse la corrección deber de la Junta Sindical de poner tal circunstancia en conocimiento de la autoridad de tutela (Ministerio de

cia de la Bolsa de Madrid el día 6 de Diciembre de 1966 (véase: "Dictámenes de Derecho Mercantil" Tomo III, Madrid, 1976, pág. 667), opinión que reiteró en su intervención en los Coloquios de Derecho Bursátil, aunque con algunas diferencias sobre la naturaleza del acuerdo (Véase: "La reforma de la sociedad anónima y el régimen de la Bolsa" en "Coloquios de Derecho..." citado, págs. 369 y 370).

(15) Nos remitimos en relación con esta cuestión a las consideraciones realizadas por el Profesor GIRON en: "Sociedades y Bolsa" "Coloquios..." cit., págs. 100 y ss.

Hacienda, antes, Ministerio de Economía, hoy) y facultad de la Junta Sindical en tal caso de suspender temporalmente la cotización o acordar la exclusión.

b) Por su parte el art. 49 establece que: "cuando la frecuencia de cotización o el volúmen de contratación incluido en la cotización oficial, sean notoriamente insuficientes, la Junta Sindical correspondiente podrá determinar su exclusión de la misma". El motivo de la exclusión es más impreciso que en el caso anterior ("frecuencia o volúmen notoriamente insuficientes" según el criterio de la Junta Sindical) y por otra parte, la exclusión igual que en el supuesto del art. 48 se establece como facultad de la Junta Sindical. No obstante ni hay la posibilidad de que la emisora remedie o arbitre el procedimiento que garantice la superación de las insuficiencias; por otra parte en los supuestos del art. 49 a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 48 ni se comunica al Ministerio el incumplimiento, ni se prevé como medida alternativa la suspensión temporal (16).

c) Para los supuestos de ambos artículos se establece que el acuerdo de exclusión habrá de publicarse en el o los Boletines de Cotización Oficial y comunicarse al Ministerio de Hacienda (hoy de Economía) (art. 50) y, en el caso de que se subsanen las faltas que originaron la exclusión, la entidad emisora podrá socilitar la readmisión, aunque pagando derechos arancelarios, pero sin necesidad, en principio, de aportar nueva documentación, salvo que la Junta Sindical se la reclame, ya que se faculta a ésta expresamente para pedir los antecedentes que estime necesarios.

IV. EL NUEVO REGIMEN

Las modificaciones al Reglamento de Bolsas en esta materia se encuentran recogidas, es preciso advertirlo, no sólo en el Real Decreto de 13 de Julio de 1981, norma que específicamente contempla la materia, sino también en el Real Decreto 1848/1980 de 5 de Septiembre que regula las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios, que trata del supuesto de exclusión de la cotización oficial por voluntad de la propia emisora de los títulos y no por acuerdo de la Junta Sindical, aunque como veremos en las disposiciones transitorias del R. D. de 13 de Julio 1981, hay puntualizaciones al régimen de la exclusión voluntaria que es preciso tener en cuenta.

(16) Sobre esta rigidez vid POLO, A.: "La admisión..." op. cit. págs. 85 y 86.

En vigor ambas disposiciones, el tratamiento de la exclusión ha de hacerse separando el tratamiento del régimen de la exclusión voluntaria del previsto para los supuestos de exclusión por la Junta Sindical.

A) *Exclusión voluntaria*

Pensamos que es conveniente comenzar transcribiendo literalmente las disposiciones del R. D. de 1980 que se ocupan directamente de la cuestión (art. 3, 3º, 4º y 5º) que dicen así: "Cuando la Sociedad emisora de unos títulos admitidos a cotización oficial acuerde su exclusión de la misma, vendrá obligada a hacer una oferta pública de adquisición de aquéllos para proceder a su amortización. El acuerdo de exclusión de la cotización oficial deberá tomarse en Junta General extraordinaria e igualmente el de la solicitud de admisión y, en su caso, el de ratificación.

La oferta pública de adquisición se dirigirá exclusivamente a los accionistas que votaron en contra o no estuvieron presentes en la Junta general extraordinaria que acordó la exclusión".

"4º) Cuando la presencia en cotización oficial de los títulos-valores no hubiese sido solicitada o ratificada por la Junta general extraordinaria y el acuerdo lo tomase el Consejo de Administración o el órgano que hiciese sus veces, los miembros del Consejo de Administración o del órgano que hiciese sus veces y que hayan votado el acuerdo vendrán obligados, con carácter solidario entre sí, a realizar la oferta pública de adquisición".

"5º) A los efectos previstos en este artículo, números 3º y 4º, las Sociedades cuyos títulos están admitidos a cotización deberán deliberar y tomar acuerdo sobre si ratifican o no su presencia en la misma en la primera Junta general que celebren."

Del conjunto de los párrafos transcritos, sin perjuicio de una inmediata explicación y justificación, es posible, a nuestro juicio, describir el régimen allí establecido destacando los siguientes aspectos: a) el ámbito de aplicación se refiere solamente a acciones emitidas por sociedades, pensamos que exclusivamente anónimas y b) el régimen varía según el órgano social que, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto, es competente para acordar la exclusión.

Cuando la admisión a cotización oficial de los títulos que se pretende excluir haya sido acordada o ratificada por la Junta general *extraordinaria*, la decisión de exclusión habrá de adoptarse necesariamente por la Junta general *extraordinaria* (17). En este caso a los

accionistas que no estuvieron presentes en la Junta o que votaron en contra deberá formularse por la sociedad emisora una oferta pública de adquisición de sus acciones para proceder a su amortización. Es preciso destacar ahora que no se señala ni tiempo ni precio para la oferta pública.

El otro supuesto es el que se refiere al caso de que el acuerdo de solicitud de admisión a cotización oficial de los títulos que se pretende excluir no hubiera sido adoptado ni ratificado por la Junta general *extraordinaria*. En este caso, del texto de los preceptos transcritos se deduce que el Consejo de Administración o el órgano que hiciese sus veces tiene facultades y es competente para solicitar la exclusión. La consecuencia de la exclusión es también la de tener que realizar una oferta pública de adquisición a los titulares de las acciones que se van a excluir (o se han excluido), pero a diferencia del supuesto anteriormente citado, por una parte, los destinatarios de la O. P. A. serán todos los titulares de esas acciones y por otra, la obligación de formular la O. P. A. se hace recaer, no sobre la sociedad, sino sobre los miembros del Consejo u órgano que hiciese sus veces que hayan votado a favor del acuerdo de exclusión, con carácter solidario entre sí (18).

No obstante, teniendo sin ninguna duda en cuenta —como luego se ha puesto de relieve en el preámbulo en el R. D. de 13 de Julio de 1981— que la mayoría de las solicitudes de admisión se han venido formulando por acuerdo del Consejo, y que por mucho que sea el

(17) Lo del carácter extraordinario de la Junta no parece que se entienda excesivamente bien por el autor material de las disposiciones de reforma bursátil y concretamente en el Decreto de 13 de Julio de 1981 ya no se menciona el carácter extraordinario de la Junta en relación con esta materia. Esto nos había producido la impresión de que la cuestión empezaba a comprenderse por el referido autor, pero desgraciadamente en la O. M. de 22 de Diciembre, Anexo 1º., capítulo II, se vuelve a los acuerdos de Junta general *extraordinaria*.

Por todo ello no creemos procedente hacer un análisis pormenorizado de que es lo que sucedería si el acuerdo de admisión se adoptó por acuerdo de junta general ordinaria y el de exclusión extraordinaria y viceversa. De intentarlo llegaríamos al infinito, pero en el fondo obraríamos sin márgenes de seguridad jurídica. Pensamos que es mejor ignorar la cuestión y como tema de seguridad aconsejar que el acuerdo de exclusión se adopte con los requisitos exigidos por el art. 58 de la L. S. A.

(18) Este tratamiento de la cuestión revela a nuestro juicio que determinados tecnicismos en el derecho societario escapan a la sensibilidad del autor de los Decretos. Decimos esto porque si se piensa que el Consejo, o más precisamente, el órgano de administración es competente para acordar solicitar la exclusión no se ve razón por la cual no quepa imponer la O. P. A. en este caso también a la propia sociedad y tampoco se ve claro que por el hecho de la ratificación de la presencia en la cotización por la Junta general pierda el Consejo su competencia para decidir sobre la exclusión.

patrimonio de los consejeros, habitualmente su solvencia es muy inferior a la de la propia sociedad que administran, se intenta reducir la posibilidad de que sean los propios administradores quienes puedan válidamente acordar la exclusión y en consecuencia tengan que realizar la O. P. A. Con este fin se han arbitrado dos medidas. De una parte, de cara al futuro, se atribuye la competencia para acordar la solicitud de admisión a cotización oficial a la Junta general, y de otra, se impone a las sociedades cuyos títulos estén admitidos a cotización oficial la obligación de deliberar y tomar acuerdo sobre si ratifican su presencia en la misma en la primera Junta general que celebren. Junta que normalmente sería la ordinaria convocada en el primer semestre de 1981 (19), sin embargo no se preveían las consecuencias que habrían de derivarse de no tratar o no acordar la ratificación en esa primera Junta. (20)

Esta última circunstancia ha llevado al legislador a modificar a través de las disposiciones transitorias del R. D. del 13 de Julio de 1981, el régimen de exclusión voluntaria en los dos aspectos siguientes: 1º Permitiendo la exclusión de la cotización sin necesidad de formular oferta pública siempre que el acuerdo se adopte en la primera Junta general que se celebre después de la entrada en vigor de dicho Decreto y 2º señalando que de no adoptarse tal acuerdo en dicha Junta se entenderá se ha ratificado la presencia o el acuerdo de admisión a cotización, con la obligación inherente de que la sociedad, por una parte deba acordar la exclusión mediante acuerdo de la Junta general y que dicho acuerdo le obligue a formular una O. P. A. a los disidentes y ausentes (21).

(19) En efecto dada la práctica vigente en la mayoría de las sociedades la primera Junta general posterior a la entrada en vigor del Decreto de O. P. A. sería la celebrada en el primer semestre de 1981, pero téngase en cuenta que curiosamente mientras en los párrafos anteriores se hablaba siempre de Junta general extraordinaria, ahora sólo se dice "primera Junta general que celebren".

(20) De hecho no todas las sociedades sometieron esta cuestión a la consideración de la Junta General.

(21) No deja de tener interés examinar el texto de la disposición transitoria primera, dos del Real Decreto de 13 de Julio de 1981 que textualmente dice así:

"Si las Entidades o Sociedades emisoras comprendidas en el párrafo anterior no tomasen el acuerdo de exclusión en el momento aludido en aquél, se entenderá han ratificado la permanencia o solicitud de admisión en cotización oficial de los títulos por ellas emitidos y, en consecuencia, les obligará plenamente el Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio en su redacción vigente después de las modificaciones contenidas en el presente Real Decreto".

Pensamos que es curioso, aparte de porque de una ratificación necesaria expresa pasamos a una ratificación presunta, porque lo que al parecer se pretende es que una vez ratificada de esta forma la presencia en la cotización, sólo la Junta general pueda acordar la exclusión y además con la obligación de hacer oferta pública todo ello en los

Además, en el Real Decreto de 13 de Julio de 1981, se insiste por una parte en que el órgano competente para acordar la admisión es la Junta general, y por otra, se reitera la obligación de formular O. P. A. pero ampliándola a los obligacionistas (22) y haciendo una mención poco precisa de las condiciones mínimas de la O. P. A. (23).

De ahora en adelante será necesario que el acuerdo de solicitud de admisión a cotización oficial se adopte por la Junta General o apoyándose en un acuerdo de dicho órgano en tal sentido, y por otra parte se exige como contenido mínimo de dicho acuerdo no sólo aspectos referentes a la admisión sino a su posterior exclusión y en este sentido se establece que necesariamente constará en el acuerdo de solicitud de admisión que en el caso de posterior solicitud de exclusión de la cotización se adoptará ésta con las mismas formalidades y en tal supuesto se garantizará el interés de los accionistas u obligacionistas que se opusieron o no votaron el acuerdo mediante oferta pública de adquisición de sus títulos en las condiciones mínimas establecidas en la Ley de sociedades anónimas o con ella concordantes y cumpliendo los requisitos previstos en la misma. De esta forma se ha pretendido, al parecer, que la competencia de la Junta en materia de exclusión tenga apoyo en un acuerdo anterior del propio órgano, lo cual indica la falta

términos que establece el apartado b) del art. 27 del Rgto. de Bolsas en su nueva redacción (para demostrarlo basta leer el n.º. 1 de esta misma disposición transitoria). Pues bien da la casualidad curiosa que el apartado b) del art. 27 en su nueva redacción se esta refiriendo a la documentación sobre unos acuerdos que habrán de adoptarse en el futuro y que difícilmente pueden constituir normas que rijan en supuestos en que dicho acuerdo todavía no se ha adoptado. Más prudente hubiera sido continuar haciendo referencia al art. 3.º del Decreto de O. P. A. que mencionan como norma que regirá la oferta pública en estos supuestos el párrafo b) del art. 27.

(22) La inclusión de las obligaciones produce perplejidad no sólo por la forma en que se hace, aludiendo a los obligacionistas que hubieran votado en Junta en contra del acuerdo de exclusión, sino también por otras razones, como es, en primer lugar el que de esta manera parece admitirse que la sociedad emisora puede por sí sólo solicitar y naturalmente la Junta Sindical debe admitir la exclusión de obligaciones, es decir, los obligacionistas individualmente o a través de sus órganos colectivos no parecen tener ninguna posibilidad ni competencia para intervenir en esta cuestión que como más adelante decimos, normalmente forma parte del contrato de emisión, y en segundo lugar el tratamiento asimilado de los supuestos de exclusión de acciones con los de obligaciones parece ignorar la sustancial diferencia que existe ente ambos títulos y que sintéticamente podemos decir que convierten al poseedor de las acciones en socio e integrante de la sociedad mientras que al de las obligaciones en acreedor de la sociedad y tercero respecto a ésta, de dónde se deriva que la problemática es completamente distinta.

(23) Más que poco precisa la referencia a las condiciones de la oferta, podríamos decir que es también confusa. En efecto, se dice que las condiciones de la oferta serán las establecidas en la L. S. A. y realmente la L. S. A. no contempla tal supuesto, sino que, y esto ya lo advertimos en su momento, lo que al parecer pretendía de manera

de apoyo que tenía la posición anteriormente adoptada en el Decreto de 1980. Se han incluido además a los obligacionistas y, consiguientemente parece entenderse que el acuerdo de exclusión de obligaciones puede adoptarse con la sola intervención de la sociedad emisora y por tanto sin participación alguna del Sindicato de Obligacionistas, lo cual es más que dudoso que pueda ser así al ser la solicitud de admisión una de las condiciones del contrato de emisión cuya alteración exigiría a nuestro juicio la intervención de dicho órgano de acuerdo con lo establecido en el art. 127 de la L. S. A. Finalmente la alusión a las condiciones establecidas en la L. S. A. para la oferta pública es sorprendente por no preverse en la misma tal supuesto.

Todo lo anterior lleva a pensar que es supérfluo el plantearse si el nuevo régimen de la exclusión voluntaria obedece a una idea del autor de la normativa en el sentido de que la cotización oficial repercute en la naturaleza de la sociedad emisora creando un nuevo tipo o subtipo de sociedad y que la exclusión así como la admisión, siempre que se refiera a acciones deben ser consideradas como supuestos de transformación y acordadas con los requisitos y consecuencias que nuestra legislación prevé en tal caso, y entendemos que es supérfluo porque al autor de estas normas lo mismo le da hablar de Junta general ordinaria que extraordinaria, de oferta a los accionistas, que a los obligacionista, de obligación expresa de ratificar en la primera junta que de ratificación tácita en la inmediatamente posterior, todo lo cual no parece indicar que se haya planteado ni de lejos temas como el de el significado y alcance de la cotización en la estructura de la sociedad anónima (23 bis).

B) Exclusión por acuerdo de la Junta Sindical

En este punto el Real Decreto de 13 de Julio de 1981 a los supuestos de incumplimiento del deber de información y escasez de volúmen o frecuencia de contratación, en los cuales hay que destacar modificaciones importantes, ha añadido un nuevo supuesto: el de difusión insuficiente. Por otra parte, en el nuevo régimen se contienen otras dos novedades de interés, una mediante la que se impone a la Junta Sindical una obligación de publicidad en relación con el volúmen y la frecuencia de contratación, así como de la difusión de los

desde luego equivocada, el Decreto sobre O. P. A., era la concesión de un derecho de separación aunque se configuraba como una adquisición por una sociedad de sus propias acciones. Vid. "La nueva reglamentación de las ofertas públicas" Bolsa Madrid, nº. 33, Febrero, 1981, pág. 11.

títulos, y otra, para determinados supuestos, que más adelante se detallaran, se impone una obligación de O. P. A.

Mencionadas en esta forma escueta las novedades, pasamos a exponerlas en forma más detallada, haciendo una descripción del tratamiento de la exclusión por acuerdo de la Junta Sindical tal y como queda después del tantas veces citado R. D. de 13 de Julio de 1981.

a) *Exclusión por incumplimiento de los deberes de información*

Desde un punto de vista formal, la variación establecida por el R. D. de 13 de Julio 1981 consiste en añadir al texto del art. 48 del Reglamento de Bolsas un nuevo párrafo (24). Desde el punto de vista de fondo, con el añadido se han establecido varias modificaciones importantes al régimen anterior en este punto. La primera alteración consiste en referir el deber de información no sólo Reglamento de Bolsas, sino también a las normas complementarias. Lo cual parece acertado teniendo en cuenta que en el paquete de medidas bursátiles existen una serie de disposiciones que no se integran formalmente en el Reglamento de Bolsas e imponen determinadas obligaciones de suministrar información a las Bolsas y al público en general (25)

La segunda alteración consiste en que hasta ahora en el supuesto de incumplimiento previsto en el 2º párrafo del art. 48, la Junta Sindical tenía la opción de suspender o excluir, mientras que en virtud del párrafo añadido al art. 48 en ese supuesto la exclusión no podrá acordarse directamente sino que habrá de ir precedida de una suspensión temporal por el plazo de un mes en el que la entidad o persona acuerde subsanar y subsane los defectos de información. Es decir, ya no hay opción ni posibilidad de, en este supuesto, excluir sin previa suspensión.

b) *Exclusión por insuficiencia en el volúmen, o en la frecuencia de contratación, o por falta de difusión*

(24) Así por lo menos interpretamos nosotros el art. 4º, uno del Real Decreto de 13 de Julio de 1981 cuando dice que "La redacción actual del art. 48 pasa a ser la del número uno de dicho artículo".

(25) Especialmente significativas a este respecto son las medidas contenidas en el Real Decreto 1847 de 5 de Septiembre de 1980 y la O. M. de 17 de Noviembre de 1981 en los cuales además (art. 8º. de la primera disposición y 8º. también de la segunda) contiene también un tratamiento específico de las repercusiones del incumplimiento de estos deberes en relación con la cotización de los títulos, y el art. 8º. del Real Decreto de 1980 núm. 1847, no parece haberse tenido excesivamente en cuenta al redactar el nuevo art. 48 del Rgto. de Bolsas en su última edición.

El R. D. de Julio 1981 modifica sustancialmente el tratamiento de la segunda causa de exclusión que establecía el Rgto. de Bolsas en la versión aprobada por Decreto de 30 de Junio de 1967, que, como en su momento dijimos, era de una parte inconcreto en cuanto a las causas, excesivamente drástico en cuanto a las medidas (no cabía más que la exclusión) y debaja a la Junta Sindical, tanto en la apreciación de la causa como en la posibilidad de adoptar o no la medida, una gran discrecionalidad.

Estas tres notas caracterizadoras del Rgto. de Bolsas hasta ahora vigente, se han visto enormemente afectadas por el tratamiento que de esta cuestión hace el R. D. de 1981; y la primera variación a subrayar es que en el nuevo texto junto a los anteriores se establece un nuevo motivo de exclusión consistente en la escasez de difusión de los títulos. Además, como veremos a continuación, al describir el contenido del R. D. de 1981 en esta materia, desaparece en gran medida la inconcreción de las causas, por otra parte la sanción no es sólo la exclusión sino que se prevé también la suspensión, y a través de ella se va a ofrecer al emisor la posibilidad de ir corrigiendo las causas y evitar el efecto de la exclusión; finalmente el margen de discrecionalidad de la Junta Sindical se va a limitar extraordinariamente, llegando incluso a suprimirse en determinados supuestos, con lo cual va a alterarse, en la medida que procuraremos poner de manifiesto, la posición de la Junta Sindical en el marco del mercado de valores.

Por lo que se refiere a los índices de frecuencia y volúmen de contratación, el nuevo art. 49. 1 establece que, cuando en un semestre natural éstos no alcancen determinados mínimos (26), la Junta o Juntas Sindicales correspondientes habrán de advertir de ello al emisor y lo publicarán en el Boletín de Cotización Oficial.

Ahora bien, si dicha circunstancia se produce en 2 semestres naturales consecutivos, o en 3 alternos, en un periodo de 6, la Junta o Juntas Sindicales correspondientes suspenderán la cotización oficial del valor de que se trate y requerirán al emisor para que justifique, en el plazo de 3 meses, las circunstancias de difusión a que se refieren los apartados b) y f) del art. 32. 1 o proceda conforme a lo establecido en los apartados g) o h) de dicho artículo.

(26) En cuyo análisis no creemos en este momento procedente entrar remitiéndonos al texto del mencionado artículo para su determinación y renunciando previamente a un examen de su conveniencia y adecuación a las circunstancias presentes del mercado por entender que esta materia es estrictamente de técnica económica aplicada a la normativa bursátil y excede de nuestras competencias.

Si así no se hiciere, se procederá por la Junta o Juntas Sindicales a la exclusión de los títulos valores de la cotización oficial.

Como fácilmente se puede observar, muy poco tiene que ver este régimen con el anteriormente vigente. En efecto, como ya hemos anticipado, frente a una frecuencia o un volumen de contratación notoriamente insuficiente (a juicio de la Junta Sindical correspondiente), se establecen ahora índices de frecuencia o de volumen muy concretos y referidos también a períodos concretos de tiempo, frente a la exclusión como única medida y adoptar, se establece un cuadro de medidas sucesivas según sea la gravedad de la situación, advertencia al interesado y publicación en el Boletín de Cotización Oficial de haberse producido la circunstancia, *suspensión de la cotización*, caso de repetirse ésta en los períodos mencionados, unida a la posibilidad de que durante 3 meses el interesado pueda acreditar que sin perjuicio de la escasa frecuencia o volumen, existe la difusión mínima exigida para la admisión a la cotización oficial o que si ésta o no existe o no se puede acreditar, se adoptan por el interesado las medidas que se prevén en la nueva disposición para subsanar esa falta de difusión; y sólo en el caso de que en ese plazo no se hiciera lo anterior, llegará la exclusión pero no como facultad de la Junta Sindical, sino como medida que se exige imperativamente que se adopte por ésta en tal supuesto.

La actuación de la Junta Sindical evidentemente se concibe en la nueva disposición en forma totalmente distinta. Como se deduce de lo expuesto, se impone a la Junta Sindical el deber de vigilar el desarrollo del volumen y la frecuencia de la contratación de los títulos admitidos a cotización oficial y se le imponen determinados deberes cuando en un período determinado uno u otro no alcancen los mínimos establecidos. Estos deberes consisten en advertir de tal circunstancia a la entidad emisora y así mismo publicarla en el Boletín de Cotización Oficial, sin duda para información del público inversor. Este deber de vigilancia impuesto a la Junta Sindical no termina aquí, sino que de reiterarse la insuficiencia de volumen o frecuencia en los períodos previstos por el art. 49, se impone también a la Junta el deber de suspender la cotización del título de que se trate (imaginamos que publicando el correspondiente anuncio en el Boletín de Cotización Oficial) y se le impone también la obligación de excluir en el caso de que en el plazo de 3 meses la emisora no acredite la difusión mínima o no se asuman los compromisos previstos en el art. 32 1 g) ó h).

Relacionadas con el nuevo papel encomendado a la Junta Sindical, se encuentran las medidas de publicidad a que alude el último párrafo

del nuevo art. 49, pero antes de estudiarlas pensamos que es más oportuno, siguiendo el orden del propio artículo, examinar la nueva causa de exclusión, esto es, la falta de difusión de los títulos.

El art. 49. 2 establece que: "Si las circunstancias de difusión aludidas anteriormente no se dan, aunque la frecuencia de cotización o el volumen de contratación sean superiores a las establecidas en el número 1 de este artículo, la Sociedad o Entidad deberá proceder conforme a lo establecido en los apartados g) o h) del artículo 32. 1. En otro caso la cotización oficial de los títulos-valores correspondientes se suspenderá hasta el término del trimestre siguiente. Si persistiesen las circunstancias aludidas y no se hubiesen comunicado los acuerdos a que se refieren los apartados g) o h) del artículo 32. 1, citado, la Junta o Juntas Sindicales correspondientes procederán a la exclusión de los títulos-valores de la cotización oficial en los términos comprendidos en el número 1 anterior".

Mediante esta disposición se pretende sin duda evitar que a través de una contratación "provocada" con la que se cumplan los mínimos de volumen y frecuencia, la emisora se encuentre al abrigo de una posible suspensión o exclusión, aparentando falsamente la existencia de un mercado para los títulos de que se trate. La exposición de motivos confirma esta interpretación, cuando dice: "Asimismo, no basta con exigir tales garantías e información para su admisión a cotización oficial, sino que es necesario que persistan mientras permanezcan en ella, evitando que situaciones anormales no permanentes condujesen a la exclusión de la cotización oficial, a la vez que evitan que se produzca el fenómeno contrario, que entre otras circunstancias se pone de manifiesto por la casi nula contratación de algunos valores, o bien por la contratación aparente y circunstancial, a veces frecuente, en títulos que están difundidos de forma escasa o que carecen de difusión".

La intención es clara, pero diversas circunstancias relativas a su operatividad no quedan suficientemente precisadas, como se desprende del exámen del art. 49. 2 que a continuación vamos a hacer. Comienza dicho precepto afirmando que si no se dan las circunstancias de difusión aludidas anteriormente, esto es, las de los apartados b) y f) del art. 32. 1, aunque la frecuencia de cotización o el volumen de contratación sean superiores a las establecidas en el n.º. 1 del art. 49, la sociedad o entidad deberá proceder conforme a lo establecido en los apartados g) o h) del art. 32. 1. Y sigue añadiendo que en otro caso la contratación oficial de los títulos-valores correspondiente se suspenderá hasta el término del trimestre siguiente.

Se pretende de esta forma delimitar el supuesto de hecho y hacer derivar del mismo determinadas consecuencias para el emisor. No obstante, ello se hace, a nuestro entender, con insuficiencias graves. La primera estriba en que el órgano de administración de la sociedad puede no tener durante mucho tiempo los elementos necesarios para detectar la insuficiente difusión y por otra parte puede conocerla sin que, sin embargo un tercero pueda probar que tal circunstancia se conocía por el emisor (su órgano de administración). Por otra parte, aún suponiendo que el emisor tuviera los elementos para conocer la insuficiencia de difusión y que la Junta Sindical pudiera probar que así era, conviene preguntarse si del art. 49. 2 deriva una obligación de poner tal circunstancia en conocimiento de la Junta Sindical inmediatamente y si con independencia de esto existe un plazo para que el emisor proceda conforme a lo establecido en el apartado g) o h) del art. 32. 1, y en todo caso, desde que momento debe contarse ese plazo. Debe además tenerse en cuenta que en los supuestos de acciones al portador y más aún, en los de obligaciones de esta naturaleza, la Junta Sindical es difícil que tenga datos que le permitan saber sin recurrir al ente emisor si se da la insuficiencia de difusión, por lo cual pensamos que en principio no debe constituir un elemento integrante del supuesto de hecho del art. 49. 2 una advertencia o comunicación de la Junta Sindical.

Por tanto, recapitulando, debemos recordar que si el supuesto de hecho es claro, su manifestación externa no siempre se produce en relación con el emisor y caso de producirse, será difícil probarlo para un tercero, y por otra parte no vemos como la Junta Sindical podrá detectar que el supuesto de hecho se ha producido. Tampoco es precisa la consecuencia que nace de la producción del supuesto de hecho en lo que respecta al momento en que nace el plazo para obrar de conformidad con el preceptuado en el art. 32. 1 ap. g) o h). Siendo esto así, resulta también difícil interpretar a partir de que momento se va a producir la circunstancia que en el art. 49. 2 se describe diciendo: "...En todo caso la cotización oficial de los títulos... se suspenderá hasta el término del trimestre siguiente", y si no se sabe cuando se produce ese momento que impone la suspensión, tampoco es fácil interpretar lo que debe significar la expresión "hasta el término del trimestre siguiente", porque puede ser siguiente al de la suspensión o siguiente al momento en que la entidad debería haber procedido de conformidad con los apartados g) y h)...

El mencionado art. 49. 2 sigue diciendo: "Si persistiesen las circunstancias aludidas... la Junta o Juntas Sindicales correspondientes procederán a la exclusión...", conviene preguntarse, si persistiesen,

¿cuando? porque el precepto no lo dice, aunque lo lógico parecería ser al término del trimestre siguiente que se menciona en la frase anterior del precepto. Por ello hubiera sido lógico decir expresamente, si (*en ese momento*) persistiesen...

En suma está claro lo que con el precepto se pretende, pero es muy difícil conocer y poder acreditar cuándo habiendo volumen y frecuencia en la contratación superiores a los mínimos, existe difusión insuficiente. De aquí la dificultad en pretender hacer derivar consecuencias de esta situación, máxime sin establecer de forma expresa para el emisor una obligación de informar cuando la conozca o cuando observe síntomas que podrían manifestarla. Al no haberse hecho así, no se establece una circunstancia impulsora de la aplicación del precepto y en consecuencia queda, pudieramos decir, desconyuntado todo su contenido.

Por último es necesario aludir a dos puntos. El primero es el referente a la obligación que se impone a las Juntas Sindicales de resaltar en las actas y boletines de cotización los títulos con insuficiente frecuencia, volumen o difusión, así como la de publicar una vez al mes, por lo menos, un resumen del comportamiento bursátil de los valores cotizados, en los términos establecidos en el art. 49. 3 que no creemos necesario examinar en este momento (27). El segundo punto al que es preciso aludir se refiere a la obligación que se establece en la nueva redacción del art. 50 para los casos de exclusión por la Junta Sindical, consistente en que en tales supuestos los emisores habrán de realizar una O. P. A. a sus accionistas u obligacionistas si tal derecho figura en los estatutos o en la escritura de emisión, y a este respecto nos preguntamos si sólo existe la obligación en estas circunstancias, qué necesidad había de incluirla en un precepto del Reglamento y además haciendolo sin señalar plazo ni precio para la O. P. A.

(27) En este tema nos remitimos al comentario que se realiza respecto a las cuestiones de documentación por Don José SERNA.

V. CONCLUSION

Quizá el lector espere que en este momento realicemos algunas consideraciones sobre la adscripción a una u otra de las corrientes que en el Derecho comparado existen en relación con las distintas cuestiones que afloran en el tema de la exclusión. Esta era también una de nuestras pretensiones al iniciar el trabajo que ahora concluye, pero esperamos que se nos comprenda si desistimos del propósito basándonos en que no es posible hacerlo por falta de los mínimos de coherencia y claridad en la nueva reglamentación española, que por otra parte no dudamos que pueda ser alterada por la vía de cualquier disposición transitoria en cualquier de las normas de esta llamada reforma de la Bolsa que aún están pendientes de publicación.

No obstante no podemos menos de realizar algunas consideraciones sobre el contenido del tratamiento de la exclusión aún partiendo del examen aislado de las disposiciones españolas. En este sentido, en relación con la exclusión voluntaria, al margen de que el tratamiento del tema, como ya hemos dicho anteriormente sea técnicamente deficiente, hemos de advertir que dando entrada por la puerta falsa a un derecho de separación para este supuesto se está convirtiendo en inviable desde el punto de vista económico el supuesto objeto de tratamiento, máxime si se configuran como supuesto de adquisición por una sociedad de sus propias acciones que en este caso concreto sólo podría realizarse con cargo o beneficios o reservas libres, es decir, en posición económica desahogada, que no es precisamente el caso de quien solicita la exclusión.

En relación con la exclusión-sanción sólo algunas observaciones: la primera que el rigor y la precisión sólo se establecen en los puntos referentes a lo que pudieramos llamar "marketability" de los títulos, la segunda es que el rigor y la precisión desciendan en temas de importancia para el buen funcionamiento del mercado como es el incumplimiento de las obligaciones informativas, y por último no existen en absoluto, al parecer, en relación con algunas condiciones de admisión como son las que puedan ser sintomáticas de una rentabilidad mínima en las épocas precedentes a la admisión (art. 21. 1. c), en su nueva redacción) y que no parece tener transcendencia como posible causa de exclusión-sanción.

EL ARTICULO 10º DE LA LEY 39|1981

EDUARDO CALDERON SUSIN
Prof. del Departamento de Derecho penal

Publicada en el B. O. E. núm. 271, del día 12 de noviembre de 1981, ha entrado en vigor, una vez cumplidos los veinte días de "vacatio", la Ley 39/1981, de 28 de octubre, "por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas", cuyo artículo 10º y último incide de lleno en el campo penal de modo extravagante, ampliándolo ostensiblemente, aunque de modo confuso.

Dice así:

"Uno. Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuarto del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.

Dos. Las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incursas en lo establecido en el artículo cinco veintitrés y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo trescientos dieciseis del

Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder.

Tres. Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo tercero de esta ley, se considerarán siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo ciento veintitrés del Código Penal.

Cuarto. Sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los autores de las infracciones de lo dispuesto en esta ley, lo establecido en el artículo ciento veintitrés del Código Penal o trescientos dieciséis del Código de Justicia Militar, en los casos de personas y lugares previstos en este último, será asimismo de aplicación a Presidentes, Directores o titulares de organismos, instituciones, centros o dependencias y a los representantes legales de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas de toda índole que, tras ser requeridos para el cumplimiento de esta ley por la autoridad gubernativa, incumplan lo preceptuado en los artículos anteriores”.

Este artículo, junto con la reciente reforma del artículo 316 del Código de Justicia Militar, constituyen los dos últimos hitos de la evolución seguida por nuestro ordenamiento jurídico en orden a la protección penal de las banderas; evolución que arranca desde el artículo 2º. de la polémica ley de 23 de marzo de 1906, “sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército” —mejor conocida como “Ley de Jurisdicciones”— y que es, tras diversas vicisitudes —incorporación al Código de 1928 en su artículo 231, derogación del mismo al advenimiento de la 2ª República, reaparición en el artículo 37 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de enero de 1941 —el germen del vigente ordinal 123, desde 1944, del Código Penal.

Este artículo 123, enquistado dentro de los delitos de traición, constituía un precepto autónomo y, por ello, completo, protegiendo, además de otras realidades, a los “símbolos y emblemas” de la Nación española, entre los que, como signo externo que posee la actualidad de representarla, se encuentra y destaca la bandera.

Se producía una alternatividad, en lo tocante a la protección de los símbolos y emblemas, con el artículo 316 del Código de Justicia Militar, hasta que la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, reformó, entre otros, dicho 316, reduciendo la doble incriminación, al constreñir la esfera punitiva castrense a los “ultrajes a la bandera nacional o estandarte en lugares o edificios militares, así como cuando fueran portados por unidades militares o en paradas, desfiles o

formaciones de tal carácter". Con ello se trataba de ajustar, en este punto, el Código de Justicia Militar a la exigencia, establecida en el artículo 117.5 de la Constitución, de ceñir la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, aunque, quizás, se olvidó —a no ser que se estuviera pensando en una rápida entrada en vigor del precepto contenido en el artículo 638 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal actualmente en trámite parlamentario— que, siendo, por definición, el derecho penal militar de más dureza que el común, no era congruente la pena del 316 con las establecidas en el 123, o viceversa, ya que, al tratarse de conductas, las incriminadas en aquel, que presuponen casi siempre la publicidad, la pena de seis meses y un día a seis años de prisión es ostensiblemente menor que la de prisión mayor prevista en el artículo 123 para cuando concurre aquella circunstancia.

A esto, que no deja de ser grave, se añade, con no menores reparos, las reglas contenidas en el artículo 10º de la Ley 39/1981 que extienden, de modo confuso y con una técnica que no encuentro plausible, tanto la acción, aunque sólo se trate de una ampliación terminológica, como fundamentalmente el objeto de protección; utilizando, por otra parte, de modo impropio el concepto de publicidad y estableciendo unas presunciones, "iuris et de iure", de autoría, nada acordes con el principio de culpabilidad.

En efecto los dos primeros apartados del artículo suponen la ampliación apuntada: de una parte, junto a los ultrajes, único término utilizado en los artículos 123 y 316 ya citados, aparecen las ofensas, y de otra, se extiende la protección penal a las "banderas contempladas en el artículo cuarto del presente texto", o sea las de las Comunidades Autónomas reconocidas como propias en sus estatutos.

No alcanzo a comprender la razón de añadir las ofensas a los ultrajes como si de cosas distintas se tratara, pues no me cabe la menor duda de que son términos sinónimos, a no ser que se piense en una menor entidad del verbo ofender respecto del ultrajar, a modo de sutil matización que permita afirmar que esta última acción requiere unas conductas en sumo groseras mientras que las ofensas se refieren a algo menos directo que puede abarcar formas encubiertas de ataque: interpretación esta, a mi juicio, sumamente peligrosa al no tener base segura, y que debe ser descartada de plano salvo que se quiera posibilitar unos procesos de intenciones; creo que, existiendo un elemento subjetivo en el injusto —el animus iniuriandi—, ello exige, por mor de la seguridad jurídica, una objetivación y claridad de la conducta.

Para mí se trata de términos equivalentes —a cualquier diccionario me remito— produciéndose una tautología, circunstancia siempre criticable en una ley penal: sobra el ofender —aquí y en el artículo 537 del mencionado Proyecto de Código Penal—, máxime cuando la doctrina, científica y jurisprudencial, no ha tenido nunca duda en la interpretación de qué se entiende por ultraje asimilándolo a la injuria del artículo 457 del Código Penal —valga por todas, debido a su fecha cercana, la S. T. S. de 31 de octubre de 1980, R. A. 4232—.

Lo que si supone una ampliación efectiva de la esfera penal es, como apuntaba, el extender el objeto de protección a las banderas autonómicas, lo que, en suma, significa la creación de un nuevo tipo de injusto.

Antecedente del mismo, no resucitado tras la caída de la 2ª. República española, se encuentra en la citada Ley de 1906 en cuyo artículo 2º, después de incriminarse los ultrajes a la Nación, a su bandera, himno nacional o emblema de su representación, se señalaba en un segundo párrafo que: “En la misma pena —prisión correccional— incurrirán los que cometan iguales delitos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España, sus banderas o escudos”.

El texto aprobado por el Senado incluía la protección de las banderas de Ayuntamientos, Diputaciones o cualesquiera otras Corporaciones públicas, pero lo cierto es que la Ley, en consonancia con lo establecido en el artículo 4º de la Constitución, aunque sin unas contrastadas razones de política criminal, ha circunscrito la ampliación a las banderas autonómicas, si bien, como se desprende indirectamente del apartado 3º. de este artículo 10, los ultrajes a las mismas se castigan con pena inferior a la prevista para los dirigidos a la bandera de España.

Lo dicho —respecto de las ofensas y de las banderas autonómicas— se deduce de los dos primeros apartados en cuestión, si bien con una redacción redundante y enfática, criticable por su imprecisión. Hubiera bastado un apartado redactado con más precisión. Como indicativo de la imprecisión valgan algunos botones de muestra:

a) ¿Cuáles son las leyes a que se remite el apartado primero para el castigo de los ultrajes y ofensas a las banderas de España y autonómicas? Que yo sepa tan sólo el artículo 123 del Código Penal y el 316 del de Justicia Militar, de modo que si estos son citados en el apartado siguiente, para qué hacer alusión tan vaga.

b) ¿En qué ley o leyes están castigados los ultrajes y ofensas a las banderas autonómicas? En ninguna anterior a la Ley 39/81 y, por la

vaguedad del apartado 2º de su artículo 10, oscuramente en esta, pues, diciéndose tan sólo que “las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incursoas en lo establecido en el artículo 123...”, se crea un presupuesto etéreo: ¿cuáles son estas infracciones?; ¿es ultraje a la Nación española o a su bandera el infringir la ley 39/81?; y, conteniendo el artículo 5º como regla la de que se utilice conjuntamente la bandera de España con la autonómica, ¿no cabrá únicamente el ultraje a esta última en caso de un ondear conjunto? La “ratio legis” —crear el nuevo tipo penal antedicho— puede comprenderse, pero habrá que convenir que esto se hace de forma un tanto rocambolesca y nada perfilada.

c) Aparte del artículo 316 del Código de Justicia Militar ¿cuáles son los concordantes del artículo 123 del Código Penal? No los conozco.

d) El “sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder” ¿quiere decir que son acumulativas a las penales?. El tenor literal, unido a la tajante prescripción del artículo 9º —“Las autoridades corregirán en el acto las infracciones de esta ley, restableciendo la legalidad que haya sido conculcada” (¿de plano? ¿sin audiencia siquiera del corregido?) —así lo dan a entender, con lo que se conculcaría el principio “ne bis in idem” —por cierto, inducido de nuestra Constitución por el Tribunal Constitucional en sentencia dictada, en recurso de amparo 90/80, el día 30 de enero de 1981, R. A. 2-. Habrá que esperar a que se publiquen las disposiciones que dicte el Gobierno conforme a las facultades que le concede adicional de la ley en cuestión, para saber a qué atenernos.

En suma, hubiera bastado con arbitrar, en un sólo apartado, alguna fórmula como: “los ultrajes a las banderas oficiales de las comunidades autónomas serán castigados con la pena de...”.

No mejor impresión me suscita el apartado 3º, en el que se da entrada a una pseudopublicidad o publicidad impropia, con el único motivo, pienso, de otorgar distinto trato penal al ultraje de la bandera nacional y al dirigido a una enseña autonómica, de tal suerte que la ofensa a la bandera de España siempre se castigue con prisión mayor. Al respecto me limito a constatar:

1º.- La asimilación a la publicidad de lo que no es tal circunstancia, que ya de por sí planteaba el problema de si iba referida al artículo 463 o al número 4º del artículo 10 del Código Penal.

2º. No se logra tal propósito si la verdadera publicidad concurre en el ultraje a una bandera autonómica, pues ello daría lugar ya al tipo

agravado del artículo 123 del Código Penal.

3º. Que, a la inversa, de concurrir la agravante de publicidad en el ultraje a la bandera nacional, se esfuma la agravación específica.

4º Que ni siquiera intuyo unas razones de política criminal que abonen ahora la mayor dureza adoptada por el legislador. Parece que se ha acudido a un mero expediente técnico para diferenciar penalidades según sea el objeto de protección sin que hubiera motivo para el endurecimiento punitivo que supone el apartado 3. Me parece muy grave. La vituperada Ley de Jurisdicciones creo era más acertada en la equiparación penal, o ¿es que no se incriminan los comportamientos ofensivos a las banderas de las Comunidades autonómicas porque con ellas se ataca también a la integridad de la Patria?

5º. Se acentúa al máximo la disonancia de la que antes he dejado constancia que existía con el artículo 316 del Código de Justicia Militar, del que ahora se puede aseverar, sin duda alguna, se trata de un anómalo tipo atenuado.

Por lo que hace al farragoso apartado cuarto que cierra el artículo 10º, y para no caer en tal calificación, sólo destacar su imprecisión y su discutible necesidad.

Imprecisión porque, dando por supuesta la responsabilidad de “los autores de las infracciones de lo dispuesto en esta ley”, ¿a qué título es la incriminación que después se hace? ¿complicidad? ¿encubrimiento? La intención, mal expresada, adivino que es la de establecer una presunción “iuris et iure” de ultraje a la bandera nacional —no a las autonómicas al no mencionarse en los artículos 123 del Código Penal y 326 del Código de Justicia Militar—.

Discutible necesidad pues estas conductas, a las que se pretende extender la incriminación, integrarían un delito de atentado o de desacato. Además mencionándose sólo el requerimiento de la autoridad gubernativa, ¿se pretende dejar impunes las desobediencias a los agentes de tal autoridad?

Debo concluir que todas las vaguedades, oscuridades e imprecisiones planteadas me permiten afirmar que este artículo es, por ellas, atentatorio al principio de legalidad, que ha sido obviado, también, formalmente por cuanto, al tratarse de la creación de una figura penal a la que se asocia pena privativa de libertad y de la agravación de la preexistente, el artículo 81.1 de la Constitución exigía que ello se hiciera en Ley Orgánica, cualificación que no tiene la Ley 39/1981.

Por otra parte, si a lo que se acaba de decir se añade la extravagancia de esta ley, tampoco parece aventurado señalar que la innovación ha estado por completo desconectada de la reforma penal emprendida en los últimos años —y a la que, ya de por sí, no veo caracterizada por una clara congruencia—.

¿Por qué no se ha protegido penalmente a las Comunidades autónomas?; y de sus símbolos y emblemas ¿por qué únicamente a las banderas? La Ley 33/1981, de 5 de octubre, y el Decreto 2964/1981, de 18 de diciembre, se han limitado a una descripción en términos heráldicos del escudo de España, con un contenido puramente topográfico y sin apuntar siquiera sanción alguna.

Cierro aquí este breve apunte, de rápida concepción y escrito a vuelapluma, pero revelador de mi interés por el tema, esperando desarrollarlo en el seminario que, sobre el mismo, va a celebrarse dentro de las actividades del Departamento de Derecho Penal de esta Facultad.

EL DELITO FISCAL EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

MIGUEL DOLS ROCA

Departamento de Derecho financiero y tributario.

I. INTRODUCCION

Con frecuencia, y con no menos acierto, se ha afirmado que la proliferación del fraude fiscal en nuestro país y la ausencia de cualquier juicio social de desvalor ante las actitudes defraudatorias no eran debidas sólo, ni fundamentalmente, a la escasa potencia intimidatoria del precepto penal destinado a reprimirlo —el 319 del Código Penal—, sino que, más bien, eran consecuencia de un sistema tributario que no reunía entre sus escasas virtudes la de respetar el principio de capacidad económica que debe presidir la aplicación de cualquier tributo.

Planteada una reforma en profundidad de todo el sistema tributario que, además de permitir un mayor volúmen en los niveles recaudatorios, consiguiera incrementar las dosis de justicia tributaria, parecía lógico proceder a corregir las notorias deficiencias técnicas del vetusto 319 del Código, lo que efectivamente se llevó a cabo en virtud del artículo 35 de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal (1),

(1) Numerosos han sido los comentarios vertidos sobre este nuevo precepto. Fundamentalmente, vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El nuevo delito fiscal", en Rev.

en tanto no se promulgara un nuevo Código Penal —el vigente data, en esencia, de 1870— que diera una definitiva configuración al delito fiscal.

A tal efecto, y como resultado de los trabajos y llevados a cabo en el seno de la Comisión General de Codificación, se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes de 17 de enero de 1980 el proyecto de ley orgánica de Código Penal, el cual tipifica, en su artículo 370, la figura del delito tributario (2).

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En línea con la pretensión apuntada en la propia Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal (en adelante, PCP) de utilizar el bien jurídico protegido como criterio sistematizador de los distintos delitos, se incluyen en el Título VIII, y bajo la rúbrica genérica de "delitos contra el orden socioeconómico", una amplia gama de tipos delictivos cuyo objeto es proteger el modelo económico y social consuetudinariamente configurado. El bien jurídico protegido por estos delitos no es, pues, el mero interés individual, sino el interés colectivo.

Como concreción de este interés colectivo en el ámbito de las prestaciones públicas de índole pecuniario, se regulan con el rótulo de "delitos contra la Hacienda Pública" (Capítulo VII del Título VIII) el

Esp. Der. Fin. n.º 15-16 (1977) pág. 703; DEL POZÓ LOPEZ, J. y ARNAU ZOROA, F., "Anotaciones sobre el delito fiscal", en "Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", Inst. Est. Fisc., Madrid 1977, Vol. I, pág. 379; BAYONA DE PEROGORDO, J. J. "Aspectos procedimentales del delito fiscal", en Rev. Esp. Der. Fin., n.º 15-16 (1977), pág. 737; ARGILES Y GARCÉS DE MARCILLA, J. L., "El delito fiscal", en Crón. Trib., n.º 25 (1975) pág. 9; FERNANDEZ BRETAÑO, J., "El delito fiscal", en Rev. Der. Fin. y Hac. Públ. n.º 135 (1978), pág. 743; FERNANDEZ CUEVAS, A., "El delito fiscal en la ley 50/1977", en "Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", Inst. Est. Fisc., Madrid 1977, Vol. I, pág. 299; GOMEZ-DEGANO Y CEBALLOS-ZUÑIGA, J. L., "El delito fiscal", en "Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", Inst. Est. Fisc. Madrid 1977, Vol. I, pág. 257; GONZALEZ GARCIA, E., "El delito fiscal en la ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", en Rev. Der. Fin. y Hac. Públ. n.º 135 (1978), pág. 725; PEREZ ROYO, F., "La represión del fraude tributario y el nuevo delito fiscal", en "Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", Inst. Est. Fisc. Madrid 1977, Vol. I, pág. 311; CORDOBA RODA, J., "El delito fiscal", Rev. Esp. Der. Fin. n.º 15-16 (1977) pág. 689.

(2) Transcurridos dos años desde la publicación del proyecto, y visto el reciente anuncio gubernamental de proceder a una nueva reforma parcial del vigente Código, no solo no parece que el PCP vaya a convertirse en norma legal, sino que, por el contrario, tal posibilidad se aleja indefinidamente.

delito fiscal, recogido en el artículo 370 (3), y la obtención ilícita de subvenciones públicas, así como el incumplimiento de condiciones que alteren el fin para el que fue concedida, en el artículo 371 (4). El delito de contrabando, por su parte, que con el PCP pasa a formar parte de la legislación penal común, se coloca en un Capítulo específico, el décimo (5).

De este modo, el conjunto de derechos económicos de las personas jurídico-públicas se protegen en un doble aspecto. Por un lado, mediante el delito fiscal se intenta salvaguardar el derecho de crédito tributario de la Administración financiera, es decir, el derecho en virtud del cual ésta puede exigir el ingreso de una cantidad de dinero, si no determinada, sí determinable en base a los elementos de cuantificación del tributo. De otro lado, en el art. 371, se protege, no ya un derecho de crédito, sino que se protege al erario público de una merma injustificada de sus caudales, en cuanto ésta no se hubiera producido de obrar el sujeto lícitamente.

(3) Art. 370.- "El que defraudare a la Hacienda estatal, autónoma o local mediante la elusión del pago de tributos o el disfrute indebido de beneficios fiscales en cuantía igual o superior a tres millones de pesetas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la defraudación.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el párrafo anterior, si se tratare de tributos periódicos, se estará a lo defraudado en cada período impositivo, y, si éste fuere inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los tributos que no tengan carácter periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

En caso de reincidencia, además de las penas señaladas, se impondrá al agente o a la persona por el representada la pérdida de todo beneficio fiscal y apoyo oficial económico o financiero, o bien la prohibición de obtenerlo durante un período de tres a cinco años.

Cuando la autoridad judicial tuviere conocimiento, ya sea de oficio o en virtud de denuncia o querrela, de un hecho que pudiera revestir los caracteres de delito fiscal, antes de proceder por el mismo reclamará a la Administración tributaria los antecedentes necesarios, si ésta no los hubiere ya remitido."

(4) Art. 371.- "El que obtuviere una subvención pública, falseando las condiciones requeridas para su concesión o no declarando las que la habrían impedido, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a veinticuatro meses.

El que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos públicos incumpliere las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.

En caso de reincidencia, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo anterior."

(5) La razón de no colocar el delito de contrabando junto a los restantes delitos contra la Hacienda Pública —aun que sí en el Título VIII— debe hallarse al hilo del

La razón de esta protección brindada a la Hacienda Pública, tanto en uno como en otro caso, no parece que tenga su fundamento en la estricta defensa patrimonial. Con la penalización de la defraudación fiscal no se protege el derecho de crédito, o más precisamente, el ingreso que éste debe generar, por sí mismo, sino en cuanto en este ingreso se concreta el cumplimiento de todos aquellos fines que cumple el tributo, y por extensión todo el sistema tributario, y que se hallan consagrados constitucionalmente (art. 31-1 de la Constitución). Por su parte, con la tipificación de la obtención ilícita de subvenciones públicas se concreta la salvaguardia del principio de equidad en la distribución de los recursos públicos (art. 31-2 de la Constitución).

Esta doble protección de los derechos económicos de la Hacienda Pública pone de manifiesto la creciente relevancia adquirida por la idea de proporcionar mayores dosis de justicia a la actividad financiera, tanto en su vertiente impositiva, como en la aplicación de los recursos obtenidos (6).

III. EL TIPO PENAL

1. *Acción*

La acción antijurídica del art. 370 viene integrada por la defraudación a la Hacienda Pública estatal, autónoma o local mediante la elusión del pago de tributos o el disfrute indebido de beneficios fiscales.

Refiriéndose el actual 319 del Código Penal, afirma Rodríguez Mourullo que "defraudar equivale, desde el punto de vista jurídico-penal, a causar un daño patrimonial injusto, a través de una

criterio clasificador que guía toda la estructura sistemática del PCP. En efecto, el contrabando supone también un perjuicio al erario público, siendo posible, en este sentido, catalogarlo como un delito contra la Hacienda Pública. Pero esencialmente, el interés protegido mediante la tipificación del delito de contrabando es, de modo genérico, la economía nacional y, más concretamente, el comercio del país.

(6) La introducción del principio de equidad en el gasto público (art. 31-2 de la Constitución), a través de la llamada "enmienda Fuentes Quintana", de difícil paragon en el Derecho Constitucional comparado, añade una dosis de progresividad a la regulación constitucional de la Hacienda Pública. En el mismo sentido ha de entenderse el imperativo constitucional de inclusión, en los Presupuestos Generales del Estado, del llamado "presupuesto de gastos fiscales" (art. 134-2 de la Constitución).

mendacidad, astucia o artificio" (7). La definición, perfectamente aplicable al art. 370 del PCP, se completa teniendo en cuenta el ánimo de lucro implícito en el propio concepto de defraudación, que adquiere la consideración de específico elemento subjetivo del injusto (8). Así entendida, pues, la noción de defraudación se halla compuesta por tres elementos: el perjuicio económico causado a la Hacienda Pública, la utilización del engaño para hacer efectiva la defraudación y el enriquecimiento ilícito del agente.

Pero no todo perjuicio económico causado a la Hacienda Pública con ánimo de lucro y mediante engaño puede ser considerado incurso dentro del tipo del art. 370. Otros dos requisitos serán necesarios para integrar el tipo penal. En primer lugar, el menoscabo económico al erario público lo ha de ser por obligación tributaria preexistente, debiendo operar este requisito como presupuesto previo del delito en su integridad. En segundo lugar, la defraudación debe ser producida bien mediante la elusión del pago de tributos, bien mediante el disfrute indebido de beneficios fiscales.

La elusión del pago del tributo supone el quebrantamiento del derecho de crédito de la Hacienda por vía del no ingreso, total o parcial, de lo debido. Elusión es, pues, equiparable a evasión. Supone evitar la disminución patrimonial que conlleva el cumplimiento de la obligación tributaria material.

En relación con el vigente 319, y si bien se mantiene la descripción del elemento en los mismos términos, hay que señalar el notable perfeccionamiento técnico introducido por el PCP al sustituir el término "impuesto" por el de "tributo", obviándose de este modo el problema planteado por el actual art. 319, en el sentido de si la elusión tipificada lo es exclusivamente de los impuestos o, genéricamente, de todo tributo, tal y como la interpretación conjunta de los arts. 35 y 37 de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal da claramente a entender.

En cuanto a los medios de comisión, no ofrece duda que medio comisivo idóneo es la presentación de declaración falsa o inexacta tendente a la ocultación, total o parcial, del hecho imponible o de la exacta dimensión cuantitativa de las bases imponibles. Por lo que se refiere a la cuestión de si es posible la comisión por omisión y, más concretamente, a la posibilidad de incriminación de la falta de presentación de declaración tributaria, ha de afirmarse tal posibilidad,

(7) RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El nuevo delito fiscal", cit. pág. 709.

(8) RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El nuevo delito fiscal", cit. pág. 722.

en la medida que tal conducta constituye un "medio engañoso idóneo para inducir a error y, en definitiva, para defraudar a la Hacienda" (9).

Por otra parte, no puede considerarse incluido, desde luego, en el tipo la falta de pago de la deuda tributaria, puesto que no se da en este caso el requisito del engaño, esencial, como ya hemos visto, en la noción de defraudación. Quien declara correctamente no engaña, aunque después no ingrese lo debido. No hay, pues, en ese sentido fraude.

Tampoco podrá ser objeto de incriminación el fraude a la ley tributaria. Si bien lo que se intenta con tal conducta es efectivamente eludir el tributo, constituyendo por ello medio engañoso idóneo para producir la defraudación, el tratamiento legal de que es objeto el fraude de ley aleja a éste del campo de la represión penal. Tanto la regulación del fraude de ley en el Derecho común, como en el Ordenamiento Tributario (art. 6-4 del Código Civil y art. 24-2 de la Ley General Tributaria) consideran a éste como una figura típicamente civil. En este sentido, el fraude de ley supone una conducta antijurídica, no tipificada ni penal ni administrativamente y que, por tanto, se escapa a sanción de una u otra naturaleza (10).

Junto a la elusión del pago del tributo, otro de los modos de producir la defraudación consiste en el disfrute indebido de beneficios fiscales. En este caso, el perjuicio económico a la Hacienda Pública se produce como consecuencia del falseamiento de las condiciones de obtención del beneficio fiscal, lo que produce la reducción injustificada de la cuota tributaria.

Ante la ausencia de un concepto unitario de beneficio fiscal, habrá que entender por tal todo tipo de reducción, deducción, bonificación, exención y desgravación tributaria, incluyendo la desgravación fiscal a

(9) RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El nuevo delito fiscal", cit. pág. 718. "Se trata —afirma— de un deber de declarar jurídicamente sancionando que otorga a los órganos de la Administración tributaria el derecho a interpretar que la falta de declaración equivale a la afirmación de que el sujeto no se encuentra en la circunstancia que, según la ley, obliga a presentar declaración".

En contra de la posibilidad de incriminar la falta de presentación de la declaración tributaria, CORDOBA RODA, J., "El delito fiscal", cit., pág. 695.

(10) El RD 1919/1979, de 24 de junio, regula en desarrollo del art. 24-2 de la LGT, el procedimiento especial de declaración del fraude de ley tributaria. El procedimiento se configura como actuación administrativa exclusivamente encaminada al resarcimiento de lo defraudado, no llevando aparejada sanción, sino anulación de la liquidación efectuada como consecuencia del fraude de ley, y levantamiento de nueva liquidación ajustada a Derecho, a la que se aplican los intereses de demora.

la exportación (12), pero no las subvenciones públicas —cuestión planteada con respecto al vigente art. 319—, a la vista de la específica tipificación de que son objeto en el ya citado art. 371, PCP.

2. La cuantía de la defraudación o condición objetiva de punibilidad.

La condición objetiva de punibilidad se eleva en el proyectado delito a tres millones de pesetas, frente a los dos millones señalados en el art. 319 del Código.

Para el cálculo de esta cuantía se mantiene en el PCP idéntica fórmula que la contenida en el precepto vigente. En su virtud, si se tratare de tributos de carácter periódico, se estará a lo defraudado en cada período impositivo, y si éste fuera inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los tributos de carácter no periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación. Con arreglo a esta fórmula, no podrán ser acumuladas las sumas defraudadas por un mismo tributo en distintos períodos impositivos, en el caso de tributos periódicos, ni las defraudadas por distintos conceptos por los que puede ser liquidado un mismo hecho imponible, en el caso de tributos no periódicos, si bien una interpretación literal podría llevar a admitir la posibilidad de acumular lo defraudado por distintos tributos en un mismo período impositivo, en el caso de tributos periódicos, o la acumulación de lo defraudado por un mismo concepto referido a hechos imponibles distintos pero de la misma naturaleza, en el caso de tributos no periódicos. No obstante esta posibilidad interpretativa, parece clara la voluntad del precepto de determinar la cuantía de la defraudación en función de cada tributo y hecho imponible defraudado, por lo que no parece admisible la acumulación en ningún caso.

La cuantía de la defraudación, por otra parte, habrá de calcularse, no sobre la deuda tributaria, sino sobre la cuota líquida, computándose, por tanto, las deducciones legales, pero no los intereses demora, los recargos por aplazamientos o prórroga, los recargos de apremio ni las sanciones pecuniarias. Tampoco se computarán los recargos legales a favor de un ente público distinto del titular del tributo, puesto que el sujeto activo del delito es en este caso distinto, debiéndose computar, por el contrario, los recargos legales cuya titularidad coincida con la del tributo (12).

(11) Vid. GÓMEZ-DEGANO y CEBALLOS-ZUNIGA, J. L. "El delito fiscal", cit. pág. 277.

(12) Vid. DEL POZO LOPEZ, J., y ARNAU ZOROA, F., "Anotaciones sobre el delito fiscal", cit., pag. 412.

3. *Culpabilidad*

Para integrar el tipo del delito tributario será necesaria la presencia de dolo, no incriminándose, por tanto, la comisión culposa, que entrará en el ámbito de la represión administrativa. Esta conclusión se desprende tanto de la propia configuración del delito, como de la regla preceptuada en el art. 18 del PCP que establece que "las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley", no siendo éste el caso del delito del art. 370. Para la mayoría de la doctrina que se ha ocupado del 319 del Código, será suficiente la concurrencia de un dolo condicionado o eventual, habida cuenta del dolo específico implícito en la propia acción defraudatoria, característica aplicable al art. 370, dada la idéntica configuración de la defraudación en uno y otro precepto. En este sentido, conocido por el agente el carácter antijurídico de la acción que realiza, bastará que acepte como posible o probable la producción del perjuicio económico a la Hacienda.

Es de destacar, por otro lado, que desaparece la presunción de ánimo defraudatorio, contenida en el párrafo primero del art. 319, consistente en atribuir éste en los casos de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad o en los casos de negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria.

4. *Sujetos del delito*

Sujeto activo del delito lo será, en principio, el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Pero, con más precisión, la determinación del sujeto activo habrá de radicar sobre la distinción entre sujeto obligado a la prestación tributaria material y sujeto sobre el que recaen los deberes tributarios formales. Si bien ambos deberes normalmente coincidirán en una misma persona, ello no tiene por que ser así en todos los casos (13). En este sentido, y dado el carácter esencialmente engañoso de la defraudación, el sujeto activo de ésta no necesariamente será el titular pasivo de la obligación tributaria material, sino que, por el contrario, esta condición podrá recaer sobre quien tenga a su cargo los deberes tributarios formales, cuya infracción pueda provocar el engaño a la Hacienda.

La determinación del sujeto activo del delito en los supuestos de coobligación tributaria, responsabilidad solidaria, entes sin personalidad jurídica y personas jurídicas, deberá resolverse examinando si

(13) Vid. SANCHEZ SERRANO, L., "La declaración tributaria", Inst. Est. Fisc. Madrid, 1977, págs. 45 y ss.

quien produjo el engaño es el titular del deber tributario material o el titular del deber tributario formal, para el caso de que ambos no coincidan en una misma persona.

En esta línea deberá ser resuelta la cuestión de la responsabilidad penal por defraudación de rendimientos de la unidad familiar, supuesto que debe ser incluido en la categoría de la coobligación tributaria (14). No obstante todos los miembros de la unidad familiar son solidarios al pago del tributo y de las sanciones por infracciones tributarias, no todos ellos, e incluso no todos los que generan rendimientos, están obligados a declarar. No debiendo jugar en el campo penal, en base al principio de individualización de esta especie de responsabilidad, la declaración de solidaridad de los miembros de la entidad familiar, la imputación de la defraudación deberá recaer sobre el sujeto productor del engaño, sea éste el contribuyente o el declarante. En coherencia con ello habrá que proceder en la aplicación de la pena. Si la cuestión no ofrece duda en el caso de penas privativas de libertad, dos son las posibles soluciones para el caso de penas de índole pecuniaria: o bien atender, efectivamente, a la declaración de solidaridad de los miembros de la unidad familiar, o bien soslayar ésta, procediendo, en el caso de impago por el condenado, a aplicar una pena subsidiaria (art. 58 del PCP).

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, desaparecida en el art. 370 la fórmula contenida en el art. 319-3 del Código Penal —en virtud de la cual se establece una presunción “*iuris tantum*” de responsabilidad de los directivos de la empresa, para el caso de que el titular de la cuota defraudada o de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida sea una persona jurídica—, la cuestión de la responsabilidad penal de este tipo de entidades habrá de tratarse a la luz de las reglas generales que sobre esta materia se contienen en el propio proyecto, (art. 35), el cual atribuye a los administrados la responsabilidad por delitos en los que es la sociedad o entidad la que ostente la cualidad de sujeto activo del delito.

El sujeto pasivo del delito será la Hacienda estatal, autónoma —novedad con respecto al art. 319 del Código, como consecuencia de la nueva configuración del Estado— o local, titular del crédito defraudado.

(14) Vid. RAMALLO MASSANET, J., “La unidad familiar como sujeto en el Ordenamiento Tributario Español”, “*Rev. Esp. Der. Fin.*” n.º. 29 (1981), pág. 57. En cuanto al tema de las sanciones a los miembros de la unidad familiar, vid. págs. 64-65 y 74.

IV. PENALIDAD

La pena atribuida al delito fiscal consiste en sanción privativa de libertad y, en concurrencia con ella, sanción pecuniaria (art. 370-1).

En cuanto a la primera, desaparece la escala móvil en relación a la cuantía de la defraudación, establecida en el vigente art. 319, pasando a ser castigada la defraudación con pena privativa de libertad en todo caso, consistente en prisión de seis meses a tres años, según la gravedad de la defraudación. Por lo que se refiere a la pena pecuniaria, se sustituye el cálculo por porcentaje en función de la suma defraudada, por multa de seis a veinticuatro meses, en virtud del sistema de días-multa introducido por el art. 55 del PCP.

En caso de reincidencia penal, además de las penas señaladas, se impondrá al agente o a la persona por él representada —caso de personas jurídicas— la pérdida de todo beneficio fiscal y apoyo oficial económico y financiero, o bien la prohibición de obtenerlo durante un período de tres a cinco años (art. 370-3).

Por último, la gravedad de la pena vendrá determinada, dentro de los límites señalados, en función de la cuantía de la defraudación.

V. LA ACCION PENAL

El art. 37 de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal configura al delito fiscal como un delito semi-público, en el que la iniciativa de la acción penal corresponde exclusivamente a la Administración financiera. Por el contrario, el art. 370-4 del PCP cambia radicalmente la naturaleza de la acción penal, convirtiendo al delito tributario en un delito típicamente público, que puede ser perseguido de oficio, o por denuncia o por querrela, tanto de la Administración como de los particulares, acabando así con la monopolización de la represión del fraude fiscal por la Administración.

VI. AMBITO DE APLICACION DEL DELITO TRIBUTARIO

La existencia de una doble incriminación, penal y administrativa, del fraude fiscal —el art. 370 del PCP y los arts. 77 y ss. de la LGT—, operando sobre los mismos presupuestos fácticos, hará preciso delimitar el ámbito de aplicación de uno y otro tipo sancionador.

Como ya se ha expuesto, del art. 370 del PCP se infiere que, para ser penalmente recriminable, la defraudación habrá de ser, por una parte, igual o superior en cuantía a tres millones de pesetas y, por otra, habrá de tener carácter doloso. La ausencia en el Libro III del PCP ("Faltas y sus penas") de alguna especie de falta fiscal, determina que las infracciones que no reúnan los dos requisitos apuntados deberán ser objeto de represión administrativa, con arreglo a los criterios que para las infracciones tributarias señala la LGT.

En este sentido, se concluye que podrán ser objeto de incriminación penal las defraudaciones dolosas de cuantía igual o superior a tres millones de pesetas, en tanto que las defraudaciones culposas de tres o más millones y las inferiores a esta cuantía, bien sean culposas o dolosas, entrarán en la órbita de la represión administrativa.

EL JUEZ DE VIGILANCIA

VICENTE ORTEGA LLORCA

Magistrado

A pesar de que la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 de Septiembre de 1870, todavía vigente, proclama en su artículo 2 que "La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los Jueces y Tribunales", lo cierto es que, tradicionalmente, la función de "ejecutar lo juzgado", en lo relativo a las penas privativas de libertad, ha venido siendo ejercida de modo directo por la Administración penitenciaria, sin que el Juez o Tribunal sentenciador, una vez ordenado el ingreso del reo en la prisión para el cumplimiento de la pena, interviniera, más o menos directamente, sobre el modo, lugar, condiciones, ó régimen en que dicha pena privativa de libertad se ejecutaba.

Era directamente la Administración penitenciaria quien, prácticamente desvinculada del Tribunal sentenciador, se encargaba de ejecutar el pronunciamiento. La clasificación del penado, la progresión o regresión de grado penitenciario, la determinación del establecimiento penitenciario donde debía cumplirse la pena, los traslados de un establecimiento a otro, las sanciones disciplinarias a los internos, la aplicación de beneficios penitenciarios y el licenciamiento definitivo

eran actividades puramente administrativas, no sometidas especialmente al control Jurisdiccional, sino solo genericamente por vía del recurso contencioso-administrativo. Todo lo más el Tribunal sentenciador debía informar, como sucedía con la concesión de la libertad condicional, o ser informado, como en los casos de traslados o licenciamiento.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 117-3, recoge, con nueva redacción, el principio, ya reconocido por la citada L. P. O. P. J., de ejecución de las sentencias por el propio Poder Judicial, al establecer que "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

No obstante, a diferencia de lo acontecido hasta entonces, los principios informadores del nuevo Estado de Derecho que nace con la Constitución, suponen ya un tratamiento más riguroso —con mayor rigor científico y jurídico— de las penas privativas de libertad, tal como se desprende, en particular, de sus artículos 24-1, al reconocer a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, 25-2, al marcar la orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, y 25-3, al privar a la Administración civil de la facultad de imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Se manifiesta el cambio de orientación, en primer lugar, en el elevado rango de la norma reguladora del sistema penitenciario, hasta ahora incorporado a normas emanadas del Poder Ejecutivo, que, desde 1849, utilizó la vía del Decreto para regular con detalle la ejecución de las penas privativas de libertad, con las solas excepciones de las someras referencias contenidas en los artículos 990 a 994 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 84 y 85 del Código Penal. Por primera vez en nuestra historia legislativa las Cortes regulan la vida en las prisiones, y lo hacen, reconociéndole su exacta trascendencia, por medio de la norma del más alto rango legislativo, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria, que, como una prueba más de la importancia del tema, fue la primera que se aprobó tras la promulgación de la Constitución de 1978.

La citada Ley Orgánica General Penitenciaria (en lo sucesivo, L. P.) incorpora a nuestro ordenamiento jurídico una figura hasta ahora

desconocida, la del Juez de Vigilancia, que tiene sus antecedentes en la Regla 56-2 del Consejo de Europa, que afirmó que: “el respeto a los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional, por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria”, en la que se inspiraron los artículos 68 y siguientes de la Ley penitenciaria italiana y el artículo 2 de la Ley n.º. 1.097, de 22 de Noviembre de 1978, que modificó el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal francés, en los que se configuró esta autoridad judicial con funciones y facultades análogas a las que le otorga nuestra Ley. (1)

La Regla 56-2 del Consejo de Europa, arriba transcrita, admitía que el control de la ejecución de penas privativas de libertad se ejerciera “...por una Autoridad judicial o cualquier otra autoridad... no perteneciente a la Administración penitenciaria”, y, habiendo optado nuestra L. P. por encomendar a los Jueces tal control, se plantea la cuestión de si el ejercicio de éste es función propiamente jurisdiccional o, por el contrario, tiene naturaleza administrativa.

La primera respuesta se nos presenta como la más ajustada, no solo por la naturaleza del órgano, incardinado en el Poder Judicial, a quien se atribuye el control, sino porque sus competencias suponen verdadero ejercicio de la función jurisdiccional, en cuanto que proclama el Derecho aplicable, y resuelve conflictos entre partes —la Administración penitenciaria, por un lado, y los reclusos, por otro—.

La competencia territorial de los diecisiete Jueces de Vigilancia se fijó en el Acuerdo del Consejo General de 9 de Julio de 1981, publicado en el B. O. E. del 22 del mismo mes, que atribuye la condición de Juez de Vigilancia Penitenciaria, salvo excepciones —San Fernando (Cádiz), Ceuta y Ocaña—, a determinados Jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social, para los establecimientos penitenciarios sitos en un ámbito diverso, que abarca desde un solo municipio —caso de Ceuta— hasta los territorios de dos Audiencias Territoriales —caso de La Coruña—, aunque, en general, se pretendió hacerlo coincidir con el territorio de una Audiencia Territorial —casos de Valencia, Las Palmas, Palma de Mallorca, Barcelona, Granada, Albacete y Cáceres—.

La L. P., su reglamento y los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial hablan siempre de “Instituciones Penitenciarias”

(1) GARCIA VALDES, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*.

(artículo 1 L. P.), “establecimientos penitenciarios” (artículo 7 L. P.) y “Centros Penitenciarios” (artículo 378 R. P.), sin que en ningún lugar se defina qué se entiende por tales. Con lo cual cabe plantear la cuestión de si, por lo que ahora nos interesa, la competencia del Juez de Vigilancia abarca exclusivamente a los centros dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, o, por el contrario, se extiende a otros en los que también se custodian personas privadas de libertad, tales como los Depósitos Municipales, los Centros Hospitalarios no dependientes de la referida Dirección General, los calabozos policiales y las prisiones militares.

En cuanto a los Depósitos Municipales y los Centros hospitalarios no penitenciarios, a los que el R. P. se refiere en sus artículos 378 y 379, únicamente para regular los gastos de alimentación y estancia a cargo de la Administración Penitenciaria, no cabe duda alguna de que están sometidos al control jurisdiccional del Juez de Vigilancia. En primer lugar porque, tanto en unos como en otros, puede haber no solo detenidos, sino también presos e, incluso, sentenciados (artículos 378, 142 y 379 R. P.), respecto a los cuales el Juez de Vigilancia asume las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores (artículo 76-2 a) L. P.), y, en segundo lugar, porque los internos en Centros hospitalarios no penitenciarios siguen dependiendo administrativamente del Establecimiento penitenciario en que con anterioridad estuvieren reclusos (artículo 142-2 R. P.).

Respecto a los calabozos policiales, la limitación contenida en el artículo 17.2 de la Constitución, y la inexistencia, por tanto, en ellos de un régimen penitenciario propiamente dicho, parece excluir la intervención del Juez de Vigilancia, lo que, evidentemente, no supone la ausencia de control jurisdiccional, que, entendemos corresponde, en el caso de que en tales calabozos se viole algún derecho de los detenidos, al Juez de Instrucción competente.

Por lo que se refiere a las Prisiones Militares, cabrá distinguir entre internos a disposición de la Autoridad Judicial ordinaria e internos a disposición de la Autoridad Judicial militar. Respecto a los primeros no nos cabe duda alguna de que el Juez de Vigilancia ordinario, único existente hasta ahora, resulta competente en cuanto asume las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores (artículo 76.2 a) L. P.). Por lo que respecta a los sometidos a la Jurisdicción castrense, la independencia de ésta respecto de la ordinaria, y la regulación específica de las Prisiones militares por Real Decreto de 22 de Diciembre de 1978, parecen excluir la intervención del Juez de Vigilancia ordinario.

La competencia personal del Juez de Vigilancia abarca a todos los internos de los centros sometidos a su jurisdicción. No obstante, cabe distinguir entre presos preventivos y penados, pues si bien respecto de estos últimos la competencia del Juez de Vigilancia es plena, en cuanto a los primeros se limita a aprobar las sanciones de aislamiento en celda por más de 14 días, resolver los recursos que formulen sobre sanciones disciplinarias, proteger sus derechos fundamentales y oírles en las visitas al Centro.

Ha podido plantear algún problema de interpretación el ámbito de la competencia personal respecto de los no militares presos o penados por la Jurisdicción castrense, que se hallen reclusos en Establecimientos penitenciarios dependientes de la Dirección General. La ausencia de distinciones en el artículo 76 de la L. P. entre internos sometidos a una u otra jurisdicción, el vacío legal que se produciría al no existir un Juez de Vigilancia Militar, y la ausencia de argumentos defendibles para hacer de peor condición, negándole la protección jurisdiccional, al penado por los Tribunales militares, avalan la tesis de que el Juez de Vigilancia ostenta respecto de ellos las mismas competencias que le corresponden respecto de los presos o penados por la jurisdicción ordinaria.

Tampoco existe obstáculo para reconocer a los Jueces de Vigilancia competencia respecto de los detenidos en Centros Penitenciarios durante el plazo de setenta y dos horas en que, de acuerdo con el artículo 17.2 de la Constitución, 186 del Código Penal y 17.2 de la L. P., pueden permanecer en calidad de tales sin ser puestos a disposición judicial, porque la regulación de la Ley y el Reglamento Penitenciario no distingue, como antes apuntábamos, entre internos a disposición de unas u otras autoridades.

No pueden plantearse cuestión alguna respecto a presos a disposición de la autoridad gubernativa, por el simple hecho de que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y por imperativo de sus artículos 17. 2 y 25.3, cualquier detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas sin excepción alguna, salvo lo previsto por el artículo 55 de la propia Constitución. De modo que resultaría ilegal y presuntamente punible el mantenimiento de situaciones como las respaldadas por el Decreto de 14 de febrero de 1974, cuyo artículo 30.1 otorgaba facultades al Director General de Seguridad y a los Gobernadores civiles o Delegados del Gobierno para prolongar la detención de una persona extranjera sujeta a expulsión del Territorio Nacional, más allá del plazo de las setenta y dos horas.

Facultades éstas que deben entenderse suprimidas a virtud de la disposición derogatoria 3 de la Constitución. Por todo ello, en el supuesto de que se mantuviera alguna de aquellas situaciones, el Juez de Vigilancia deberá dar cuenta al Juez de Instrucción competente quien, sin perjuicio de depurar las responsabilidades penales en que se hubiera incurrido, habra de "dar protección a los perjudicados", en cumplimiento del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que supone en este caso ordenar la inmediata libertad del ilegalmente privado de ella.

La competencia funcional, viene establecida en el artículo 76 de la L. P., que, tras una declaración genérica.

"El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, revolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse". Artículo 76. 1

concreta las funciones específicas a él encomendadas, en el punto dos, que puedan clasificarse en tres grupos:

1º) Las que hasta entonces correspondían a los Jueces de Instrucción y Tribunales sentenciadores.

"Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores." Art. 76.2 a)
 "Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal." Art. 76. 2 h).

2º) Las que correspondían a las Salas de lo Contencioso-Administrativo en su función jurisdiccional de control de los actos administrativos.

"Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias." Art. 76,2 e).
 "Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los

recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado". Artículo 76, 2, f).

3º) Las que la normativa anterior atribuía a la Administración penitenciaria, a pesar de hallarse esencialmente vinculadas al régimen de ejecución de la pena privativa de libertad.

"Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan". Art. 76, 2, b).

"Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena". Art. 76, 2, c).

"Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días". Art. 76, 2, d).

"Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos". Art. 76, 2, g).

"Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado". Art. 76, 2,

i).

"Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento". Art. 76, 2, j).

Por último el artículo 77 de la L. P. encomienda al Juez de Vigilancia la facultad de formular propuestas al poder ejecutivo tendentes al perfeccionamiento del sistema penitenciario.

"Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior de los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto." Artículo 77.

Esta figura del Juez de Vigilancia que, como antes apuntábamos, se creó por la L. P., de 1979, no ha entrado en funcionamiento hasta el

primero de octubre de 1981, por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de Julio de 1981 (B. O. E. de 6 de agosto de 1981), que complementó otro propio Consejo, adoptado el 9 de Julio anterior, en base a la autorización que le confirió la disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981.

Tal era la necesidad sentida por el Organismo de Gobierno del Poder Judicial y por los propios Jueces y Magistrados de que quedara sometida al control jurisdiccional la vida en las prisiones que no supuso obstáculo a la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Vigilancia la inexistencia de infraestructura —no se ha creado realmente un nuevo Juzgado, sino que se ha atribuido una nueva competencia a los ya existentes—, ni la ausencia de normas procesales y orgánicas.

La carencia de normas procesales expresas, que regulen la actuación del Juez de Vigilancia, pues el artículo 78 L. P. se remite a leyes procesales y orgánicas aún no promulgadas y los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a que se remite la disposición transitoria primera de la L. P. son insuficientes, obliga a la integración del ordenamiento aplicable, exigida por el artículo 1º-7 del Código Civil, atendiendo a los Principios Generales del Derecho, y mas específicamente a los del Derecho Procesal, que se concretan en las garantías constitucionales inherentes a toda actividad jurisdiccional.

En tal sentido, cobran aquí neta aplicación las notas que impone a todo proceso el artículo 24 de la Constitución:

- Que no se produzca indefensión.
- Derecho a la asistencia y a la defensa de Letrado.
- Derecho del recluso a ser informado.
- Publicidad adecuada
- Prohibición de dilaciones indebidas.
- Posibilidad de utilizar medios de prueba pertinentes para justificar la pretensión del recluso.

Por otro lado, del artículo 124-1 de la Constitución cabe extraer la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos, en cumplimiento de la misión, a este encomendada, de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley y procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social.

LAS FORMAS Y LA IMPUGNABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE VIGILANCIA

LADISLAO ROIG BUSTOS
Abogado fiscal

INTRODUCCION

La aparición de la Ley Orgánica 1/79 de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la promulgación del posterior Reglamento de Real-Decreto 1201/81 de 8 de mayo, ha venido a alterar, en ocasiones sustancialmente, determinados aspectos de la vida y régimen carcelario, siendo quizás una de las mayores de dichas alteraciones la de encomendar a órganos judiciales prerrogativas y facultades que hasta entonces correspondían a órganos de la Administración. Pese a ello, y pese al amplio y complejo articulado del Reglamento penitenciario, uno de los principales problemas que la aplicación práctica de la normativa ha llevado consigo es la absoluta falta de normas procesales en las que encauzar la actividad judicial, ya que las remisiones que las disposiciones transitorias 1ª de la Ley y 5ª del Reglamento hacen a la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo es tan solo a determinados artículos que hacen referencia a las visitas a los establecimientos penitenciarios y a la sustitución de funciones antes encomendadas a los Tribunales sentenciadores. Temas como las formas de las resoluciones judiciales,

la posibilidad de recurrirlas, o el órgano para conocer en su caso de dicho recurso, son hasta el momento obviados legalmente y es a ese silencio legal al que se dirigen estas páginas, utilizando como elemento de trabajo la propia L. E. Criminal por entender es el derecho supletorio al que acudir, vía a la que alude las prevenciones que la Presidencia del Tribunal Supremo comunicó a los Jueces de Vigilancia, afirmando que "resulta procedente que el Juez de Vigilancia encauce formalmente su actividad... atendiendo a los principios generales del Derecho y más concretamente del Derecho Procesal", criterios y principios que "pueden ser inducidos con las adaptaciones necesarias de la L. E. Criminal".

I. FORMA DE LA RESOLUCION JUDICIAL

Al Juez de Vigilancia de Ley General Penitenciaria (L. G. P.) le encomienda específicamente sus funciones el artículo 76-2, donde junto a las que podríamos calificar de genéricas, apartados a) y g), y junto a la función de visita a los establecimientos penitenciarios, apartado h), le asigna otras misiones de resolución, ya sea en una primera instancia, apartados b), c), d), i) j), ya sea en una segunda instancia, apartados e) y f). En aquellos casos reseñados la función del Juzgado de Vigilancia no queda limitada a dar un visto bueno o una aprobación a una decisión ya previa adoptada por la Junta de Régimen y Administración del Establecimiento Penitenciario, sino que ésta, la Junta, lo que hace es proponer al Juzgado de Vigilancia ya sea la libertad condicional, ya los beneficios penitenciarios, ya las sanciones de aislamiento por más de 14 días, ya permisos de salida a los penados, ya el traslado de internos (si bien éste es tema más dudoso); pues bien, frente a estas propuestas de la Junta, el Juez lo que hace es resolver en 1ª instancia, y ello en virtud de un expediente en el que se practican todas aquellas diligencias que se estimen pertinentes, además de aquellas otras que por Ley o Reglamento deban aplicarse obligatoriamente (así, escuchar al interno al que se propone una sanción). Ello significa que el Juez no puede sin más decidir, tanto más que en multitud de ocasiones (en el procedimiento sancionador podría hablarse de generalidad) el expediente incoado se convierte prácticamente en contradictorio. Las Prevenciones del Tribunal Supremo, de su Presidencia, a las que aludimos en el preámbulo, afirman cómo en este procedimiento "es evidente que el interesado y la Administración pueden articular prueba", afirmando igualmente que "se garantizarán siempre la contradicción y la intermediación. En

suma, el sistema normal del enjuiciamiento criminal". Todo ello obliga al Juzgador a dar por probados unos supuestos fácticos, a veces con discrepancia de parte sobre ellos, y a razonar al interno y a las demás partes en el expediente (el Ministerio Fiscal entre ellas) el por qué de su resolución, el por qué de la norma que, positiva o negativamente, va a aplicar, el por qué, en definitiva, ha llegado a una solución legal en base a los datos y argumentos que, por unos u otros, le han sido presentados.

Esta exigencia de que la resolución judicial sea motivada es aún más evidente en los supuestos de los apartados e) y f) del artículo 76-2 de la Ley, en donde por el Juzgado de Vigilancia se resuelve en 2ª instancia y por vía de recurso decisiones adoptadas por las Autoridades Penitenciarias y en las cuales no parece caber duda de que por el Juez de Vigilancia debe justificarse, a la vista de la resolución recurrida y de las alegaciones y pretensiones del recurrente, el por qué de la aceptación o denegación de dichas pretensiones.

A todo ello debe unirse la naturaleza de los derechos de los internos a la que las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia afecta (la propia libertad en el caso de la libertad condicional), lo que hace excluir la forma de "providencia" a la que el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal refiere como resoluciones de "mera tramitación", estableciendo para ellas unas simples fórmulas de redacción en las que se excluye cualquier tipo de motivación justificativa de ella. Excluidas igualmente las sentencias por su propia naturaleza, queda solamente la fórmula del "auto" como modelo a adoptar las resoluciones judiciales del Juzgado de Vigilancia, y ello no sólo por razones de tipo excluyente, si no porque el propio artículo 141 de la L. E. Crim. exige la fórmula de autos para las demás resoluciones que según las leyes deben fundarse.

II. ATACABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES. TIPO DE RECURSO

Si contemplamos la L. E. Crim. a la que acudir como derecho supletorio ante el silencio de la Ley y Reglamento Penitenciario, y si en ella nos fijamos particularmente en las normas relativas a los jueces de Instrucción por ser los más similares a los de Vigilancia, en cuanto órganos unipersonales cuya misión se centra claramente, aún con distinto cometido, en el ámbito penal (recordemos cómo las preven-

ciones de la Presidencia del Tribunal Supremo se remite a la L. E. Crim.), observamos cómo el artic. 216 afirma expresamente que podrán ser recurribles todas las resoluciones y entre ellas, evidentemente, las providencias. ¿Cabe pensar que la Ley admita un recurso contra la providencia dictada por un Juez de Instrucción, resolviendo un tema de mera tramitación, y que por silencio de la Ley no quepa recurso contra una resolución, un auto si aceptamos la tesis anterior, de un Juez de Vigilancia? El Artic. 217 admite la reforma, el recurso de reforma, contra *todos* los autos del Juez, y el artic. 218 permite el recurso de queja contra *todos los autos no apelables* del Juez.

Dicho de otra forma, todas las resoluciones emanadas de los Jueces de Instrucción son susceptibles de recurso, reforma a sustanciar por el mismo Juez *a quo*, y todos los autos dictados por los mismos Jueces son susceptibles de un doble recurso, reforma por aplicación de la norma genérica, y apelación o queja, según se admita específicamente o no por la Ley, a sustanciar ante un Tribunal Superior. Una única excepción existe a estas normas genéricas, la de los jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y ello en el único sentido de los tipos de recursos que caben contra sus resoluciones, no en el sentido de que éstas no puedan ser atacadas.

Aceptar las tesis de que las resoluciones de los Jueces de Vigilancia no son recurribles al nada decir en este punto la normativa penitenciaria sería no sólo crear una figura judicial nueva en nuestro derecho, la del Juez que falla en única instancia sin posibilidad de ulterior recurso, sino una quiebra en los principios generales que informan nuestro derecho Procesal Penal y a los que ya hemos aludido.

Otro argumento que permite afirmar la posibilidad de recurrir las resoluciones de los Jueces de Vigilancia estriba en que la propia L. G. P. y su Reglamento admiten los recursos contra las decisiones de los órganos administrativos penitenciarios; así, los artículos 50-2, 44-2 y 3 y 57 e) y f) de la Ley, y los artículos 6, 17, 124, 132 y 134-3 del Reglamento, nos hablan del derecho de los internos a interponer recursos concediendo precisamente al Juez de Vigilancia la facultad de resolver dichos recursos. Cabe así interponer recurso contra las decisiones que la Junta y Régimen de la Administración realice sobre sanciones de aislamiento en celdas por menos de 14 días, sanciones que se establecen a través de un procedimiento que en nada se diferencia de las sanciones del mismo tipo por más de 14 días, salvo en el órgano decisor (Junta y Juez) y en la intervención del Ministerio Fiscal. Aparecería así el dislate de que mientras cabe recurso contra sanciones

de inferior grado, serían inatacables aquellas resoluciones de una mayor intensidad, no solo ya las sanciones de aislamiento por más de 14 días, sino la libertad condicional, los permisos de salida a los penados por más de dos días o la aplicación de los beneficios penitenciarios. Y esta diferenciación de las resoluciones tendría como única justificación exclusivamente la cualidad judicial del órgano resolutorio. ¿Puede estimarse esa cualidad judicial del órgano unipersonal decisor como base suficiente para fundar la diferencia de la inatacabilidad de sus resoluciones? ¿Basta esa judicialidad en el órgano decisor *único* para garantizar plenamente el restablecimiento, en uno u otro sentido, de la relación jurídica atacada?

Dos son en principio las objeciones que se pondrían plantear a este tema; la primera de ellas es la diferencia existente en los temas a resolver por el Juez de Vigilancia y aquellos otros a resolver por los demás jueces unipersonales, fundamentalmente en orden de los derechos en conflicto en uno y otro caso. Pero considerar que los derechos afectados por las resoluciones de los Jueces de Vigilancia son inferiores a los derechos afectados por las resoluciones de los demás jueces, entendemos no se ajusta a la realidad; volvemos a insistir en los temas a que afectan las resoluciones de los Jueces de Vigilancia, no ya la propia libertad material en los supuestos de libertad condicional, sino la privación de auténticos derechos en las sanciones de aislamiento, derechos que en la práctica son de mayor intensidad que muchos otros que, aún preventivamente, pueden ser privados por auto, recurribles siempre, por el resto de los Jueces.

Otra objeción basada en lo manifestado al principio de este epígrafe radicaría en la posibilidad de recurrir también los autos dictados por el Juez de Vigilancia en 2ª instancia, lo que supondría un alargamiento en un procedimiento que por su propia naturaleza debe estar presidido por la rapidez. Sin embargo los presupuestos en este caso varían precisamente porque aquí lo que el juzgador hace es fallar en 2ª. instancia, es decir, ya no falla por primera y única vez, sino que estudia y resuelve una resolución previa. Ya no se da el supuesto especial de un órgano que falla por primera vez y cuyo fallo es inatacable, tema que es precisamente el que el legislador ha querido evitar a través de los sistemas de recurso. En este caso ya hay unos presupuestos y unas alegaciones previas, una primera resolución, un ataque a dicha resolución formulado en el recurso y una segunda y posterior resolución, lo que en definitiva parece cumplir los deseos del legislador de que en ningún caso pueda existir un único e inatacable fallo. Al haber dos resoluciones, una de la Administración y otra judicial, hay consecuentemente una limitación en las posibilidades de

error y, a la vez, una mayor garantía en el adecuado reestablecimiento de los derechos afectados.

Respecto al tipo de recurso que cabe interponer contra las resoluciones que los Juzgados de Vigilancia dicten en 1ª instancia (valga esta expresión civilista), las mismas argumentaciones reseñadas al principio de este párrafo son válidas para admitir los recursos de reforma y de queja. Rechazado el recurso de apelación por imperativo legal ante el silencio de la Ley penitenciaria (el art. 217 de la L. E. Crim. afirma que este tipo de recurso únicamente podrá interponerse en los casos admitidos por la ley) nada se opondrá, admitidas las anteriores tesis, para que contra las resoluciones a las que se refieren los apartados b), c), d), i), y j) quepa interponer los recursos de reforma y el de queja, con los mecanismos y formalidad que la propia L. E. Crim. exige.

III. TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO

Si aceptamos la tesis de interponer el recurso de queja, está claro que debe ser resultado por el tribunal superior; pero ello sigue sin aclararnos qué se entiende por tribunal Superior del Juzgado de vigilancia, ni qué criterios de competencia debe seguirse.

Una primera respuesta parece inclinarse a que el órgano competente para conocer de este recurso de queja es aquel que conoce del asunto, delito o falta, por la que el sujeto se encuentra internado en prisión, ya sea preventiva o ejecutoriamente condenado. Por esta tesis se inclina claramente las prevenciones de la Presidencia del Tribunal Supremo, al afirmar que las atribuciones del Juez de Vigilancia "es obvio atañen a situaciones que dimanen de la ejecución" afirmando que "parece claro que sea el órgano judicial que lo ha emitido (el fallo condenatorio) quien daba resolver agotando la instancia, los recursos jurisdiccionales contra las decisiones emitidas por el Juez de Vigilancia". Sin embargo esta tesis tiene una serie de inconvenientes que pasamos a exponer en base a los siguientes argumentos:

a).- Las funciones encomendadas a los Jueces de Vigilancia cabría dividirías en dos grupos, dejando aparte el h) referente a la visita a los establecimientos. Un primer grupo que se podrá considerar en principio conectado al fallo condenatorio o auto de prisión y que incluirá el apartado a) (ejecución de sentencia-*asumiendo* las funciones

que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores), el apartado b) (libertad condicional) y el apartado c) (beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de condena). Y un segundo grupo que incluiría el resto de las funciones y que se nos aparece como totalmente desconectado del fallo condenatorio; así, apartados d) y e) (sanciones), apartado f) (clasificación inicial y progresión y regresión de grado), apartado g) (quejas sobre régimen y tratamiento penitenciario), apartado i) (permisos de salida) y apartado j) (traslado a establecimiento cerrado). ¿Qué relación de conexión existe entre un penado por la Audiencia de Orense que insulta en la prisión de Carabanchel a un funcionario? Y la misma pregunta podría hacerse sobre la relación existente en los demás supuestos que hemos incluido en este segundo apartado. La respuesta está en que la única relación existente estriba en que si el penado está en prisión lo está en virtud de una resolución judicial, auto o sentencia, pero nada más. ¿Tiene tanta fuerza ese nexo? ¿Se puede decir que estamos ante una situación que dimana de la resolución judicial? ¿Y si el penado en la Audiencia de Orense está en Carabanchel para celebrar un juicio en la Audiencia de Madrid por el que se halla en situación personal de libertad? Valga estas preguntas como meros ejemplos de la cantidad de supuestos que de la realidad y de las funciones antes reseñadas se pueden derivar.

Pero incluso las funciones que hemos recogido dentro del primer grupo pueden verse afectadas por serias dudas sobre si son o pueden ser consideradas como incidencias en la ejecución de la sentencia, o más bien si su naturaleza es la de beneficios penitenciarios desgajados del propio órgano judicial emisor del fallo. La propia libertad condicional ha tenido hasta la fecha esa naturaleza, de beneficio penitenciario, cuyo otorgamiento correspondía hasta la entrada en vigor de la nueva legislación penitenciaria a órganos de la Administración (Ministerio de Justicia o de Defensa), correspondiendo al Tribunal sentenciador un mero informe previo sobre la conveniencia o inconveniencia según su libre criterio de su aplicación. Tras la entrada en vigor de la L. G. P. y del Reglamento esa concesión se atribuye al Juez de Vigilancia, pero ello no modifica su naturaleza, del mismo modo que las sanciones de aislamiento, las clasificaciones y los traslados a régimen cerrado no han cambiado en cuanto a su naturaleza intrínseca por el hecho de que ahora el órgano decisor sea un Juez; la libertad condicional, como los demás beneficios penitenciarios siguen siendo eso, beneficios penitenciarios, si bien su concesión ya no se otorga a órganos de la Administración, sino a órganos judiciales.

b).- El dislate jurídico que supondría que un órgano judicial inferior al Juzgado de Vigilancia revocase una decisión de este lo que

además estaría en contra del artic. 219. L. E. Crim. regulador del recurso de queja y que atribuye su regulación al Tribunal superior. Piénsese en quien está cumpliendo una pena de arresto menor en virtud de sentencia dictada por un Juez de Distrito y de quien se impondrá una sanción en celda de aislamiento por 16 días. ¿Puede ser considerado un Juez de Distrito en Puridad de principios orgánicos "Tribunal superior" de un Juez de Vigilancia?

c).- La ruptura de conexión entre los hechos, al existir la posibilidad cierta de que por unos mismos hechos resolviesen los recursos interpuestos distintos Tribunales. Piénsese en un motin carcelario en el que intervienen siete reclusos que realizan los mismos hechos. Si los siete reclusos están en prisión por distintos delitos que se sigan en distintos Juzgados, y a los siete se les impone por el Juez de vigilancia la misma sanción y los siete recurren, ¿no se ilógico que puedan ser siete Tribunales distintos los que resuelvan cada uno de dichos recursos? Ello supondría una ruptura de los hechos y la inseguridad que pueda derivarse de resoluciones que muy bien pudieran ser distintas.

d).- Lentitud.- Una de las características que la aceptación de la interposición del recurso lleva consigo es la rapidez en su sustanciación y resolución, y así el artic. 124 del Reglamento afirma que los recursos que se interpongan contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento serán de tramitación urgente y preferente. Todo ello esc contrario a la solución de que sea competente para conocer del recurso el órgano que dictó la resolución por la que el interno afectado está en prisión. Piénsese en un interno, penado o preventivo, a disposición de la Audiencia de Sevilla al que se le sanciona con 16 días de aislamiento en celdas en la prisión de Palma de Mallorca. Quien impone esa sanción no cabe duda es el Juez de Vigilancia de Baleares conforme a la L. G. P. En caso de recurso, ¿puede el Fiscal de Baleares por sí interponer recurso ante la Audiencia de Sevilla? ¿Debe remitirse todo el expediente al Fiscal de Sevilla para que sea él en su caso el que interponga el recurso? Ambas respuestas afirmativas llevaría consigo la ruptura de las normas genéricas sobre competencia. ¿Cómo puede el Fiscal de Baleares actuar ante los Tribunales de Sevilla? ¿Cómo puede el Fiscal de Sevilla, conforme a lo ya argumentado en el apartado a) conocer los hechos, desconectados del asunto principal, cometidos en Palma? Y de otro lado, ¿qué sistema se arbitraría para remitir todo lo actuado y recogido en el expediente sancionador al Tribunal que conoce del asunto delictivo para que éste lo conociera y resolviera en un periodo de tiempo necesariamente corto?

Una tesis alternativa a la planteada dirige la respuesta hacia la Audiencia Provincial del lugar donde esté ubicado el establecimiento penitenciario en el que se encuentra el interno, y ello en base a los siguientes argumentos:

a).- Dada la cualidad de los órganos judiciales a quienes se ha encomendado las funciones del Juzgado de Vigilancia, no parece dudoso que al no haberse creado un órgano específico por la Ley, el Tribunal inmediatamente superior al Juez de Vigilancia es la Audiencia Provincial dentro de la escala de órganos judiciales provinciales existentes en nuestras leyes. En vía penal, órgano superior a los tribunales unipersonales son el Juez de Instrucción respecto a los Jueces de Distrito y la Audiencia Provincial respecto de los Jueces de Instrucción, con la única excepción de los Juzgados de Peligrosidad y ello en virtud de leyes específicamente aplicables. Si acudimos a vías analógicas es evidente que los Jueces de Vigilancia no pueden equipararse a los Jueces de Distrito y sí a los Jueces de Instrucción.

b).- La unidad de resolución en caso de pluralidad de internos sometidos a una misma sanción por unos mismos hechos y la mayor rapidez en la tramitación del recurso no es necesario explicitarla.

c).- Existe igualmente un nexo legal que permite llegar a la solución reseñada y es que la propia L. G. P. sigue el criterio de la territorialidad a la hora de encomendar estas funciones al Juez de Vigilancia, funciones que se extienden a todos los internos que se hallen en los establecimientos penitenciarios del territorio donde el Juzgado de Vigilancia extiende su competencia, sin distinguir entre aquellos sujetos a órganos judiciales de la provincia donde ejerce su jurisdicción de aquellos otros pendientes de otros órganos judiciales de distintas provincias. Y ello resulta lógico, pues no tendría sentido no visitar o no aceptar las quejas de este tipo de internos. ¿Cómo va el Juez de Vigilancia de Baleares a negarse a recibir las quejas por el trato no adecuado que un preso pendiente de Valencia recibe en el establecimiento penitenciario de Palma? Y en otro sentido no parece posible que los Jueces de Vigilancia puedan desplazarse por los centros penitenciarios del todo el país donde puedan estar internados presos sometidos o pendientes de los Tribunales del mismo lugar que donde tenga la sede dicho Juez de vigilancia.

La consideración de que con esta tesis se cercenarían las facultades del Tribunal sentenciador, al quedar limitadas a la mera imposición de la sentencia y, claro es, de la pena, entendemos que es cierta pero no que se drive la tesis acabada de exponer, sino de la propia L. G. P., que es quien atribuye al Juez de Vigilancia las funciones que antes

tenían dichos Tribunales, que no por poder conocer de un recurso que sólo hipotéticamente va a ser interpuesto van así a recobrar sus facultades. En la propia libertad condicional, los requisitos exigidos por el artículo 98 del Código Penal son de una parte requisitos matemáticos (encontrarse en el último periodo de condena y haber extinguido tres cuartas partes de ésta), requisitos que por otra parte corresponde comprobar ya al Juez de Vigilancia, y los otros dos requisitos lo son de discrecionalidad desconectada de los hechos origen de la condena y del fallo condenatoria mismo (merecer dicho *beneficio* por su intachable conducta y ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad), requisitos que además por su particularidad parecen exigir la intermediación de quien va a otorgarlos o denegarlos.

Finalmente como resumen de este trabajo y a la espera de que salgan unas normas procesales que regulen de manera específica esta materia, cabría articular en base a los argumentos expuestos una deducción formulada en esquema de norma:

“Las resoluciones de los Jueces de Vigilancia a que se refieren el artículo 76-2 de la L. G. P. revestirán la forma de auto.

Contra los autos que resuelvan las funciones a que se refieren los apartados a) , b), c), d), i) y j) del artículo 76-2 de la L. G. P. cabrá la interposición del recurso de queja, previo el de reforma, con sujeción a las normas previstas en la L. E. Criminal, sustanciándose ante la Audiencia Provincial del lugar donde esté ubicado el establecimiento penitenciario donde resida el interno.”

NOTAS SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CLERO

MANUEL GARCIA FERNANDEZ
Prof. Adjunto de Derecho del trabajo

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es casi tónica hoy, la afirmación de que los sistemas de seguridad social tienden a garantizar la seguridad económica de los ciudadanos. Más exactamente: la Seguridad Social proporciona una renta adicional en circunstancias, o contingencias, en las que se genera una falta de ingresos —por ejemplo, en la vejez— o un exceso de gastos —por ejemplo, las cargas familiares—, o ambas cosas a la vez paradigmáticamente, las situaciones de enfermedad. Un sistema de seguridad social así concebido equivale a un sistema de protección globalizada de la población. Y a este concepto se aproxima considerablemente toda configuración del “derecho a la seguridad social” como un derecho público subjetivo, que es lo que en definitiva, viene dándose en las constituciones actuales, entre ellas la española (art. 41). Desde luego, no cabe duda de que el clero forma parte, y plena, de esa población a proteger.

Ocurre, sin embargo, que este concepto de Seguridad Social se convierte en un desideratum a medio realizar en la instrumentación técnica del sistema. La Seguridad Social presta una cobertura particularizada no solo en relación a determinadas contingencias sino en función de la actividad socioprofesional desarrollada por los sujetos protegidos y en base, siempre, a la consideración de una previa periodicidad en el desarrollo de esta actividad. Sobre tales principios se asienta la estructura de su financiación, lo que supone, ya, una restricción importante en relación a ese "desideratum" de protección global, por cuanto la acción protectora del sistema se extenderá sólo en la medida en que se considere al sujeto "profesional" y no al sujeto "ciudadano" necesitado de su cobertura, lo que puede excluir, y ha excluído, de la protección del sistema a considerables capas de la población.

Consecuencia inevitable de esta instrumentación es la "fragmentación" de la solidaridad. Los colectivos profesionales tienen estructuras demográficas, económicas y jurídicas distintas y por ello, distintas posibilidades financieras. La relación activos/inactivos en la industria es completamente distinta que en el agricultura. Aun dentro de la industria se hace necesario efectuar ciertas diferenciaciones en función del ciclo económico, ya que hay industrias en recesión e industrias en expansión. Aparece así la distinción entre los denominados "régimenes" de la Seguridad Social, por lo común un "Régimen General" que abarca a los trabajadores de la industria y el comercio y una serie de "régimenes especiales" cuya diferenciación se efectúa en función de las posibilidades económicas y equilibrio financiero de determinados colectivos sociales, tantos como interese en relación a estas posibilidades y el mantenimiento de tal equilibrio. Innecesario es decir que unos regímenes son más "generosos" que otros; el Régimen General suele serlo más que ninguno, y no sólo por sus posibilidades financieras. Conviene no olvidar que los primeros seguros sociales se instrumentaron, precisamente, para paliar la situación de los estratos más duramente tratados por los procesos de industrialización, los trabajadores por cuenta ajena de la industria y la minería.

La estructura de la Seguridad Social hace fácilmente comprensible que su acción protectora no haya alcanzado hasta tiempos recientes al clero católico o a los ministros de otras confesiones religiosas. Sencillamente, su actividad no puede considerarse como "actividad socioprofesional" en el sentido en que este concepto tiene, no ya en la Seguridad Social, sino en todo nuestro Ordenamiento Jurídico. El ministerio sacerdotal no es, precisamente, una actividad que resulte en prestaciones evaluables de bienes o servicios, cualquiera que sea su

título, por cuenta ajena y bajo dependencia, o por cuenta propia, con o sin dependencia. La prestación fundamental del Clero, aparte actividades secundarias, no supone adición a la producción nacional que permita detracciones específicas para la cobertura de determinadas necesidades de ese específico colectivo. Ni económica ni jurídicamente parecía, así, viable la cobertura del clero por parte de la Seguridad Social, cuanto menos por medio de sus técnicas específicas, fuera ya de lo que pueda conceptuarse como fines últimos del sistema.

Por otro lado ese "factor diferencial" ha pesado decisivamente en el mantenimiento del Clero. El problema es otro, naturalmente, en las Iglesias protestantes, especialmente en las evangélicas o la anglicana. Pero la Iglesia Católica parte de su misma configuración como "sociedad perfecta", dotada de los medios precisos para la realización de su misión en la esfera que le es propia, distinta de la del Estado —y ahí se enraiza el extrañamiento del clero de una obra tan estatal como es la Seguridad Social— y, entre ellos, el mantenimiento del culto y sus ministros. Conocida es la posición mantenida por la Iglesia en cuanto al derecho que asiste a sus ministros de vivir del ejercicio de su ministerio (1); lo que supone la subvención de los fieles y en la práctica histórica la formación de dotaciones con sus correspondientes rentas, los "beneficios", para la manutención del clero. El sistema benefical se correspondía plenamente con el criterio de suficiencia mantenido por la Iglesia; lógicamente, excluía toda intervención del Estado en el sustento del clero como no fuera la propia a las demás personas jurídicas: donaciones u prestaciones de tipo similar. La desamortización y después el Concordato de 1853 impusieron una participación importante del Estado en la financiación del culto y del clero pero sin cambiar por ello la naturaleza del sistema benefical. El trato económico era de Estado a Estado, no del Estado a las personas consagradas al ministerio eclesiástico (2). Tal sistema excluía, per se, al clero del nascente sistema de seguros sociales, centrado, por lo demás, en prestaciones cuya causa era absolutamente ajena a la función sacerdotal, vg. los accidentes de trabajo.

(1) Reafirmado en el Viejo y el Nuevo Testamento; recuerdese las enérgicas afirmaciones del Apóstol de los Gentiles en I Corintios, 9, 4-15. Pese a ello, San Pablo trabajó con sus manos para ganarse el sustento, y haciendo mención de su habilidad en el oficio.

(2) Conviene aquí traer a colación la aguda observación del Alexis de Tocqueville; el proceso desamortizador colocó al clero nacional (francés, aunque podría decirse también español) en mayor dependencia de la Santa Sede ya que las rentas eclesiásticas dependían en mayor medida de los tratos diplomáticos, que de los bienes raíces sitos en el seno de la Comunidad en la que ejercía el clero su ministerio.

Las preocupaciones eclesíásticas por la cobertura de determinadas situaciones consideradas como objeto típico de la acción protectora de la Seguridad Social se inician, precisamente, con la crisis del sistema benefical. Esta crisis es la que afecta a todos los sistemas de capitalización de rentas moderadas: la imposibilidad de hacer frente con el ahorro individual a situaciones de necesidad que suponen una carencia de ingresos por la falta de actividad. Esto era así especialmente con relación a la invalidez, a la que se asimila la vejez en el extremo que impide fácticamente el ejercicio del Ministerio sacerdotal. Recuérdese que en sus inicios la protección de la vejez en los sistemas de seguridad social se asimiló a la de invalidez. A la crisis del sistema benefical hay que añadir el evidente decaimiento de la solicitud de los fieles en torno al clero, solicitud que permitió en otro tiempo cubrir, o al menos paliar, la situación de los sacerdotes en tales estados de necesidad. El mantenimiento de los sacerdotes ancianos o enfermos empezó a ser un problema colectivo.

Los obstáculos, pese a ello, para incorporar al clero al sistema de la Seguridad Social parecían insuperables por las razones antes apuntadas. La reclamación de un sistema de cobertura de las situaciones de invalidez empezó a ser una aspiración sentida por el clero diocesano, especialmente, pues las Ordenes religiosas y los Institutos de todo género, por su misma naturaleza, cubrían minimamente aquellas situaciones. Se inicia así un "movimiento" mutualista entre el clero diocesano que cristalizará en la constitución de organizaciones mutualistas normalmente en el seno de circunscripciones diocesanas particularizadas. Por lo que se refiere a España, y aquí se centrará la exposición en lo sucesivo, el movimiento mutualista del clero se inició ya antes de la guerra civil y tuvo especial incidencia en las diócesis catalanas (3). Con posterioridad a la contienda, se extendió la organización mutualista, acogiéndose a lo dispuesto en la ley de 6 de diciembre de 1941 sobre mutualidades de previsión social.

La mutualidad del clero supuso una cobertura mínima aunque insuficiente. Este cobertura se ampliaba, al menos en determinadas regiones de España, con las prestaciones del mutualismo general al que podían acogerse los sacerdotes como cualquiera otros particulares, mutualidades cuyo nivel de eficacia y calidad eran comprobadamente

(3) Téngase en cuenta que fué también en Cataluña donde el movimiento mutualista tuvo mas arraigo, por no decir casi único, en España. La primera Ley sobre Mutualidades de previsión social sería la promulgada por la Generalidad de Cataluña para su territorio el 22 de mayo de 1934. Sobre el tema, mi trabajo "Mutualidades". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, pgs. 767 y 768.

altos, en algunos casos. Conviene, sin embargo recordar que el desarrollo del mutualismo privado solo ha sido verdaderamente importante en Cataluña y algunos puntos dispersos de la geografía española. Por lo común el incremento del mutualismo se actuó a través de la mutualidades laborales integradas en el sistema oficial de los seguros sociales y constituidas en base a la agrupación forzosa de colectivos laborales muy específicos, características estas que excluían toda posibilidad de incorporación del clero. Tales carencias no hicieron sino acrecentar las aspiraciones del clero diocesano. Y, efectivamente, a partir de los años sesenta lo que era aspiración se convierte en franca reivindicación (4).

Naturalmente, el hecho de que el Estado fuese declaradamente confesional ni quitaba ni añadía nada a los obstáculos de orden político, económico y jurídico que impedían la incorporación del clero en el sistema de seguros sociales. El camino se veía en realidad, despejado solamente por la profunda transformación que sufre el sistema a partir de 1963. La promulgación del Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 25 de abril de 1966, oficializó técnicamente el criterio de una Seguridad Social abierta para todos los españoles, bien a través del "régimen general", bien a través de los "régimenes especiales" creados o a crear según las específicas situaciones de los colectivos afectados. La doctrina no se ha cansado de señalar lo mucho que de aspiración tenía el criterio y sus deficiencias en cuanto a instrumentación efectiva, alguna de ellas inevitable. Pero por lo menos una aspiración, la del clero, comprensible aunque muy problemática, se sujetaba en buena parte a la amplitud de criterios que tuviesen Iglesia y Estado —sobre todo este último— en la consideración del clero como un "colectivo socioprofesional".

No cabe duda que la evolución de la situación de la Iglesia en el cuerpo de la sociedad española en los últimos años ha influido decisivamente en los criterios de la Iglesia y también del Estado. La crisis del sistema benefical se ha agudizado, la renovación conciliar ha supuesto una mayor proporción de clérigos inactivos por razones de edad, agravada por un envejecimiento del clero motivado por la disminución de las vocaciones —aunque quizá el termino cualitativamente no sea el más apropiado— y por la dimisión de las órdenes por parte de muchos sacerdotes situados en la plenitud de la actividad ministerial. En tales condiciones debían acentuarse las insuficiencias

(4) Una detallada e interesantísima exposición del movimiento mutualista en el clero español y extranjero en G. Arimón: *El problema de la Seguridad Social del Clero*. Facultad de Teología de Barcelona, Ed. Herder, 1976, en esp. pgs. 169 y ss.

del mutualismo y, correlativamente, la aspiración a una cobertura integrada en lo común de la población. El Estado, por su parte, no podía permanecer indiferente ante tales cambios; sobre todo porque los "régimenes especiales" se multiplican hasta llegar a colectivos reducidísimos, plenamente marginales en su incidencia económica (5) y, desde luego, mucho menos importantes socialmente que el clero. Hacia mediados de la década de los setenta se dan las circunstancias propicias para superar todos los obstáculos. Y, efectivamente, el Real-Decreto 2398/1977 de 27 de agosto regula por primera vez la seguridad social del Clero Católico al que han de añadirse los ministros de otras Iglesias y Confesiones religiosas debidamente inscritas en el correspondiente Registro del Ministerio de Justicia. Esta regulación se dejaba, sin embargo, a desarrollos reglamentarios, salvo para los Clérigos diocesanos a los que se asimiló, sin más, a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General. Esto fué así, probablemente, porque esta asimilación no era excesivamente problemática sino hasta donde los titulares de las respectivas Diócesis quisieran; mientras que la asimilación de los miembros de Ordenes religiosas, Institutos y, desde luego, las confesiones no católicas lo era mucho más, como la experiencia ha venido a demostrar (6). De hecho, además, se venía a resolver lo que verdaderamente urgía, como ya ha quedado dicho.

El prometido desarrollo reglamentario no llegó jamás. Y no llegó porque la aprobación de la Constitución de 1978 y la política seguida en las relaciones entre el Estado español y la Iglesia Católica variaron sustancialmente las bases de su colaboración. El Concordato fué sustituido progresivamente por una serie de acuerdos siendo el firmado sobre asuntos económicos en fecha de 5 de diciembre de 1979 el que más interesa a lo que aquí se trata, pese a que su articulado nada contiene ni directa ni indirectamente, en relación a la Seguridad Social del clero (7). La aprobación de la Constitución impuso la aconfesiona-

(5) Se llegan a arbitrar, entre otras, régimenes especiales para escritores de libros, toreros, artistas, jugadores profesionales de fútbol... colectivos, en suma, de menor peso social que el clero y en algunos casos, con específicos criterios de subsidiariedad.

(6) Téngase en cuenta que hay Comunidades religiosas en estado de casi latencia, otras que han menguado considerablemente en España, aunque mantengan sólidas relaciones en Hispanoamerica u otras partes del Globo. Por su parte, la mayoría de los "Pastores" protestantes —por utilizar un término poco técnico pero omnicompreensivo— trabajan, dada la situación de sus Iglesias en España o por la particular configuración de su ministerio. Tampoco hay que olvidar que bastantes clérigos diocesanos compatibilizan el trabajo con su oficio pastoral.

(7) Sobre el tema vid. Piñero, I. M. *La dotación de la Iglesia por el Estado en los nuevos acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español*. Ius Canonicum, Universidad de Navarra, vol XIX, n.º. 37, pgs. 303 yss. y textos del acuerdo, id. pgs. 300 a 303.

lidad del Estado español, sin perjuicio del mantenimiento de "relaciones de cooperación con la Iglesia Católica", especialmente valoradas en relación "a las creencias religiosas de la sociedad española" y con "las demás confesiones religiosas" (art. 16, 3, C. E.). Esto suponía, al menos en consideración de bilateralidad, la adopción particularizada en relación a las confesiones religiosas de las medidas que pudiesen alcanzar a sus ministros y de ahí que quedase definitivamente descartada una reglamentación uniforme de la seguridad social que afectase a la generalidad de los ministros de las distintas confesiones religiosas.

Reglamentación que por lo demás se hubiese mostrado difícilmente factible habida cuenta la pluralidad de situaciones a regular. El Decreto 2398/1977 preveía la asimilación de clérigos y ministros a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General en la futura reglamentación; esta asimilación hubiese colocado en situación de imposibilidad financiera de cumplir a buen número de órdenes e institutos religiosos, católicos y no católicos. La comprobación de esta realidad descartó, a su vez, la idea de considerar al clero como un "colectivo socioprofesional" uniforme; antes bien, la inclusión de los clérigos católicos en la Seguridad Social se ha efectuado en función de la adaptabilidad técnica de regímenes ya existentes a las peculiaridades de los distintos grupos y clases de ministros de la Iglesia Católica. De ahí la promulgación del Real Decreto 3325/1981 de 29 de diciembre por el que se incorpora en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena o autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica. Queda así establecida una diferenciación de regímenes de protección en función de las personas y su "status", como clérigo o religioso, en el seno de la Iglesia, regímenes cuyas características, en síntesis, se exponen a continuación.

II. CLERIGOS DIOCESANOS

Los clérigos diocesanos se asimilan a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General. Sujetos protegidos son, pues, los clérigos considerados como tales en el Código de Derecho Canónico, es decir, los que, al menos por primera tonsura han sido consagrados a los ministerios divinos y están debidamente adscritos a alguna Diócesis (Cánones 108 y III del Código). Las Diócesis son, precisamente, los "sujetos afiliantes" por cuanto asumen los derechos y obligaciones

establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social" (art. 4 del R. D. 2398/1977, en adelante D.C.S.S.) (8). Nunca mejor usada la terminología porque parece difícil que salvo el deber de afiliación, que facultativamente puede cumplir el mismo clérigo (art. 64, 2 L.S.S.), puedan hacerse efectivos todos los demás derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores en el Régimen General. Sujeto afiliador es el Instituto Nacional de la Seguridad Social y sólo dicho Instituto, con independencia de que las prestaciones por asistencia sanitaria puedan correr a cargo del Instituto Nacional de la Salud (9).

La cobertura alcanza a los sujetos afiliados y a los "familiares que tengan la condición de beneficiarios "según la contingencia protegida excluyéndose lógicamente, toda referencia a cónyuge y descendientes. La acción protectora no alcanza, sin embargo, la misma extensión que la habitual en el régimen general: quedan excluidas algunas contingencias. En primer lugar las prestaciones *económicas* por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional y subsidio por recuperación profesional. Las situaciones descritas son situaciones de transitoriedad, pese a que la invalidez provisional puede alargarse hasta un periodo de seis años y el legislador parece entender que, reservándose el beneficio, no se da la falta o disminución de ingresos socioprofesionales que acompaña a la situación de I.L.T. e Invalidez Provisional. Las rentas del beneficio sustituirán, también, el subsidio de recuperación profesional. Todo ello con independencia de que subsista la obligación de cotizar a cargo de la Diócesis en las situaciones fácticas que equivalgan a la I.L.T. o invalidez provisional, es decir, enfermedades de corta o larga duración sin secuelas invalidantes en más de un 33 por ciento de la capacidad profesional del sujeto protegido. Porque está claro que lo que sí queda cubierto —y es quizá la motivación económica de la norma— es la invalidez permanente en cualquiera de sus grados.

Se excluye, asimismo, la protección a la familia (art. 2,1 b D.S.S.C.). La protección a la familia comprende asignaciones por mujer, hijos, matrimonio y nacimiento (art. 167 L.S.S.). Habida cuenta la obligación de celibato que contraen los sacerdotes, esta exclusión es lógica, sin que tal lógica se vea perturbada por la extensión de la protección

(8) El Decreto fue desarrollado por O.M. de 19 de diciembre de 1977 y Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 27 de octubre de 1979 sobre criterios de aplicación del Decreto y la Orden Ministerial.

(9) Originariamente, el Clero diocesano se encuadró en la Mutualidad Laboral de Actividades Diversas (art. 4, 2, O.M.)

operada por la Seguridad Social en relación a la carga económica efectiva, pese a la irregularidad de los vínculos; y ello tanto por la específica idoneidad de los sujetos protegidos en orden a la acción protectora, como por la situación en que canónicamente quedarían de incumplir aquella obligación. Queda también excluida la protección por desempleo y ello por razones no menos obvias; la contingencia no puede darse. Entiéndase, evidentemente, en el sentido técnico-jurídico previsto en la legislación de la Seguridad Social.

En cuanto a las causas secundarias o riesgos, las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán en todo caso como común laboral, o profesional (art. 2,2 del D.S.S.C.) lo que tendrá su importancia en orden a la cuantía —menor— prevista para las prestaciones de invalidez permanente y supervivencia, aunque en este último caso reducida a la que se pueda causar a favor de familiares; sin que tampoco se cause derecho a percibir indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, reservadas a las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 140 L.S.S.).

La base única mensual de cotización para todas las contingencias y situaciones incluidas en la acción protectora estará constituida por el tope mínimo de la base de cotización vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 3,1 D.S.S.C.); es decir, el correspondiente en su cuantía al Salario Mínimo Interprofesional Garantizado (art. 74,4 L.S.S.), ahora mil veintisiete pesetas diarias, y 30.810 mensuales de acuerdo con lo establecido en el Real-Decreto 125/1982 de 15 de enero. El establecimiento "rígido" del tope deriva de la naturaleza misma del beneficio que no puede equipararse a las remuneraciones que habitualmente computan para la fijación de la base de cotización.

Finalmente, el tipo único de cotización será el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social, deducción hecha de las fracciones correspondientes a las contingencias de I.L.T. e Invalidez Profesional, protección a la familia y desempleo, excluidas de la acción protectora. El tipo resultante corre, en un 27'28 por ciento a cargo de la Diócesis y un 4'82 por ciento, a cargo del Clérigo protegido.

III. RELIGIOSOS DE LA IGLESIA CATOLICA

Los religiosos y religiosas quedan comprendidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos. Dicho Régimen Especial, previsto en el art. 10 de la L.S.S. está regulado por Decreto 2530/1970 de 20 de agosto (en adelante D.S.S.T.A.) norma que ha sido objeto de múltiples reformas hasta la fecha, Aun cuando el D.S.S.T.A. establece un concepto genérico de lo que se entiende por "trabajadores autónomos" de inclusión obligatoria en el Régimen, establecía también que serán considerados como tales aquellos otros grupos de trabajadores que reunieran características similares y que fuesen incluidos por Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo (art. 3,4). Este precepto/ha permitido la inclusión de numerosos colectivos profesionales: graduados sociales, agentes de seguros, titulares de oficinas de farmacia, agentes de la propiedad inmobiliaria, y otros. El precepto fué derogado por R.D. 2504/1980 de 14 de octubre. En lo sucesivo "la inclusión obligatoria en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de aquellos trabajadores de esta naturaleza que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten como requisito previo integrarse en un Colegio o asociación profesional se llevará a cabo a solicitud de los Organos superiores de representación de dichas Entidades y mediante Orden Ministerial. Tal disposición ha permitido la inclusión en el régimen entre otros, de los odontólogos, agentes de la propiedad industrial y economistas titulados. Es evidente que el Régimen de trabajadores autónomos cubre un conjunto muy heterogéneo de colectivos profesionales.

No es esta, sin embargo la cobertura normativa que ha permitido la inclusión de los religiosos, sino una asimilación no poco extraña a los socios de las cooperativas y empresas colectivas —querrá decirse de las sociedades regulares colectivas o los colectivos de las compañías en comandita (10). De todas formas, el procedimiento es irregular, despues de la reforma mentada, ya que se suprimió la facultad de que disponía el Ministerio de Trabajo, que es de la que se ha usado, precisamente, en este caso y un año después de su supresión... Ocurre que las necesidades son en ocasiones perentorias y en el preámbulo del R.D. 3325/1981 de 29 de diciembre se habla de "reiteradas peticiones" de las Conferencias Españolas de religiosos y religiosas...

(10) Según detalla el párrafo segundo del Decreto regulador.

Sujetos protegidos lo son los religiosos y religiosas; por tales hay que entender quienes son conceptuados como tales por el Código de Derecho Canónico (Canon 488). No todos, sin embargo, quedan incluidos en el campo de aplicación del régimen; solo aquellos que son españoles, mayores de dieciocho años y miembros de Monasterios, Ordenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida en Común de derecho pontificio y que estén inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y que, además, desarrollen normalmente su actividad en el territorio nacional y para la Comunidad Religiosa a la que pertenezcan, con exclusividad de cualquier otra actividad, bajo órdenes de sus superiores. La nota de exclusividad indica los límites de inclusión; se pretende proteger a los religiosos y religiosas plenamente dedicados a su Comunidad u Orden ya que, de otro modo les será de aplicación, con preferencia, el régimen de Seguridad Social propio a la actividad profesional que desarrollen, si ha lugar (art. 1,2 R.D. 3325/1981). De hecho la cobertura establecida viene a ser una cobertura "marginal" para los religiosos que no puedan acogerse a otro régimen de Seguridad Social.

Observese, además que la protección alcanza a los incluidos en religión "de derecho pontificio", no "de derecho diocesano"; es decir, en cuanto a estas últimas, aquellas ordenes o congregaciones que han sido erigidas por los Ordinarios sin que hayan obtenido decreto laudatorio de la Santa Sede. Ello, probablemente, en razón de la mayor entidad, y consiguientemente, estabilidad de los primeros. No obstante, el régimen especial será de aplicación a los religiosos de derecho diocesano, cuando así lo disponga el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Ministerio de Justicia y previa solicitud de la Conferencia Episcopal Española (Disp. Adic.). El procedimiento no deja de ser tan singular como el mismo Decreto.

La solicitud de afiliación corresponde a los mismos sujetos protegidos ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La cotización se efectuará de acuerdo con las normas de este régimen (arts. II y ss. del D.S.S.T.A.) aplicándose, asimismo, las normas referentes a recaudación y gestión. La aplicación de estas normas puede dar lugar a problemas de difícil solución, habida cuenta la naturaleza de muchas de estas Instituciones y la situación de los sujetos protegidos. Por de pronto, y pese a que la obligación de cotizar pesa exclusivamente sobre la base mínima, 32.000 ptas. en la actualidad, son ya bastantes las Comunidades que han anunciado la imposibilidad financiera en que se encuentran para satisfacer las nuevas cargas. De ahí que el Ministerio de Trabajo pueda "autorizar la concertación (11) de fórmulas de

(11) Manifiesta impropiedad del lenguaje; la palabra tiene un significado radicalmente diferente al que se deduce del texto legal.

colaboración en la gestión entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y los Monasterios, Ordenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida en Común y Conferencias de religiosos para las afiliaciones, altas, bajas cotización y recaudación de cuotas (art. 3, R.D. 3325/1981). Esta posibilidad será de gran ayuda, probablemente, para aquellas comunidades que arrastran una vida lánguida, recuerdo de otros tiempos, aunque sufra el rigor legal en la aplicación de los preceptos de observancia obligada del D.S.S.T.A.

La acción protectora de este régimen, que alcanza a las prestaciones económicas por invalidez, vejez, muerte y supervivencia, protección a la familia ayuda económica con ocasión de intervención quirúrgica, asistencia sanitaria a pensionistas y otras, incluidas las mejoras voluntarias, se aplica íntegramente a los sujetos protegidos, salvo en lo que se refiere a prestaciones que, por su naturaleza, no son de aplicación, como es el caso de las propias a la protección a la familia. Como quiera que para tener derecho a estas prestaciones se exige un período mínimo de carencia, se establece una aplicación progresiva de estos períodos, que acorta los plazos generalmente exigidos para el reconocimiento del derecho a la prestación que corresponda, de acuerdo con lo previsto en el art. 30,2 del R.D.S.S.T.A. Con independencia de ello, el R.D. 2325/1981 dispone un régimen transitorio de jubilación para los religiosos (hay que entender también las religiosas) que a su entrada en vigor tengan cumplida la edad de sesenta y cinco años, de acuerdo con una serie de condiciones que se especifican en la disposición correspondiente y cuya característica fundamental es dar por cotizado el período mínimo de carencia exigido mediante la aportación futura de las cuotas a cargo del pensionista, deducidas de la pensión correspondiente.

Indudablemente la aplicación de este régimen, como el régimen general al clero diocesano, se avera difícil. El trato dado a la Iglesia no puede ser, lógicamente, igual al de los empresarios y trabajadores y en esta brevísima exposición no cabe ni tan siquiera relación de los problemas insolubles, incluso los políticos, a que puede dar lugar la aplicación de muchos preceptos de la legislación de la Seguridad Social. Probablemente haya caminos más acertados para garantizar lo que, en definitiva, constituye la razón de ser del sistema de Seguridad Social en relación al colectivo sacerdotal: la seguridad económica ante las carencias provocadas por las situaciones de, o próximas a, la invalidez. El tiempo contrastará la eficacia de la inclusión operada recientemente; no parece que haya sido excesiva en sus antecedentes, aunque haya que acoger con cautela la afirmación por las disparidades que se registran en las diócesis españolas.

JOSEP M^a. QUINTANA, *Las autonomías y el título VIII de la Constitución.* Institut d'Estudis Balearics, Palma de Mallorca, 1982, 161 págs.

Presentar un libro significa adentrarse en un género indefinido y arriesgado. Existe la tentación de tomar la obra como simple pretexto para suplantar al autor y dar a conocer las líneas maestras del libro que uno quisiera haber escrito sobre el tema. El otro riesgo, tal vez mayor, es el de convertir la presentación en un ensayo de crítica profesional, apelando a la disección y al enjuiciamiento minuciosos.

Ni mis conocimientos me permiten amenazar con un trabajo propio sobre las autonomías, ni ostento título alguno que me legitime para el análisis crítico de la obra de Quintana. Estas circunstancias conjuran el peligro de que estas líneas de presentación sean algo más que unas reflexiones personales sugeridas por la lectura, fácil y sugestiva, del libro de Quintana.

Mi primera reflexión puede parecer un tanto insólita, quizá improcedente. Pero en unos momentos en que vivimos atenazados entre la nostalgia y la utopía; cuando, para borrar el presente, se invoca con aforanza un pasado que a posteriori se reinventa como perfecto e idílico, sin que —no hace falta decirlo— haya existido jamás tal perfección; cuando para huir de los compromisos del presente se exige la utópica solución inmediata con recetas que ni son posible ni constituyen solución de nada, entonces la lectura de una obra hecha a ras de tierra, desde un positivismo equilibrado, nos devuelve al terreno de la realidad, al “aquí” y al “ahora”, a ese plano menos gratificante que el de la ensoñación hacia el pasado o hacia el futuro, en el que se trabaja con seriedad y aplicación sobre la realidad inmediata.

Esta realidad es la Constitución y son las autonomías reguladas en el Título VIII de la misma. Ha quedado atrás el momento en que las autonomías eran el fruto de una reivindicación romántica y la Constitución un objetivo movilizador. Quintana se toma en serio las autonomías y la Constitución. Es el papel del jurista lúcido que, conocedor de la legitimidad de las normas, aspira a convertirlas en auténtico instrumento de convivencia y las trata con sobriedad, con naturalidad y con confianza. ¡Impagable servicio el que el jurista rinde a la sociedad con su respeto por las leyes y su interés por desentrañarlas!

En este caso, no se trata de un interés neutro. Quintana no es apolítico, sino hombre públicamente comprometido con unas ideas e incluso con unas siglas. Acercarse a la Constitución y, en concreto, a su Título VIII obedece a algo más que a la coyuntura favorable de una oposición bien preparada. Es una actitud que, en estos momentos de desánimo y desencanto, encierra un mensaje de rigor y seriedad aplicados a la constitución de una sociedad democrática y de un estado descentralizado.

Pese al aludido compromiso personal y a conocidas posiciones públicas del autor —especialmente en lo que se refiere a la estructura y funcionamiento de las instituciones insulares— la obra está escrita sin prejuicios políticos o científicos. Es un trabajo sencillo y elemental, fruto de un importante esfuerzo de sistematización y ordenación de una materia que, como es sabido, no constituye la página más afortunada de nuestra Constitución desde el punto de vista de la técnica jurídica. Por ello no es poco el mérito que encierra el logro de conseguir —porque sin duda se consigue— condensar en tan breves páginas el contenido esencial de la regulación constitucional de las autonomías y repasar los problemas doctrinales y políticos que su lectura y su aplicación suscitan.

Por ello es forzoso destacar que bajo esa apariencia de elementalidad no hay una obra fácil sino, como ocurre a menudo, el resultado de un esfuerzo tenaz y minucioso en la ordenación de un amplio catálogo doctrinal, cuyas oportunas referencias constituyen guía segura y fiable para el lector que quiera adentrarse en la profundidad de los problemas, sugeridos siempre en el momento y lugar adecuados.

Existen, sin duda, obras más importantes y completas en la materia que la de Quintana, pero ésta cobra un especial significado al margen de sus innegables virtudes intrínsecas y de la singular utilidad que encierra. Es una obra oportuna en el momento en que las Islas Baleares van a culminar su proceso autonómico. Porque es el momento en que hay que trabajar desde convicciones muy profundas, desde la fe más honda en la autonomía. Esta se nos presenta ahora despojada de todo el contenido político y polémico que ha constituido su aparatoso envoltorio hasta el momento de convertir unas imprescindibles aspiraciones en proyecto de ley orgánica.

Se acerca, por tanto, la hora del rigor máximo, del trabajo poco brillante de la integración de una norma estatutaria. Las competencias, las transferencias, el funcionamiento y regulación de las instituciones, van a consumir horas y

esfuerzos que sólo son capaces de ofrecer quienes profesan el optimismo del trabajo bien hecho y la serenidad del servicio anónimo y desinteresado. La política convencional se compadece mal con esas exigencias pero, sin duda, habrá que acercarse a la humildad y al realismo del jurista para abordar con éxito esta etapa de la construcción de nuestro futuro.

Esta obra, sencilla y realista (porque su propósito era serlo) es y debe ser punto de reflexión para que todos aquellos que hayan de participar en la apasionante tarea de levantar el edificio de nuestra Comunidad Autónoma lo hagan con el respeto y la fe en las normas constitucionales que rezuma el libro de Quintana.

Felix Pons

GREGORIO DELGADO DEL RIO, *Los Obispos Auxiliares*, Eunsa, Pamplona, 1979, 241 págs.

La obra que reseñamos se encuadra dentro del Derecho de la Organización eclesiástica, abordando una figura, ciertamente no nueva en la Iglesia, la del Obispo auxiliar, pero sí poco valorada, y a la que los canonistas no prestaron hasta ahora demasiada atención. Sin embargo, al prestársela el Vaticano II, principalmente bajo el prisma de colaborador del Obispo diocesano y de su función pastoral, el estudio del tema cobró actualidad, máxime en países como España donde la Santa Sede fue pródiga, en especial durante los años del Nuncio Mons. Dadaglio, en el nombramiento de Obispos auxiliares.

El relieve que ha ido cobrando desde entonces esta estructura orgánica y su afianzamiento con carácter permanente despertaron el interés del Prof. Delgado, enmarcándola en los diversos niveles de la organización eclesiástica, profundizando en su propia razón de ser y analizando las nuevas perspectivas y problemas de ahí suscitados.

El trabajo se ha sistematizado en cuatro capítulos: 1) Las funciones del Obispo auxiliar en el plano supradiocesano, esto es, en relación con la Iglesia universal y con la organización intermedia; 2) Las funciones en el plano diocesano, especialmente sus relaciones con los Vicarios generales y episcopales y con el Consejo episcopal; 3) El análisis de las circunstancias que aconsejan su nombramiento y el procedimiento adecuado para ello; 4) Una revisión crítica de la figura en la perspectiva organizatoria.

En todo momento el Prof. Delgado hace gala de un gran rigor en el estudio de las fuentes. Fundamentalmente centra su atención en las intervenciones de los Padres conciliares, la legislación posconciliar y el Derecho particular de una serie de diócesis españolas. Expone con claridad y argumenta con convincente lógica sus conclusiones. El estilo es ameno, didáctico, dentro de la aridez de un trabajo científico, y abunda en sugerencias de orden práctico.

esfuerzos que sólo son capaces de ofrecer quienes profesan el optimismo del trabajo bien hecho y la serenidad del servicio anónimo y desinteresado. La política convencional se compadece mal con esas exigencias pero, sin duda, habrá que acercarse a la humildad y al realismo del jurista para abordar con éxito esta etapa de la construcción de nuestro futuro.

Esta obra, sencilla y realista (porque su propósito era serlo) es y debe ser punto de reflexión para que todos aquellos que hayan de participar en la apasionante tarea de levantar el edificio de nuestra Comunidad Autónoma lo hagan con el respeto y la fe en las normas constitucionales que rezuma el libro de Quintana.

Felix Pons

GREGORIO DELGADO DEL RIO, *Los Obispos Auxiliares*, Eunsa, Pamplona, 1979, 241 págs.

La obra que reseñamos se encuadra dentro del Derecho de la Organización eclesiástica, abordando una figura, ciertamente no nueva en la Iglesia, la del Obispo auxiliar, pero sí poco valorada, y a la que los canonistas no prestaron hasta ahora demasiada atención. Sin embargo, al prestársela el Vaticano II, principalmente bajo el prisma de colaborador del Obispo diocesano y de su función pastoral, el estudio del tema cobró actualidad, máxime en países como España donde la Santa Sede fue pródiga, en especial durante los años del Nuncio Mons. Dadaglio, en el nombramiento de Obispos auxiliares.

El relieve que ha ido cobrando desde entonces esta estructura orgánica y su afianzamiento con carácter permanente despertaron el interés del Prof. Delgado, enmarcándola en los diversos niveles de la organización eclesiástica, profundizando en su propia razón de ser y analizando las nuevas perspectivas y problemas de ahí suscitados.

El trabajo se ha sistematizado en cuatro capítulos: 1) Las funciones del Obispo auxiliar en el plano supradiocesano, esto es, en relación con la Iglesia universal y con la organización intermedia; 2) Las funciones en el plano diocesano, especialmente sus relaciones con los Vicarios generales y episcopales y con el Consejo episcopal; 3) El análisis de las circunstancias que aconsejan su nombramiento y el procedimiento adecuado para ello; 4) Una revisión crítica de la figura en la perspectiva organizatoria.

En todo momento el Prof. Delgado hace gala de un gran rigor en el estudio de las fuentes. Fundamentalmente centra su atención en las intervenciones de los Padres conciliares, la legislación posconciliar y el Derecho particular de una serie de diócesis españolas. Expone con claridad y argumenta con convincente lógica sus conclusiones. El estilo es ameno, didáctico, dentro de la aridez de un trabajo científico, y abunda en sugerencias de orden práctico.

En la última parte, la más propicia a la interpretación personal y a la formulación de opiniones propias, se hace una valoración crítica de las propias estructuras diocesanas y se apuntan serias reservas a la misma figura del Obispo auxiliar, tanto en el terreno conceptual como en el constatado por la experiencia.

Estimamos esta monografía como una valiosa aportación a la rama del Derecho de la Organización eclesiástica. Imprescindible no sólo para los especialistas en el Derecho de la Iglesia, sino también, por su vertiente práctica, en el uso de las Curias y otras estructuras eclesiásticas de gobierno.

Antonio Pérez Ramos

MIGUEL POLAINO NAVARRETE, *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla 1979, 109 págs.

En opúsculo, aunque de denso contenido, aborda el autor la dogmática del término voluntarias como predicado de las conductas delictivas, llevando a cabo, al efecto, un estudio de los criterios hermenéuticos, sustentados por la doctrina científica, sobre "la noción técnica de la voluntariedad del concepto legal de acción penal".

Revisa en primer lugar la postura, mayoritaria, de quienes mantienen que la voluntariedad es momento intencional equivalente a dolo, dedicando a ello el capítulo más extenso (págs. 9 a 37) por el que desfilan separada y cronológicamente los sectores doctrinales personificados en De Vizmanos y Alvarez Martínez, Pacheco, Viada, Silvea (de cuya postura se ocupa especialmente el autor), Castejón, J. de Asúa, F. Sama... En términos generales tacha de imprecisas y oscuras las delimitaciones conceptuales que, con diversos matices, mantienen los citados, atribuyéndoles "excesiva unilateralidad y fragmentario radicalismo en que se hace residir el concepto de delito"; el legislador, de mantenerse esta postura, sigue diciendo Polaino, habría dado un "concepto parcial e imperfecto de delito, que sería merecedor de rechazo tanto doctrinal como normativo", llegándose por este camino a "desembocar en una auténtica aporía jurídica", pues, al no incluir las formas de imprudencia en la definición que del delito hace el artículo 1º, se estaría sancionando con una pena un comportamiento al que paradójicamente no se entiende como constitutivo de delito" (pág. 35).

En el capítulo que sigue centra el autor a quienes entienden la voluntariedad como momento psicológico indicativo de la mera espontaneidad o falta de coacción externa por parte de la persona que actúa, interpretación que posibilita que el concepto de delito con que se inicia el Código Penal englobe tanto las conductas intencionales como las imprudentes. Anotando los variados matices de quienes así se expresan, explaya especialmente la postura de

En la última parte, la más propicia a la interpretación personal y a la formulación de opiniones propias, se hace una valoración crítica de las propias estructuras diocesanas y se apuntan serias reservas a la misma figura del Obispo auxiliar, tanto en el terreno conceptual como en el constatado por la experiencia.

Estimamos esta monografía como una valiosa aportación a la rama del Derecho de la Organización eclesiástica. Imprescindible no sólo para los especialistas en el Derecho de la Iglesia, sino también, por su vertiente práctica, en el uso de las Curias y otras estructuras eclesiásticas de gobierno.

Antonio Pérez Ramos

MIGUEL POLAINO NAVARRETE, *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla 1979, 109 págs.

En opúsculo, aunque de denso contenido, aborda el autor la dogmática del término voluntarias como predicado de las conductas delictivas, llevando a cabo, al efecto, un estudio de los criterios hermenéuticos, sustentados por la doctrina científica, sobre "la noción técnica de la voluntariedad del concepto legal de acción penal".

Revisa en primer lugar la postura, mayoritaria, de quienes mantienen que la voluntariedad es momento intencional equivalente a dolo, dedicando a ello el capítulo más extenso (págs. 9 a 37) por el que desfilan separada y cronológicamente los sectores doctrinales personificados en De Vizmanos y Alvarez Martínez, Pacheco, Viada, Silvea (de cuya postura se ocupa especialmente el autor), Castejón, J. de Asúa, F. Sama... En términos generales tacha de imprecisas y oscuras las delimitaciones conceptuales que, con diversos matices, mantienen los citados, atribuyéndoles "excesiva unilateralidad y fragmentario radicalismo en que se hace residir el concepto de delito"; el legislador, de mantenerse esta postura, sigue diciendo Polaino, habría dado un "concepto parcial e imperfecto de delito, que sería merecedor de rechazo tanto doctrinal como normativo", llegándose por este camino a "desembocar en una auténtica aporía jurídica", pues, al no incluir las formas de imprudencia en la definición que del delito hace el artículo 1º, se estaría sancionando con una pena un comportamiento al que paradójicamente no se entiende como constitutivo de delito" (pág. 35).

En el capítulo que sigue centra el autor a quienes entienden la voluntariedad como momento psicológico indicativo de la mera espontaneidad o falta de coacción externa por parte de la persona que actúa, interpretación que posibilita que el concepto de delito con que se inicia el Código Penal englobe tanto las conductas intencionales como las imprudentes. Anotando los variados matices de quienes así se expresan, exploya especialmente la postura de

Groizard y dedica abundantes páginas (de la 50 a la 58) a “consignar determinadas limitaciones críticas” a estas direcciones, aún reconociendo “los aspectos positivos de esta construcción científica”

En otro apartado, que titula “la voluntariedad como momento del querer la acción comprensivo del dolo y de la culpa”, agrupa, diferenciándolas entre sí, las tesis, al respecto, mantenidas por Navarro de Palencia, Sañillas y Dorado Montero y unidas por el presupuesto de entender que la esencia de la voluntariedad es un momento de carácter psicológico que trasciende el ámbito de la relevancia jurídico penal.

Dedica unas páginas (de la 77 a la 83) a explicar, y criticar, la postura sustentada por Quintano de asimilar voluntariedad a imputabilidad, para a continuación referirse a quienes establecen el binomio voluntariedad-culpabilidad, haciendo aquí hincapié en la exégesis de Córdoba (voluntad opuesta, contraria, a la norma), con la que no se muestra de acuerdo ni en la formulación ni en “las supuestas ventajosas conclusiones” en orden a la restricción de la presunción de voluntariedad del párrafo 2º del artículo 1º del Código Penal.

Acaba el autor exponiendo su propia posición, que ya ha dejado entrever sobre todo en los apartados II y III, y que no es otra que entender la voluntariedad como capacidad de voluntad de la conducta personal, estimando “que la acción en sentido penal puede entenderse como una singular forma de comportamiento humano que se caracteriza por la capacidad de voluntad de actuación consustancial al ser racional, referida a un concreto acaecimiento que refleja externamente la personalidad del hombre, con independencia de la concurrencia o no de la libertad de voluntad personal, integrante de una problemática trascendente fuera del ámbito de la conducta”; y explica: “La acción no constituye en Derecho penal manifestación de la voluntad libre del sujeto humano, sino sólo una realización exterior que representa un acto de la persona, entendido como acaecimiento realizado por un ser humano en cuanto tal dotado de capacidad de voluntad reveladora de su personalidad”.

Concluye diciendo: “la variedad y discrepancia de las posibles interpretaciones que desde diversas perspectivas admite, más o menos convenientemente, el momento de la voluntariedad de las acciones y omisiones penadas por la ley consignado en el art. 1 del Código penal español, habida cuenta de las implicaciones dogmáticas que aquéllas comportan en distintos planos de la teoría del delito —como los correspondientes al tipo, a la imputabilidad y a la culpabilidad—, vienen a evidenciar que una situación normativa cual la vigente resulta científicamente inadmisibles, y hace preciso de manera ineludible un desarrollo de lege ferenda del principio de legalidad por completo congruente con las fundamentales exigencias de la seguridad jurídica, al servicio incondicionado de una sustancial satisfacción de las aspiraciones de la Justicia penal”.

RELACION DE LIBROS RECIBIDOS

- ALBIÑANA, C., *Sistema tributario español y comparado*, Biblioteca de Ciencias Empresariales, Ed. ICE, Madrid, 1981, 742 págs.
- ALONSO ALAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, Univ. de Valladolid, Valladolid, 1981, 798 págs.
- ARNAUD, A. J., *Critique de la raison juridique I. Oú va la Sociologie du droit*, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981, 229, págs.
- BALLESTEROS, J., CHOZAS, J., DE LUCAS, J., LLANO, A., PEREIRA-MENAUT, A. C., *Ética y política de la sociedad democrática*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1981, 323 págs.
- BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, (trad. de F. González Vicén), Ed. Aguilar, Madrid, 1980, 331 págs.
- CAPELLA, J. R., *Dos lecciones de introducción al derecho*, Univ. Central de Barcelona, Barcelona, 1981, 66 págs.
- CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Ed. Bosch, Barcelona 1981, 307 págs.
- CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, 363 págs.
- DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Univ. Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1981, 368 págs.
- DIAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed. (revisada) Ed. Taurus, Madrid, 1981, 543, págs.
- DIEZ RIPOLLES, J. L., *El Derecho penal ante el sexo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, 291, págs.
- ESCRIBANO LOPEZ, F., *Presupuesto del Estado y Constitución*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, 255, págs.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho financiero español*, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1981, 806 págs.
- GARCIA VITORIA, A., *El tipo básico de aborto*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982, 455 págs.
- HIERRO, L.L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1981, 389 págs.
- LOSANO, M. G. *Forma e realtà in Kelsen*, Ed. de Comunità, Milano, 1981, 466 págs.
- LOSANO, M. G., *Corso di informatica giuridica* (2 vols.), Ed. Unicopli, Milano, 1981, 543, págs.
- MARTINEZ PEREZ, C., *El delito fiscal*, Ed. Montecorvo, Madrid. 1982, 455 págs.
- REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, (trad. de G. Robles), Ed. Pirámide, Madrid, 1981, 197 págs.
- Revista Agora. Papeles de Filosofía*, nº. 1, Univ. de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1981, 318 págs.

- SAINZ CARRETERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General II. Ley Penal. El delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, 396 págs.
- SANCHO IZQUIERDO, M., y HERVADA, J., *Compendio de Derecho natural* (2 vols.) Ed. Eunsa, Pamplona, 1981, 378 págs.
- SIMON ACOSTA, E., y CARRETERO PEREZ, A., *Curso de introducción al sistema impositivo estatal*, Ed. CEURA, Madrid, 1981, 488 págs.
- ZAPATERO, V., *Socialismo y ética: textos para un debate*, Ed. Pluma-Ed. Debate, Madrid-Bogotá, 1980, 346 págs.

