

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**

(Directores)

VOLUMEN II

Dykinson, S.L.

ESTUDIOS JURÍDICO PENALES Y CRIMINOLÓGICOS

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ CANTERO CAPARRÓS
(Directores)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo II): 978-84-9148-818-7
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

AYER Y HOY EN LA TUTELA DEL HONOR DE LOS SUJETOS PÚBLICOS: DE LOS DELITOS DE DESACATO A SU ACTUAL PROTECCIÓN

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
Profesora Titular de Derecho Penal
(acreditada a Catedrática)
Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción. II. Visión general de los delitos de desacato. Su no incorporación al Código Penal de 1995. III. Figuras penales aplicables en sustitución de los desaparecidos desacatos. IV. Voces críticas con la derogación de los desacatos. El fallido intento de “recuperarlos” en 1997. V. Sujetos públicos y protección de su honor a través de la LO 1/1982. 1. Etapa anterior al Código Penal de 1995 en la que todavía estaban vigentes los delitos de desacato: preferencia de la vía penal sobre la civil. 2. Cambio de orientación: la STS 241/1991, de 16 de diciembre. 3. El nuevo Código Penal: desaparición de los delitos de desacato y régimen de perseguibilidad de las ofensas a funcionarios sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. Dualidad de vías. 4. Reforma del régimen de perseguibilidad en 2003: ¿vuelta a la preferencia penal frente a la civil? VI. Utilización del término desacato en la actualidad.

A mi querido maestro Lorenzo Morillas, un universitario ejemplar, a quien admiro y respeto por su entrega, dedicación y rigor académico

I. INTRODUCCIÓN

Cuando me planteaba qué tema abordar para un trabajo tan especial como este, pensé que sería emotivo reflexionar sobre el que fue objeto de la Tesis Doctoral que el Prof. Morillas me dirigió hace ya muchos años bajo el título “Los delitos de desacato en el Código Penal español”. Dicha elección presentaba el inconveniente de que los desacatos dejaron de existir cuando entró en vigor el Código Penal de 1995, aunque bien es cierto que todavía, tantos años después de su desaparición, presentan algunos aspectos interesantes que comentar. Sea como fuere estoy convencida de que la mejor forma de rendirle tributo a Lorenzo Morillas es publicar en su Libro Homenaje un estudio relacionado con la investigación que nos convirtió en maestro y discípula. He seleccionado algunas cuestiones que podrían resultar sugestivas, incluso versando sobre unas figuras penales que fueron pero ya no son;

que dos años después de su derogación suscitaron un intenso debate sobre la conveniencia de su reincorporación al texto punitivo, al menos parcialmente; y que, aún hoy, siguen estando presentes de alguna forma en las noticias de actualidad porque a actuaciones que no son penalmente desacatos se las denomina así.

II. VISIÓN GENERAL DE LOS DELITOS DE DESACATO. SU NO INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DE 1995

Para comprender la peculiar esencia de los delitos de desacato y las razones que han llevado a su eliminación en el vigente Código Penal, debe hacerse una breve exposición acerca de cómo se tipificaban los mismos en el texto penal derogado, cuál fue su origen y cómo ha sido su aplicación en España durante su último período de vigencia. Solo teniendo la visión global de estas figuras será posible entender los motivos que llevaron en su día al legislador a derogarlas¹.

El verbo *desacatar* se compone de *dos* vocablos diferenciados: según el Diccionario de la Real Academia Española “*des*” es un prefijo que “denota negación o inversión del significado de la palabra simple a la que va antepuesto” y “*acatar*” significa, según sus dos primeras acepciones, “tributar homenaje de sumisión y respeto”, así como “aceptar con sumisión una autoridad o unas normas legales, una orden, etc.”. Por su parte, dicho texto atribuye tres voces al término *desacato*. La segunda carece de relevancia a los efectos que estamos tratando² de forma que me centraré en la primera y tercera. La primera se describe como “falta del debido respeto a los superiores” y la tercera (aclarando que se trata de un significado jurídico) establece que “(E)n algunos ordenamientos, delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija”. La última definición transcrita coincide con lo que para nuestro texto punitivo era propiamente el desacato, pues tal delito se cometía cuando se *calumniaba, se injuriaba, se insultaba o se amenazaba* a una *autoridad* en determinadas circunstancias que, justamente, son las reseñadas por el Diccionario, puesto que: por una parte, era necesario que la autoridad fuera ofendida o amenazada, bien *cuando estuviera ejerciendo sus funciones*, bien *como consecuencia de las mismas* (“...con ocasión de ellas...” decía el art. 240 del antiguo Código Penal –ACP a partir de ahora–); y por otra, era imprescindible que tales ofensas o amenazas fueran vertidas a la autoridad *o en su presencia* (delante suya) *o en escrito dirigido a la misma*.

1 Para un análisis pormenorizado de los mismos, véase JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de desacato en el Código Penal español*, EDESA, Madrid, 1992.

2 “Irreverencia para con las cosas sagradas”.

Técnicamente hablando, solo este comportamiento descrito en el artículo 240 ACP se podía denominar con toda propiedad delito de desacato. Ello no obstante, a continuación se tipificaron en el Código Penal otra serie de delitos que, de forma usual, *recibieron también esa denominación*. Todos ellos se ubicaban en el mismo Capítulo del texto punitivo y estaban presididos por el mismo espíritu. Concretamente, se trataba de los delitos previstos en los antiguos artículos 244 y 245. El delito del art.245 era idéntico al del art. 240, con la *única diferencia* de que el *sujeto* al que se dirigían las ofensas o amenazas no era una autoridad sino un *funcionario público o un agente de la autoridad* (distinción esta última innecesaria puesto que los agentes de la autoridad son también funcionarios públicos a efectos penales). La figura del art.244 también era igual a la del art.240, incluso en lo que se refería al sujeto al que se ofendía o amenazaba (que seguía siendo una autoridad). ¿Dónde radicaba entonces la diferencia? Pues que en este caso, tales ofensas o amenazas debían ser realizadas *fuera de la presencia de la autoridad o en escrito no dirigido a la misma*. En conclusión, *en sentido estricto*, desacato era únicamente el que tenía como sujeto pasivo a la *autoridad* y solo en aquellos casos en que la conducta ofensiva o amenazadora se realizaba en su *presencia o en escrito dirigido a ella*. Desacato, por tanto, era solo el delito tipificado en el art.240. Fallando la condición de autoridad del sujeto afectado o no cumpliéndose el requisito de la presencia o el escrito dirigido, la conducta dejaba de ser desacato: fallaba la condición de autoridad si los sujetos ofendidos eran *funcionarios o agentes* (art.245: *desacato impropio por los sujetos*); no se cumplía el requisito de la presencia o escrito dirigido si la conducta se realizaba *fuera de la presencia* de la autoridad o *en escrito no dirigido* a ella (art.244: *desacato impropio por las condiciones*).

Pero, aunque esta era, a mi juicio, la interpretación correcta, *se extendió* la terminología de desacato (tanto por doctrina como por Jurisprudencia) a *los otros dos supuestos* (sobre todo al del art. 244). Así pues, *terminaron recibiendo la denominación de desacato todas las figuras* antes mencionadas. A partir de ahora me referiré genéricamente al desacato para designar ese conjunto de conductas. Debe advertirse, sin embargo, que las figuras penales de desacato no eran tan simples como se acaban de dibujar, ya que al margen de las indicadas, que son el núcleo, hay que tener presente que *existían sub-figuras* dentro de ellas que giraban en torno a circunstancias tales como la *condición de funcionario público del autor* de las ofensas o amenazas o la *jerarquía existente entre sujeto activo y pasivo* (sobre tales sub-figuras no se reflexionará en este trabajo).

Esbozada la configuración de los desacatos en el ACP, corresponde ahora concretar las *razones de su desaparición* del texto punitivo en 1995. Y aunque *resulte paradójico* la respuesta la vamos a encontrar en su propio *origen histórico*, que viene a poner de manifiesto su particular naturaleza y ofrece interesantes indicios acerca de los motivos de su derogación. Los desacatos

vieron la luz con la *Reforma del Código Penal de 1850*. Concretamente, fue un episodio protagonizado por el General Narváez el que hizo que se tipificaran por primera vez estas conductas. Según se relata, un cierto día del año 1849 el Sr. Narváez (entonces Presidente del Consejo de Ministros) tuvo una discusión con un contratista de obras, en la que este lo ofendió debido a su indignación por haber tenido que esperar demasiado tiempo para ser recibido. El contratista fue procesado por un delito de injurias, pero al General no le pareció bien que tal conducta fuera considerada un simple delito contra el honor. Narváez entendió que las ofensas dirigidas contra él no debían ser calificadas como un delito común de injurias, sino que tal conducta merecía ser regulada de forma específica por razón su carácter público, de forma que, a raíz de tal hecho puntual, decidió incorporar el delito de desacato al Código Criminal, lo que al parecer motivó que se emprendiera la reforma del CP de 1850. En este sentido se afirmó que: "...nuestro Código, contenía pocas disposiciones sobre este dudoso delito, cuando cierta conversación de un particular con un Ministro dio lugar a una reforma completa del Código, para evitar que en adelante ninguno se atreviera a tratar con estos funcionarios sino humillando la cabeza..."³. Para ANTÓN ONECA, "...la anécdota sorprende tanto por la susceptibilidad del contratista como por la ingenuidad de Narváez, quien para crear las figuras del desacato no necesitaba dejar memoria de su pequeña aventura..."⁴. Con estas citas, y otras muchas que podrían transcribirse, pretende mostrarse el *carácter netamente autoritario que presidió el nacimiento de los desacatos*, hasta el punto de que CORTINA, un autor de la época, pronosticó que: "...Sin riesgo de equivocación puede asegurarse que las más de estas reformas desaparecerán del Código cuando sea revisado, volviéndose a restablecer en sus antiguas disposiciones, y haciéndose cesar los fatales resultados que su variación ha producido..."⁵. ¡Qué lejos estaba de lo que habría de pasar en realidad!, ya que como puso de manifiesto GROIZARD: "...con dificultad habrá existido una reforma que más severas censuras haya provocado, y que haya tenido después más general asentimiento..."⁶. En efecto, con mínimas modificaciones, los delitos de desacato han llegado hasta nosotros (concretamente, hasta 1996 en que entró en vigor el nuevo Código) pasando casi sin inmutarse por Códigos Penales de todos los colores y signos políticos (autoritarios, liberales, repu-

3 GONZALEZ Y SERRANO, J.: *Apéndice a los Comentarios del Código Penal de Pacheco ó sea El nuevo Código*. 2ª edic. Madrid, 1876, p. 206.

4 ANTON ONECA, J.: "El Código penal de 1870" en *Anuario de Derecho Penal*, 1970, T.XXIII, p. 230.

5 CÁRDENAS ESPEJO, F. de: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*. Madrid, 1871, Apéndice III, p. 255.

6 GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo III. Art.136 a 348. Burgos, 1874, p. 474.

blicanos...) y logrando coexistir con una Constitución democrática durante sus últimos 17 años y medio de vida.

Durante el Régimen Franquista fue cuando mayor y más dura aplicación tuvieron. Se convirtieron en *uno de los instrumentos clave para fortalecer las relaciones de obediencia respecto del cuerpo elitista de las autoridades*. Y ello porque aun cuando se defendía que el bien jurídico tutelado por los mismos era el *principio de autoridad*, realmente se castigaba por desacato incluso cuando tal principio no se viera conculcado. Es decir, se sancionaba por desacato en cuanto se ofendía o se amenazaba a la persona que encarnaba la autoridad, pero sin comprobar que de forma efectiva se hubiera visto afectada su dimensión pública. Con tal *práctica judicial*, lo que se consiguió fue: de una parte, súper-proteger a determinados sujetos en atención a su cualidad pública; y de otra, fortalecer las relaciones de obediencia respecto del cuerpo de autoridades.

Resulta interesante destacar las ideas más relevantes que hasta ahora se han puesto de relieve acerca de los desacatos: su nacimiento en 1850 fue netamente autoritario; a lo largo de los años han seguido vigentes en los distintos Códigos Penales con escasas y mínimas modificaciones; durante la Dictadura de Franco fue cuando más se aplicaron y con un mayor rigor; y han coexistido con la Constitución de 1978 durante casi 18 años. Me centraré en esta última cuestión. Los mismos delitos que se aplicaron en la época franquista fueron los que heredamos en 1978 cuando se aprueba la Constitución y han sido los que han permanecido en vigor hasta el año 1995. A finales de los años 70, la mayoría de los penalistas esperaban que, entre las reformas penales que iba a desencadenar el cambio constitucional, estuviera la de los delitos de desacato, bien para hacerlos desaparecer o, al menos, para adaptarlos al nuevo modelo implantado en España. Y se esperaba tal reforma porque, con la Constitución en la mano, la súper-protección de determinadas personas en virtud de su “dignidad funcional” parecía intolerable. Podía afirmarse pues que, en una sociedad democrática, los desacatos eran una lacra que pugnaba con los pilares fundamentales que sustentaban su nuevo modelo constitucional, sobre todo porque el *uso que se había hecho de los mismos había derivado por efecto de la época franquista hacia la protección más estricta del principio de autoridad y de las personas que lo detentaban*, siendo indiferente lo verdaderamente importante: que la actividad pública se viera afectada por la conducta delictiva. Como es sabido, tal reforma nunca tuvo lugar, sino que fue ya el nuevo CP de 1995 el que eliminó de nuestro catálogo de delitos las figuras en cuestión. Por cierto, que no en todo momento se tuvo clara su eliminación entre 1978 y 1995. De hecho, los distintos Proyectos y Propuestas de Código Penal que se han sucedido durante ese período de tiempo siguieron manteniéndolos en su articulado: los contenía el Proyecto de 1980, la Propuesta de 1983, e incluso el Proyecto de 1992 (antecedente inmediato del CP vigente de 1995).

Pues bien, una vez que los desacatos permanecieron en el Código Penal tras la aprobación de la Constitución, lo único que cabía hacer era interpretarlos conforme a la realidad del momento en que iban a ser aplicados. En su día defendí su derogación, pero entre tanto tenía lugar la misma, planteé *una re-interpretación jurídica que los distanciara de sus tintes autoritarios y antidemocráticos*. Entre otras muchas propuestas, merece ser destacada la que formulé respecto del *bien jurídico protegido*, defendiendo que se alejara del magnificado principio de autoridad y fuera entendido en una doble dimensión privada y pública (la *privada* sería el honor o la libertad y seguridad correspondiente a la autoridad o funcionario; la *pública* no sería otra que el buen funcionamiento de las instituciones democráticas del Estado). La aplicación del desacato exigiría la afectación de ambas dimensiones del bien jurídico, no bastando nunca el simple ataque a la dimensión privada (que era lo que, de hecho, únicamente se venía exigiendo).

III. FIGURAS PENALES APLICABLES EN SUSTITUCIÓN DE LOS DESAPARECIDOS DESACATOS

Se parte de la base de que la *conducta constitutiva de desacato* (entendida en el sentido amplio antes visto) era la de: *calumniar, injuriar, o amenazar*, a una *autoridad*, a un *funcionario público* o a un *agente de la autoridad*, *durante el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas* en determinadas *circunstancias* (si es autoridad: en su presencia o fuera de ella, en escrito dirigido o no a la misma; si es funcionario o agente: en su presencia o en escrito a ellos dirigido). Pues bien, una vez que los desacatos no fueron incorporados al CP de 1995, los supuestos antes subsumibles en ellos debían y deben seguir el *régimen general de los delitos contra el honor* (si la conducta consiste en calumniar o injuriar) o del *delito de amenazas* (si el comportamiento es el de amenazar). Los primeros se encuentran recogidos en los arts. 205 y ss. y los segundos en los arts. 169 y ss. A continuación me centraré en los primeros (delitos contra el honor), y más concretamente en una cuestión específica cual es su régimen de perseguibilidad cuando los sujetos afectados son los antes tutelados por los desacatos: autoridades, funcionarios públicos o agentes de la autoridad. A tal efecto, dispuso el artículo 215.1 del CP, en su redacción originaria de 1995, que: “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”.

Observamos cómo los delitos de calumnia o injuria, al ser delitos perseguibles a instancia de parte, requerían que el procedimiento se iniciará mediante la presentación de querrela. Sin embargo, tratándose de los sujetos

públicos enumerados (coincidentes con los protegidos en los antiguos desacatos) sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, bastaba para iniciar el procedimiento la presentación de denuncia. Con esta diferenciación en cuanto al régimen de perseguibilidad, *el legislador pretendió dar una cierta cobertura a lo que antes eran los desacatos ofensivos* facilitando su persecución al conferirle el carácter de delito semi-público, no por el simple hecho de que los ofendidos fuesen autoridades, agentes o funcionarios, sino por razón de la actividad pública que los mismos desarrollan, lo que se confirma cuando el art. 215.1 exige que la ofensa verse sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

Ocho años después, en 2003, tuvo lugar una reforma de este precepto mediante la que se modificó el régimen de perseguibilidad de las ofensas a dichos sujetos públicos, pasando a ser considerados delitos perseguibles de oficio. Este cambio, sin embargo, requiere hacer mención del proceso vivido dos años después de la derogación de los delitos de desacato.

IV. VOCES CRÍTICAS CON LA DEROGACIÓN DE LOS DESACATOS. EL FALLIDO INTENTO DE “RECUPERARLOS” EN 1997

La eliminación de los delitos de desacato por parte del CP de 1995 fue aplaudido de forma generalizada por la doctrina penal española, aunque no faltaron algunas voces críticas contrarias a su desaparición, entre las que destaca la de BELLO LANDROVE, quien en un trabajo publicado en 1997 defendió que la supresión del delito de desacato había resultado “sorprendente y precipitada”. Tal afirmación se basó en que el Proyecto del Gobierno remitido a las Cortes Generales no contemplaba dicha supresión, que se introdujo sin embargo a última hora a impulsos de Izquierda Unida que condicionó a tal exigencia su apoyo al nuevo CP. Para el autor en cita, esta decisión de última hora generó determinadas incoherencias sistemáticas derivadas de la amputación de una de sus partes sin una discusión seria y reflexiva. Según BELLO, el delito de desacato no desapareció del todo, porque si bien es cierto que se suprimió el desacato de las autoridades de segunda clase, así como de los funcionarios y agentes de la autoridad, el CP seguía contemplando otros desacatos respecto de instituciones de más envergadura. En particular, arts. 490.3 y 491 (desacatos contra la Corona) y arts. 496, 504 y 505 (desacato contra las Instituciones del Estado). También puso de relieve cómo se mantuvo la falta tipificada en el ACP en el art. 570.5 que pasó a incorporarse al entonces art. 634 (hoy derogado tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo) consistente en faltar el respeto y la consideración debida a la autoridad o sus agentes cuando ejerzan sus funciones, lo que a su juicio supuso un auténtico dislate (probablemente fruto de la precipitación aludida) ya que se derogó el

delito pero se mantuvo la correspondiente falta. El trabajo que se reseña finaliza concluyendo que los razonamientos igualitaristas y democráticos empleados para justificar la “aparente desaparición” de los desacatos son muy discutibles, dado que dichas figuras cumplían en España unos objetivos plenamente compatibles con la democracia y la igualdad cívica, de forma que reconducir esos comportamientos a través de soluciones genéricas (ej. delitos contra el honor) desenfoca el bien jurídico y el sujeto pasivo y dificulta inevitablemente la persecución y punición de estas conductas. Queda por ver, nos decía, si el eclipse parcial de estos delitos “resulta estrictamente pasajero”⁷.

No andaba del todo descaminado el autor citado en lo que se refería al deseo de algunas personalidades relevantes por recuperar los delitos de desacato en aquellos momentos, tal y como se puso de relieve cuando tuvo lugar la recusación del juez Gómez de Liaño como instructor del caso Sogecable, que fue la que desató la discusión pública sobre este tema disparando las críticas hacia el Poder Judicial en general y, en particular, contra quien la había estimado (juez Ismael Moreno, Audiencia Nacional), sobre el que algunos medios periodísticos, como la revista “Época” o el diario “El Mundo”, incluyeron distintos artículos de opinión en los que de modo implícito se le acusaba de prevaricación⁸. Este asunto fue el desencadenante de que el *miércoles 29 de octubre de 1997*, Benigno Varela, *portavoz del Consejo General del Poder Judicial*, en respuesta a la pregunta de si el Consejo se había planteado actuar en relación con los ataques que se venían vertiendo contra el Sr. Moreno desde que estimó la citada recusación de Gómez de Liaño, manifestara su “gran preocupación y enorme desazón” por los ataques de que vienen siendo objeto algunos jueces y afirmara que “...no sería excesivo postular el restablecimiento de alguna figura penal que permitiera la persecución de oficio de algún tipo de conductas contra jueces y magistrados...”. Aunque tal alusión solo podía referirse al desacato, un periodista preguntó a Varela si en efecto se estaba refiriendo a este delito., a lo que el portavoz asintió⁹, si bien reconoció que no existía un acuerdo del CGPJ en ese sentido¹⁰.

Las reacciones ante tales declaraciones no se hicieron esperar. Las distintas *Asociaciones de la Magistratura* no permanecieron impasibles ante tal propuesta: tanto la *Asociación Profesional de la Magistratura* como la *Asociación Francisco*

7 Cfr. BELLO LANDROVE, F.: “El eclipse del desacato”, *Jueces para la Democracia*, n° 28, marzo 1997, pp. 32 y ss.

8 Véase edición expresa de *La Vanguardia*, 30 octubre 1997, disponible en internet: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1997/10/30/pagina13/34647854/pdf.html?search=desacato,%20octubre%201997>

9 Extraído de la edición impresa de *La Vanguardia*, de 31 octubre 1997, disponible en internet: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1997/10/31/pagina-12/34620595/pdf.html>

10 Edición impresa de *El País*, de 31 de octubre de 1997, accesible en formato digital en: https://elpais.com/diario/1997/10/31/espana/878252419_850215.html

de Vitoria, aplaudieron la idea de restablecer el delito de desacato, en tanto que *Jueces para la Democracia* la rechazó por cuanto supondría “volver a tiempos que es mejor olvidar”¹¹. Los *periódicos* anunciaban a bombo y platillo que “El Poder Judicial propone que se recupere la figura del desacato” (*La Vanguardia*, 30/10/97) o “El Portavoz del Consejo quiere ‘resucitar’ el desacato” (*El País*, 30/10/1997). Los *diferentes partidos políticos* se pronunciaron unánimemente contra esa recuperación, no recibiendo el apoyo de ninguna fuerza parlamentaria. En este sentido, Joaquín Almunia, Secretario General del PSOE, afirmaba que “suena muy rancio”, “propio de una situación del pasado en que la autoridad se basaba en el miedo reverencial de los ciudadanos”. También el portavoz socialista en el Congreso, Juan Manuel Eguiagaray, estimó “mal” refugiarse en el principio de autoridad o que los jueces busquen “burladeros”. Por su parte, Rosa Aguilar, portavoz de IU en el Congreso, rechazó “resucitar la figura del desacato, que ya huele a alcanfor”, añadiendo que estaba “totalmente en contra” de esa sugerencia, “que entraría en confrontación con la libertad de expresión alcanzada entre todos los ciudadanos”. Ni siquiera el partido más conservador, el PP, apoyó la propuesta. Luis de Grandes, portavoz del dicho partido en el Congreso, consideró “inoportuno” recuperar el desacato. Igualmente Andrés Ollero, portavoz de Justicia del mismo, la acogió con “nulo entusiasmo”, como “toda sugerencia que implique una limitación de la libertad de expresión”. Indicó que es muy importante que los ciudadanos respeten a los jueces, pero lo es más que “los jueces y el propio poder judicial se hagan respetar, y la primera exigencia es que los jueces se respeten entre ellos mismos”¹².

Las numerosas críticas a la iniciativa del Sr. Varela le llevaron a matizar de inmediato su declaración inicial, lamentando que se hubiera levantado “una polvareda innecesaria e injustificada”. Según declaró a diversos medios, “no quise hablar de desacato, pero sí de que cuando un juez, en el desempeño de su función, es insultado o injuriado debe gozar de una protección especial, porque no actúa como particular, sino como miembro de un Poder del Estado y debe tener un plus de protección”. Se trataría de establecer que, “cuando se trate de este tipo de imputaciones a un juez en el ejercicio de su función, no sea necesario que él presente una querrela o una denuncia sino que el delito pueda ser perseguido de oficio por el fiscal”¹³. En definitiva, la propuesta del

11 Véase edición expresa de *La Vanguardia*, 30 octubre 1997, disponible en internet: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1997/10/30/pagina13/34647854/pdf.html?search=desacato,%20octubre%201997>

12 Edición impresa de *El País*, de 31 de octubre de 1997, accesible en formato digital en: https://elpais.com/diario/1997/10/31/espana/878252419_850215.html

Véase también la edición impresa de ABC de la misma fecha, disponible en: <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1997/10/31/027.html>, así como la de *La Vanguardia*: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1997/10/31/pagina-12/34620595/pdf.html>

13 Véase la referencia de ABC indicada en nota anterior.

CGPJ no debía ser entendida en el sentido de recuperar los delitos de desacato sino de arbitrar un instrumento jurídico que permitiera la perseguibilidad de oficio de los delitos contra el honor cuando los ofendidos fuesen miembros del Poder Judicial. Obsérvese que no se reclamaba la perseguibilidad pública para todos los supuestos antes contenidos en los desacatos, sino que se abogaba por ella tan *solo para aquellos casos en los que el directamente afectado perteneciera a la Judicatura*. Esta restricción determinó una crítica más a dicha postura, puesto que no tuvo una buena acogida que solo se quisiera ofrecer una “protección especial” a los jueces, prescindiendo de incluir en la misma a otros sujetos igualmente expuestos en el desarrollo de su labor pública.

Podríamos pensar que con el debate público relatado acabaron las voces discordantes ante la eliminación de los desacatos, pero no fue así. En 1998 MILANS DEL BOSCH¹⁴ volvió a reivindicar su recuperación, empleando una argumentación en la que merece la pena detenerse. Comienza su trabajo criticando muy duramente su desaparición del CP y preguntándose por el sentido que tuvo que el Portavoz del CGPJ, Benigno Varela, aludiera a la conveniencia de encontrar alguna fórmula de persecución penal de oficio en los casos de ultraje a jueces como consecuencia del ejercicio de su profesión. En su opinión sobre este tema había tres posturas¹⁵: una, la que defiende que “desacato no”; dos, aquella otra que aboga por el sí a la “especial protección a la autoridad judicial” (aunque para no ser acusados de autoritarios o fascistas no lo llaman desacato sino que se refieren a una “figura” jurídica penal para protegerlos); y, tercera, la de aquellos pocos que dan en el clavo: “desacato sí —o como quieran llamarlo (aunque no se entiende porqué cambiar de nombre a una figura delictiva ya existente en el uso forense)—”. Para MILANS, “(L)o curioso del tema es que muchos de los que se apuntan al carro de la no resurrección del desacato piensan en el fondo que ‘esto’ de las injurias a los jueces es algo que empieza a pasarse de castaño a oscuro y a lo que habría de ponerse fin... y que habría de tener un reflejo en el Código Penal, en el que se recogiera que su persecución lo fuera de oficio... Y lo más curioso es que estas voces... en muchas de sus manifestaciones, para no caer en el encasillamiento de retrógrado, se manifiestan afirmativamente en relación a la necesaria tipificación del desacato, eso sí, con otro nombre. Mas, si todo el problema residenciara en lo accidental del nombre, ¿dónde está el problema de la tipificación que se reclama, como delito público, dado que esto es lo sustancial del problema?”. Tras revisar las diferentes reacciones ante la propuesta del Sr. Varela, el autor que glosamos, ante lo que denomina “confusionismo provocado”, se pregunta “¿En qué quedamos?”, para a continuación dejar clara cuál es su postura “pese a que las

14 Véase MILANS DEL BOSCH, S.: “Reflexiones en torno al desacato”, *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, n° 363-364, pp. 273 y ss.

15 Cfr. *Ibid.* cit., pp. 275 y ss.

posiciones están condicionadas ideológicamente y el resultado decidido de antemano”¹⁶. Empieza recordando que el delito de desacato se mantiene en muchas legislaciones penales de países democráticos (aunque no señala cuáles) y es especialmente duro en el Derecho anglosajón. Según entiende, “(L) a razón perseguida con la tipificación del desacato es mucho más sencilla que todo lo que se ha venido diciendo. Se trata de que siendo el fiscal el que interviniera de oficio ante la injuria o calumnia dirigidas al juez en un proceso se asegura el silencio del agraviado, impidiéndose así la manipulación procesal que con dichas injurias se pretende, al mantener al tribunal en su sitio, siendo otros los órganos encargados de la persecución y conocimiento de tales falsas imputaciones o injurias, sin intervención ‘interesada’ del agraviado”. Quiere decirse, que la solución que a tales ataques ofrece el CP 1995 tras la eliminación de los desacatos “se constriñe a que los jueces o bien se constituyan en ‘parte’ en un procedimiento contra el injuriante o, por el contrario, callen ante los ultrajes y puestas en juego de su honor”, con la consiguiente erosión del principio de autoridad del poder judicial y de la credibilidad de la actuación de la Administración de Justicia y, en definitiva, del Estado de Derecho. Lo anterior le lleva a afirmar que “al haber desaparecido la figura del desacato –o como quiera llamársele a la persecución de oficio de las calumnias e injurias proferidas al juez– se está propiciando que el agresor verbal esté eligiendo al juez que desea para su caso, a no ser que este... no haga nada para defender su honor o fama aguantando a veces estoicamente ‘la crítica’ sin acudir al Juzgado de Guardia a denunciar la calumnia, pues de lo contrario, siendo necesario ahora la denuncia del ofendido..., queda automáticamente en situación de recusado con éxito por el agresor, que de esta manera puede apartar a un magistrado del asunto”. MILANS considera que “(L) a progresía debería recordar que el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que tanto se utiliza como garantía del hacer democrático– declara como legítima la restricción de la libertad de expresión para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial, lo que autoriza al legislador a arbitrar los oportunos tipos penales que, como en el caso del desacato, impidan que se merme la confianza de la sociedad en la imparcialidad de sus Tribunales”. Su conclusión es que “(A)l final va a resultar que la tipificación del desacato no es un privilegio de los jueces, sino una garantía para los justiciables de buena fe, que son los que quedan verdaderamente sin amparo”¹⁷.

Tales argumentaciones me sugieren numerosos comentarios, aunque por razones de espacio solo haré dos precisiones. De una parte, destacar que MILANS se refiere permanentemente en su trabajo a los jueces como sujetos desprotegidos ante la desaparición de los desacatos, lo que no se corresponde

16 Cfr. *Ibíd.* cit., pp. 280 y ss.

17 *Ibíd.*, cit., p. 282.

con la tipificación penal que esos delitos tenían antes de ser derogados que, como es notorio, tutelaban en general a autoridades, funcionarios públicos y agentes de la autoridad. Se pronuncia pues en la misma línea que poco antes había hecho Benigno Varela en su intento de proteger en exclusiva a los miembros del Poder Judicial. De otra señalar también que, al inicio de su discurso, realiza la siguiente afirmación: “El delito de desacato... ha sido aplicado en contadas ocasiones y generalmente con exquisita prudencia cuando tales ataques han supuesto un claro menosprecio para la dignidad y decoro de la función que ostenta la persona vilipendiada, que lo ha sido, precisamente, por razón de su cargo o función”. Según entiendo, tal afirmación no se corresponde con la realidad, dado que fueron unos delitos profusamente aplicados (sobre todo durante la Dictadura Franquista) y no siempre con la “exquisita prudencia” que se pretende. En mi libro sobre estas figuras (que tuvo su origen en mi Tesis Doctoral) creo que esta crítica encuentra sobrada justificación, como también se argumenta mi postura contraria a la existencia de los desacatos cuya desaparición defendí ya en 1991¹⁸.

V. SUJETOS PÚBLICOS Y PROTECCIÓN DE SU HONOR A TRAVÉS DE LA LO 1/1982

En nuestro país *el honor se protege jurídicamente por dos ramas* del Derecho distintas: la *penal* y la *civil*. La *protección penal del honor* se lleva a cabo a través de los delitos de calumnia o injuria y, antes de que desaparecieran, también por los desacatos, siempre que los ofendidos fuesen autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos. Por lo que se refiere a su *protección civil*, la tutela corre a cargo de la *L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*¹⁹.

1. Etapa anterior al Código Penal de 1995 en la que todavía estaban vigentes los delitos de desacato: preferencia de la vía penal sobre la civil

Desde que entrara en vigor dicha *LO 1/1982*, cuando una persona se sentía lesionada en su honor, al menos en principio, tenía la posibilidad de acudir a la vía que estimara más conveniente: la civil o la penal. Sin embargo, *durante los primeros años de aplicación de la Ley civil* no estuvo tan claro, dado que aunque el ofendido emprendiera la vía civil, si el juez consideraba que la potencial lesión del honor podía ser constitutiva de delito (desacato, calumnia o injuria), paralizaba el procedimiento civil y remitía las actuaciones a la vía penal. Este

¹⁸ Referenciado en nota 1.

¹⁹ Modificada en 1985, 1990, 1992, 1995 y 2010.

proceder no era arbitrario, sino que se sustentaba en la propia *LO 1/1982* que, de una parte, en su Preámbulo afirmaba que: "...en los casos en que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad..." y, de otra, en su artículo 1, apartado 2 que establecía que: "Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito".

Es decir, en teoría se podía escoger la vía civil o la penal para solicitar la protección del honor, pero en la práctica no era así, porque aunque se escogiera la vía civil, si el juez consideraba que los hechos lesivos del honor podían ser constitutivos de delito, remitía las actuaciones al juez penal para que conociera las mismas. Solo si este estimaba que no había delito se volvía a la vía civil, ya que si se confirmaba su comisión, dictaba la correspondiente condena penal para el ofensor y ahí acababa la cuestión. Eso sí, por prescripción de la propia *LO 1/1982* se aplicaban sus criterios para la determinación de la responsabilidad civil dimanante del delito. Luego la teórica posibilidad de elección de la vía a seguir era solo aparente porque si se acudía a la civil, solo prosperaba cuando el juez no viera indicios de delito o, cuando después de remitidas las actuaciones al juez penal, este no considerara la existencia del mismo.

Esta dinámica fue duramente criticada, por varias razones: a) La primera, porque *lo que estaba haciendo la Ley civil era marcar la preferencia de la vía penal en lo referente a la protección del honor*, de esa forma se estaba declarando inaplicable a sí misma, porque pocos son los casos en los que una lesión al honor ajeno no es constitutiva de un delito contra el honor. b) La segunda, más importante que la anterior, porque *se suponía que los delitos de calumnia e injuria eran delitos perseguibles a instancia de parte*, es decir, que solo iban a ser perseguidos si el interesado presentaba querrela, y con esa práctica de remitir los propios jueces civiles las actuaciones a la vía penal, lo que estaban haciendo era *suprimir el carácter privado de estos delitos, convirtiéndolos de hecho en delitos perseguibles de oficio*. Dicho de otra forma, que el agraviado en su honor no quisiera acudir a la vía penal y, por tanto, no presentara querrela, resultaba indiferente porque el juez civil iniciaba el proceso penal sin contar con su beneplácito. c) Y tercera crítica: *la Ley civil establecía la preferencia de la vía penal porque consideraba que la misma era más efectiva y mejor que la propia tutela civil que ella otorgaba*, lo que no dejaba de ser cuanto menos discutible. Considerar que *la tutela penal del honor es mejor y más efectiva que la tutela civil* no es del todo cierto. La vía penal implica la imposición de penas, lo que en principio debe ser considerado más gravoso para el ofensor, pero eso no debe identificarse con una mayor tutela. Es más, cabría incluso afirmar que *la tutela civil del honor es más eficaz*. En realidad, las pretensiones sostenidas en un proceso civil son radicalmente diferentes a las sustentadas en un proceso penal, puesto que en aquel, lo que el ofendido per-

sigue son *indemnizaciones y otra clase de reparaciones*, entre las que destaca por su importancia la institución de la rectificación, lo que ya, entre otras, es una razón de peso para decantarse por esta vía.

Ante tal panorámica es comprensible que el ofendido en su honor prefiera la vía civil a la penal, por lo que *no es razonable ni justo que si ha optado por este tipo de protección, el juez civil, a instancias de la propia Ley, recurra a una vía penal que el sujeto afectado no eligió*. En conclusión: cuando en 1982 se aprueba la Ley civil, aparentemente, se disponía de una doble vía de protección del honor, penal y civil, que quedaba a elección del ofendido, lo que no se correspondía con la realidad porque una vez ejercitada la acción civil, se remitían las actuaciones a la vía penal si se advertían indicios de delito. Con ello se imponía al ofendido la vía penal casi como obligatoria, lo que resulta un contrasentido por todas las razones antes vistas y, sobre todo, porque el lesionado en su honor suele preferir una reparación civil y no la condena penal de su ofensor.

Durante bastante tiempo, *los jueces civiles aceptaron el mito de la mayor protección penal* y, normalmente se inhibían en favor de la jurisdicción penal²⁰, pero progresivamente fueron replanteándose esta solución y terminaron por *ofrecer unas pautas de actuación* sobre las que apoyarse cuando se presentaran este tipo de situaciones²¹. Las mismas consistieron en distinguir entre *delitos perseguibles de oficio* y *a instancia de parte*, de forma que si se ejercitaba una acción civil y el juez estimaba la posible existencia de delito, actuaría de forma diferente según cuál pudiera ser ese delito: si era de *desacato* y, por tanto, *perseguible de oficio*, consideraría en todo caso la *vía penal preferente y excluyente* y, sin lugar a dudas, remitiría las actuaciones a la vía penal; en cambio, *si el potencial delito era de calumnia o injuria*, esto es, *perseguible a instancia de parte*, se respetaría la decisión del ofendido de *permanecer en vía civil* (en tal caso, por tanto, el juez civil resolvería la acción civil y no se inhibiría a favor de la jurisdicción penal). Esta solución encontraba suficiente apoyo en la legislación, dado que si se combinaba

20 En la mayor parte de los casos eran los propios demandados los que planteaban las excepciones de incompetencia de jurisdicción, precisamente para conseguir la remisión a la vía penal como maniobra dilatoria. Sin embargo, la inhibición a favor de la jurisdicción penal por parte de los jueces civiles no era correcta, porque cuando se ejercita una acción civil, apoyada en hechos que el demandante no pretende que sean perseguidos penalmente, no existe razón para que el juez se inhiba, dado que es plenamente competente para resolver la acción civil y declarar, en su caso, el ilícito civil. Que los hechos pudieran ser asimismo constitutivos de delito no es motivo para dicha inhibición porque con la acción civil no se ha pretendido un pronunciamiento sobre su carácter penal. Seguramente, el error está en confundir la incompetencia de jurisdicción con la prejudicialidad penal, ya que si fuera esta última (lo que ocurriría si se hubiera abierto procedimiento penal por los mismos hechos) sí se tiene que suspender el proceso civil en cumplimiento por lo dispuesto por el artículo 114 de la LECr.

21 Sustentadas en algunas Sentencias de la Sala civil del Tribunal Supremo, sobre todo la de 23 de marzo de 1987 (RJ 1987\1716).

lo dispuesto por el entonces vigente art. 1.2 de la *L.O. 1/1982*²² y lo prescrito en el art. 112 de la *LECr.*²³ se llegaba a la conclusión de que *la preferencia penal* establecida por el primero quedaba referida única y exclusivamente a los *delitos* que, aun lesionando el honor ajeno, *fueran perseguibles de oficio*, esto es, a los entonces delitos de *desacato*²⁴.

2. Cambio de orientación: la STS 241/1991, de 16 de diciembre

La actuación jurisprudencial de otorgar preferencia a la vía penal tratándose de delitos lesivos del honor cuanto fuesen perseguibles de oficio (desacatos) dio un giro radical a raíz de la importante *Sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, de 16 de diciembre*, mediante la que otorgando el amparo contra la *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989*²⁵, se permitió a los perjudicados optar por la vía civil o la penal, rompiendo con la preferencia de esta última. El entonces recurrente en amparo era Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona. Contra el mismo se siguió un procedimiento penal por delito de cohecho que concluyó con Sentencia condenatoria. Durante la tramitación de dicho procedimiento, se publicaron varios artículos periodísticos mediante los que el Magistrado consideró que se atentaba de forma muy grave contra su honor, por lo que presentó demanda contra la empresa editora del periódico y otros sujetos, de acuerdo con lo establecido en la *LO 1/1982*, de 5 de mayo. Tanto el Juzgado de Instancia como después la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona estimaron que había existido intromisión en el derecho al honor, intimidad y propia imagen del después recurrente. Los demandados interpusieron recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo alegando que no había sido aplicado el art. 1.2 de la *LO 1/1982*, en relación con los arts. 106 y 112 de la *LECr.* al no respetar la preferencia del orden jurisdiccional penal frente al civil, reconocida por la doctrina del Tribunal Supremo cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito perseguible de oficio, tal y como sucedía en este caso, dado que las imputaciones hechas al demandante no lo fueron

22 “Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.”

23 “Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal”.

24 Estos delitos no existían para proteger exclusivamente el honor del afectado sino que tutelaban de forma combinada su honor individual y el buen funcionamiento de la actividad pública, dimensión esta del bien jurídico que exigía que su perseguibilidad fuera obligatoriamente de oficio.

25 RJ\1989\1394

a título personal o individual, sino en cuanto a su cargo de Magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional. El TS casó la Sentencia de la Audiencia, decretando la nulidad de todo lo actuado por cuanto consideró que era preferente el orden jurisdiccional penal, ya que al tratarse de un Magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional, las informaciones rebasaban el ámbito estrictamente civil y podían constituir delito perseguible de oficio (desacato).

En la demanda de amparo que interpuso el Magistrado se alegó que la preferencia de la jurisdicción penal para conocer los hechos por considerarse presuntamente constitutivos de desacato, impidiendo la posibilidad de utilizar la acción de protección civil que prevé la LO 1/1982, comportaría una vulneración del art. 18.1 de la Constitución (por desprotección de sus derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen) y una discriminación contraria al art. 14 de la misma (pues la exclusión de la protección civil por ser preferente la penal, se debe a la simple circunstancia de ostentar quien ha sufrido la ilegítima intromisión en esos derechos fundamentales la condición de autoridad en cuanto es Magistrado). Por lo que se refiere a la posible vulneración del principio de igualdad, no consideró el TC que tuviera lugar, dado que la condición de autoridad del Magistrado en su calidad de tal, constituye un elemento de diferenciación justificado y razonable para sustentar la posible diferencia de trato que en el orden procesal pueda llegar a producirse por el juego del art. 1.2 de la LO 1/1982 con otros preceptos del CP y de la LECr. cuando los hechos puedan ser constitutivos de un delito perseguible de oficio. En cuanto a la desprotección respecto del derecho al honor, entendió que el TS había interpretado el art. 1.2 de la *LO 1/1982* “en el sentido más restrictivo y menos favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y, en última instancia, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, con un debilitamiento o restricción de la acción civil de defensa de los mencionados derechos de la persona en favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto del fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llevando, en el caso, a un resultado lesivo de derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable consistente en obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, toda la vía penal para, una vez finalizada ésta, volver a iniciar de nuevo la civil, que ya había ejercitado”. Para el TC la preferencia de la jurisdicción penal implicaba que, “de acuerdo con el art. 114 de la LECr., promovido juicio criminal no pueda seguirse pleito alguno sobre el mismo hecho, procediéndose, en su caso, a suspender éste en el estado en que se hallare hasta que recaiga Sentencia firme en la causa criminal. Y esa misma preferencia de la jurisdicción penal determina también, de acuerdo ahora con lo dispuesto por el art. 362 de la L.E.C., que cuando los Jueces y Tribunales hayan de fundar exclusivamente la Sentencia en el supuesto de la existencia de un delito, proceda la

suspensión del fallo del pleito hasta la terminación del procedimiento penal, siempre que, oído el Ministerio Fiscal, estimen procedente la formación de causa”. Aplicando dicho razonamiento al caso en análisis, la jurisdicción civil era plenamente competente para conocer de la acción de protección civil ejercitada sin incurrir en ningún exceso de jurisdicción al no dar preferencia a la jurisdicción penal en aplicación del art. 1.2 de la *LO 1/1982*, dado que no pendía ningún proceso penal por los mismos hechos ni la decisión estaba condicionada por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito.

En definitiva, la argumentación esgrimida por el TC es que el art. 1.2 de la *LO 1/1982* no debía impedir a los sujetos públicos tutelados por los desacatos (autoridades, funcionarios públicos y agentes de la autoridad) el ejercicio de acciones civiles, so pretexto de la preferencia de la vía penal por tratarse de delitos perseguibles de oficio, salvo que existiera previamente un proceso penal pendiente sobre los mismos hechos o la solución del proceso civil dependiera de una previa calificación penal²⁶. Como con acierto indicara BERCOVITZ, esta STC “sienta una nueva interpretación del art.1.2° que en la práctica aproxima el régimen de los supuestos que puedan constituir un delito perseguible de oficio de aquéllos que únicamente puedan constituir, en su caso, un delito perseguible a instancia de parte, al permitir en ambos casos que la víctima opte inicialmente por la vía civil o por la penal, salvo cuando ya esté iniciado previamente un proceso penal sobre los mismos hechos o cuando la sentencia civil pueda depender de la calificación penal”. La importante diferencia que existiría según se tratara de delitos perseguibles de oficio o a instancia de parte es que en los primeros, la opción por la vía civil no daría lugar a la extinción de la responsabilidad penal (irrenunciable en esta clase de delitos) que podría exigirse posteriormente ante la jurisdicción penal²⁷.

3. El nuevo Código Penal: desaparición de los delitos de desacato y régimen de perseguibilidad de las ofensas a funcionarios sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. Dualidad de vías

El nuevo Código Penal vino a avalar la libre elección de vía procedimental a través de la modificación del art. 1.2 de la *LO 1/1982* de protección del honor mediante su Disposición final n° 4, que vino a establecer que:

26 Esta doctrina del TC fue acogida de inmediato por la jurisprudencia del TS, siendo numerosas las sentencias exponentes de este importante cambio (véase las resoluciones citadas por ROVIRA SUEIRO, M.E.: “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, p. 651, nota 23).

27 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1991”, *CCJC*, núm. 27, 1991, págs.1085 y ss.

“El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9.º de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”.

Este cambio, además de respetar el criterio del Tribunal Constitucional, se mostraba coherente con la derogación de los desacatos, dado que si dicho precepto venía a establecer la preferencia de la vía penal frente a la civil cuando los hechos pudieran ser un desacato y estos delitos desaparecieron del nuevo CP, ya no tenía sentido seguir haciendo alusión a esa preferencia de la vía penal.

Como se indicó con anterioridad, el art. 215.1 del nuevo CP dispuso que los delitos contra el honor seguirían siendo perseguibles a instancia de parte (requiriendo, pues, querrela), salvo si la ofensa se dirigiera contra funcionario público, autoridad o agente de la misma (coincidentes con los sujetos protegidos en los antiguos desacatos) sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, en cuyo caso, sería suficiente la presentación de denuncia. Según se explicó *supra* con esta diferenciación en cuanto al régimen de perseguibilidad, el legislador pretendió dar una *cierta cobertura a lo que antes eran los desacatos ofensivos* facilitando su persecución al conferirle el carácter de delito semi-público por razón de la actividad pública que dichos sujetos desarrollan (lo que se confirma cuando el art. 215.1 exige que la ofensa verse sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos). De acuerdo con estos cambios legales, como por otra parte ya venía siendo desde la STC antes indicada, los sujetos públicos ofendidos en relación a hechos concernientes al ejercicio de sus cargos tenían a su disposición la doble vía penal o civil para exigir la protección de su honor, sin que la penal tuviera carácter preferente, aunque si la escogían solo debían denunciar en lugar de querrellarse.

4. Reforma del régimen de perseguibilidad en 2003: ¿vuelta a la preferencia penal frente a la civil?

Recordemos que en 1997, el portavoz del Consejo General del Poder Judicial reclamó la perseguibilidad de oficio de las ofensas a sujetos públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Es importante destacar que cuando el Sr. Varela abogó por dicha perseguibilidad de oficio, se limitó a defenderla respecto de las ofensas dirigidas a los miembros de la judicatura. Mi postura en ese mismo año, sin embargo, era que si finalmente se establecía dicha perseguibilidad de oficio, la misma tendría que extenderse también respecto de las ofensas al resto de sujetos antes incluidos en los desacatos, dado que no solo los jueces están expuestos a ser ofendidos en el desempeño de sus funciones públicas. De esta forma lo entendió el legislador de 2003 al consi-

derar que la persecución pública no debía limitarse a los supuestos en que los ofendidos fueran jueces sino que debía alcanzar a todos los sujetos públicos antes incluidos en los desacatos (esto es, funcionarios públicos, autoridades en general –excepto las tuteladas en otras figuras del CP– o agentes de la misma), siempre que la ofensa se produjera sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Fue la *LO 15/2003*, de 25 de noviembre (publicada en el BOE el 26 de noviembre y en vigor desde el 1 de octubre de 2004) la que llevó a cabo tal labor, mediante la modificación del apartado 1 del artículo 215 del texto punitivo. Recuérdese que el texto originario de 1995 se limitó a exigir denuncia en esos supuestos²⁸.

La Exposición de Motivos de dicha *LO 15/2003*, para explicar dicha modificación, nos dijo en su apartado III (dedicado a la reforma de la parte especial del Código Penal) lo siguiente:

“c) En los delitos de injurias y calumnias contra funcionario público o autoridad administrativa o agente de la misma se ha establecido, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, que puedan ser perseguidas de oficio cuando sea sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”.

En particular, el apartado 1 del artículo 215, vigente al día de hoy establece que:

“1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”²⁹.

La interrogante que surge a raíz de esta modificación de 2003 es si la perseguibilidad de oficio de las ofensas a sujetos públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos supuso la reinstauración de la preferencia de la vía penal frente a la civil en estos casos. La respuesta debe ser necesariamente negativa, con base en dos sólidos argumentos: de un lado, el pronunciamiento del TC antes comentado (STC 241/1991), y de otro, el art. 1.2 de la *LO*

²⁸ Véase supra el texto del art. 215.1 en su redacción original.

²⁹ Advertir que la *LO 1/2015*, de 30 de marzo, también afectó al mencionado artículo 215, pero no ya al tema tratado sino en lo atinente a lo dispuesto en su apartado 3, referido a la cuestión del perdón del ofendido:

“3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código” (texto vigente).

Desde la aprobación del Código en 1995 hasta la reforma de este apartado por la *LO 1/2015*, su texto era el siguiente:

“3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130 de este Código”.

1/1982 que, como se indicó, fue modificado por la Disposición final nº 4 del CP y que desde entonces establece, tal y como se expuso *supra*:

“El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9.º de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”.

Así lo avalan, entre otras, la *STS de 18 de junio de 2012*³⁰ que confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 25 de octubre de 2010 (que a su vez vino a confirmar la del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de dicha ciudad de 15 de junio de 2009) que condenó en vía civil a un letrado por vulneración del derecho fundamental al honor de un juez sustituto por ofenderlo en su condición de juez de instrucción a través de expresiones y frases proferidas en jornadas sucesivas ante los medios de comunicación.

VI. UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO DESACATO EN LA ACTUALIDAD

En las películas y series de televisión estadounidenses es habitual que los jueces adviertan a los intervinientes en un juicio que si no actúan en el sentido indicado por el mismo podrían ser condenados por desacato. Esa peculiar fuente es la determina que muchas personas en el mundo entero y, desde luego en nuestro país, entiendan el desacato como desobediencia y, más particularmente, como desobediencia a un juez.

Pese a que hace más de dos décadas que los delitos de desacato fueron eliminados de nuestro CP, en la actualidad se sigue utilizando el “término desacato” por los medios de comunicación, precisamente, otorgándole el significado de desobediencia. Valgan como muestra algunos ejemplos extraídos de la prensa digital, todos ellos curiosamente relacionados con la situación catalana³¹. Así, en *ABC* del 02/10/2014, el artículo fue titulado: “*Estas son las consecuencias legales del desacato de Mas*”³². En la edición de *CrónicaViva* de 10/11/2015, el titular rezaba: “*España: Consejo de Estado acusa de voluntad de desacato a Congreso Catalán*”³³. El 13/07/2016, *El Heraldo* resaltaba en titula-

30 RJ 2012\8601.

31 La cursiva de la palabra desacato en los diferentes textos periodísticos transcritos en las notas siguientes es mía.

32 Sin embargo, en el texto de la publicación no se volvió a emplear el término desacato (véase <http://www.abc.es/espana/20141002/abci-preguntas-respuestas-desacato-201410012158.html>).

33 “Por unanimidad la **Comisión Permanente** del Consejo de Estado aprobó el informe donde considera que la **resolución independentista** del **Parlamento catalán** muestra una ‘**voluntad de desobediencia o desacato**’ a la **Constitución** y al **orden institucional**” (con negrita en el original). Véase <http://www.cronicaviva.com.pe/espana-consejo-de-estado-acusa-de-voluntad-de-desacato-a-congreso-catalan/>

res lo siguiente: “*El ‘Parlament’ promueve el desacato a la devolución de los bienes de Sijena*”³⁴. También en el mismo mes y año, pero el día 30, *El Mundo* nos decía: “*Todas las armas legales contra el desacato de la Generalitat*”³⁵. Al mes siguiente, el 01/08/2016, en “La bolsa o la vida” (blog de Fernando González Urbaneja), *La República de las ideas* contenía la siguiente rúbrica: “*Cataluña, la gestión del desacato (el choque de trenes)*”³⁶. Ya en octubre, el día 17, *El Confidencial* titulaba su artículo “*Madrigal ordena presentar querrela contra Forcadell por desobediencia y prevaricación*” y como subtítular hacía mención nuevamente del desacato: “*La fiscal general envía a la Fiscalía catalana el auto del TC que apreciaba el desacato de la presidenta del Parlament. El escrito deberá presentarse ante el TSJC*”³⁷. En 2017 hubo numerosas noticias en las que se comentaba el “desacato catalán” de entre las que tan solo destacaré algunas³⁸. Por ejemplo, el 12 de julio, en el *Sputnik Mundo* se afirmaba: “*Experto: el referéndum anunciado por Cataluña es un desacato*

34 “Los **partidos catalanes**, con la única excepción de **Ciudadanos**, han aprobado esta tarde en el **Parlamento catalán** una resolución en la que **promueven el desacato** a la sentencia judicial firme que obliga a devolver a Aragón los 97 bienes del monasterio de Sijena...” (con negrita en el original). Véase <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2016/07/13/el-parlamento-catalan-aprueba-retencion-los-bienes-sijena-962656-300.html>

35 “El Gobierno en funciones ha optado por una respuesta medida al enésimo desafío, esta vez en forma de *desacato* al Tribunal Constitucional, de la Generalitat de Cataluña...”; “Sáenz de Santamaría definió ayer como ‘*desacato*’ el último paso dado por el Parlament, auspiciado por Junts pel Sí y la CUP al aprobar la resolución de ‘desconexión unilateral’...”.

Véase <http://www.elmundo.es/opinion/2016/07/30/579b94f8468aeb15418b4610.html>

36 “El *desacato* a la ley, a las sentencias del Constitucional, es el nuevo escenario previo que puede abrir la puerta al ‘big one’ catalán... No parece que estén buscando otra salida que no pase primero por el *desacato*. De manera que el Estado tendrá que gestionar el *desacato*, porque ese es el hecho inminente tras las resoluciones del Constitucional. No hay peor justicia que la que no se cumple, la que no llega nunca. Para los independentistas, desde las CUP hasta los viejos convergentes en mutación, el *desacato* es un instrumento de movilización, gasolina emocional para sus seguidores. No son pocos los que piensan que el suelo está movedizo, que las cosas van a peor, pero si el Estado gestiona mal el *desacato*, si muestra más debilidad, el ‘big one’ español/catalán entrará en acción con consecuencias imprevisibles para todos. Lo que llamamos ‘choque de trenes’ está más cerca, es más verosímil” (véase <https://www.republica.com/la-bolsa-o-la-vida/2016/08/01/cataluna-la-gestion-del-desacato-el-choque-de-trenes/>).

37 “La **Fiscalía General del Estado** considera que la actuación de la presidenta **Carme Forcadell...** es constitutiva de los **delitos de prevaricación y desobediencia**. Su titular, **Consuelo Madrigal**, ha enviado ya a la Fiscalía de Cataluña... el auto del Tribunal Constitucional en el que se consideraba que esa actuación constituía un **desacato o la ignorancia de la orden expresa** que le dieron los magistrados de no permitir ninguna iniciativa que supusiera un avance en el **proceso independentista...** El pasado 6 de octubre, en una decisión sin precedentes, el TC hizo uso por primera vez de la prerrogativa que le dio el Gobierno del PP para iniciar la persecución penal de **personalidades que no acaten sus resoluciones**, y trasladó el supuesto *desacato* de Forcadell a la Fiscalía por si fuera constitutivo de delito. El alto tribunal lo acordó por unanimidad de sus 11 miembros...” (con negrita en el original). “En esta ocasión, las medidas a adoptar no pueden limitarse a una mera declaración de nulidad de la resolución impugnada’... Y no basta esa nulidad porque la resolución independentista, según el Gobierno, es ‘un acto de frontal *desacato* y manifiesto incumplimiento’ de la Constitución”. Véase https://www.elconfidencial.com/espana/2016-10-17/madrigal-ordena-presentar-querrela-contra-forcadell-por-desobediencia-y-prevaricacion_1275972/

38 Entre otras, algunas de ellas pueden consultarse en los siguientes enlaces, mencionados por orden cronológico de publicación:

a la legalidad española”³⁹. El 31 del mismo mes, *ABC* destacaba que: “Puigdemont consume su desacato judicial y no devuelve a Aragón el arte de Sijena”⁴⁰. El 16 de agosto, *El Imparcial* proclamaba: “Forcadell se arruga: sería acusada de desacato si firma la Ley del referéndum”⁴¹. El 14 de septiembre, *La Razón* ofrecía el siguiente titular: “Rodríguez no responde sobre el desacato a la ley en Cataluña” (refiriéndose a Teresa Rodríguez, líder de Podemos Andalucía)⁴². El 5 de octubre, *televisa*.

9-6-2017: <https://eladiofernandez.wordpress.com/2017/06/09/el-gobierno-de-espana-de-riva-toda-responsabilidad-politica-catalana-sobre-los-funcionarios-con-tal-de-no-dar-o-alargar-una-orden-militar-ante-el-desacato-y-la-desobediencia-politica-de-la-generalitat/>

17-8-2017: https://www.lainformacion.com/politica/Cataluna-partida-ajedrez-Diada-articulo-155-1-0-Referendum_0_1054395713.html

25-8-2017: <http://www.periodistadigital.com/religion/arte/2017/08/25/sijena-si-planea-nuevas-acciones-ante-el-desacato-de-la-generalitat-religion-iglesia-cataluna-aragon-arte-bienes-franja.shtml>

1-9-2017: <http://www.lavanguardia.com/politica/20170901/43957807613/societat-civil-catalana-plantea-declarar-estado-de-sitio-desobediencia-tc.html>

6-9-2017: <http://ctxt.es/es/20170906/Firmas/14763/perez-tapias-ctxt-catalu%C3%B1a-referendum-estado-federal.htm>

23-10-2017: https://www.elconfidencial.com/economia/2017-10-23/independencia-cataluna-sanciones-funcionarios-interinos-personal-laboral-desobediencia_1465678/

6-11-2017: <https://www.izquierdadiario.es/Izquierda-Unida-al-rescate-del-regimen-ignorando-presos-politicos-en-Catalunya>

Sin fecha determinable, Sección de España de El Mundo en Uruguay: <https://www.elpais.com.uy/mundo/figuras-claves-debate-independencia-cataluna.html>

<https://www.elpais.com.uy/mundo/cataluna-pone-borde-desacato-sesion-clave.html>

39 “El referéndum catalán anunciado para el 1 de octubre supone un claro acto de desobediencia a la legalidad española si se lleva a cabo en los términos previstos, aseguró en declaraciones a Sputnik el jurista Santiago Castellà... A su modo de ver, esa evidente ‘desobediencia o incluso *desacato*’ es la principal diferencia respecto a la consulta soberanista del 9 de noviembre de 2014”.

Véase <https://mundo.sputniknews.com/espana/201707121070712408-espana-referendo-opinion/>

40 “La **Generalitat** catalana consumió ayer su tercer *desacato judicial* con el ‘**caso Sijena**’. Tal y como anunció durante semanas, el Gobierno de Puigdemont ignoró a la juez que les ha ordenado devolver 44 obras de arte aragonesas...”; “Lo que está haciendo la Generalitat en este particular no solo es un *desacato continuado*, sino anunciado: dicen por anticipado que van a cometer el *desacato* y luego lo consuman, y lo peor es que no les pasa nada por ello’, afirmó el letrado de este pequeño ayuntamiento oscense...”. “Dos *desacatos* en un año: Tras perder en los juzgados, la Generalitat ha optado por la desobediencia judicial. El primer *desacato* lo cometió hace un año, cuando ignoró la primera orden dictada por la juez oscense que lleva el caso...”; “En contra del criterio legal que sostiene Villanueva de Sijena, aquello no ha tenido consecuencia penal alguna para las autoridades catalanas. Ni por desobediencia a la autoridad judicial (*desacato*) ni por apropiación indebida, los dos ilícitos penales en los que se habría incurrido en este caso, en opinión del abogado Jorge Español”; “...Lluís Puig se ha estrenado como consejero de Cultura con un *desacato consumado* que el propio vicepresidente de la Generalitat, **Oriol Junqueras**, justificaba ayer...”; “La Generalitat *desacató* de nuevo a la juez la semana pasada, al no presentar el plan de traslado de las piezas que le había requerido la magistrada. Y el tercer *desacato* en este proceso lo consumió ayer, al no entregar las obras de arte” (con negrita en el original);. Véase http://www.abc.es/cultura/arte/abci-puigdemont-consuma-desacato-judicial-y-no-devuelve-aragon-arte-sijena-201707312156_noticia.html

41 “...Tras ser rechazado por el TC el recurso de la Generalitat, Forcadell podría ser acusada de *desacato*”. Véase <https://www.elimparcial.es/noticia/180546/nacional/forcadell-seria-acusada-de-desacato-si-firma-la-ley-del-referendum.html>

42 Véase <https://www.larazon.es/local/andalucia/rodriguez-no-responde-sobre-el-desacato-a-la-ley-en-cataluna-1F15988011>

NEWS informaba: “Jefe de los Mossos de Catalunya comparece el viernes por desacato”⁴³. A diferencia de lo sucedido en 2017, en lo que va de 2018, apenas hay referencias al denominado “desacato catalán”. Salvo error u omisión por mi parte en la búsqueda realizada al cierre de este trabajo, solo se puede mencionar la de 23 de marzo en *Telemundo51Fresno*⁴⁴, que tras el titular “España acusa a 13 políticos catalanes por rebelión”, alude al desacato en algunos párrafos del texto periodístico⁴⁵.

¿Acaso el desacato se resiste a desaparecer? Lo que parece evidente es que a día de hoy sigue vivo en nuestro país, aunque no en su acepción penal clásica conforme a los tipos penales que desaparecieron con el CP 1995, sino entendido como desobediencia, particularmente la judicial. ¿Veremos algún día incorporado nuevamente el desacato al CP como una modalidad específica de desobediencia? ¿Podría denominarse así en un futuro a la desobediencia judicial? Solo el tiempo lo dirá.

43 “El jefe de los Mossos de Escuadra, Josep Lluís Trapero, comparecerá el viernes por *desacatar* una orden durante el referendo independentista” (Véase <http://noticieros.televisa.com/videos/jefe-mossos-cataluna-comparece-viernes-desacato/>).

44 Fresno es una ciudad de California (EEUU).

45 “En su fallo, Llarena dijo que 25 separatistas catalanes serán juzgados por rebelión, malversación o *desacato*. Entre los acusados de rebelión estaban el exvicepresidente catalán Oriol Junqueras... y la líder del partido Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) Marta Rovira, que *desacató* la citación del juez y anunció su salida del país”; “Doce exministros regionales están acusados de malversación de fondos públicos y siete legisladores de *desacato*” (véase <http://telemundo51fresno.com/espaa-acusa-13-politicos-catalanes-por-rebelion/>)