

Á. J. LLORENTE FERNÁNDEZ	R. GIMENO LAHOZ	C. GANZENMÜLLER ROIG
DE LA REGUERA	F. MARES ROGER	M. Á. TABARES CABEZÓN
A. ROBLEDO VILLAR	J. F. ESCUDERO MORATALLA	M. LÓPEZ DE LA CÁMARA
J. FRIGOLA VALLINA	T. CORBELLA HERREROS	GIMÉNEZ-PADILLA
	J. MARTÍNEZ LLUESMA	

DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA;
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA,
Y CONTRA LA CONSTITUCIÓN



BOSCH, Casa Editorial, S.A. – Comte d'Urgell, 51 bis – 08011 BARCELONA

Es propiedad,
© 1998, de los diferentes capítulos,
por sus respectivos autores

Para la presente edición
© 1998, Bosch, Casa Editorial, S.A.
Comte d'Urgell, 51 bis
08011 Barcelona

Primera edición: septiembre, 1998

ISBN: 84-7676-482-0

Depósito legal: B. 24.738-1998

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,
por cualquier medio o en cualquier soporte sin consen-
timiento expreso del propietario del *copyright*.

«A Quico † y a Luis Novella, por su amistad en aquellos años... y en muestra de gratitud y agradecimiento».

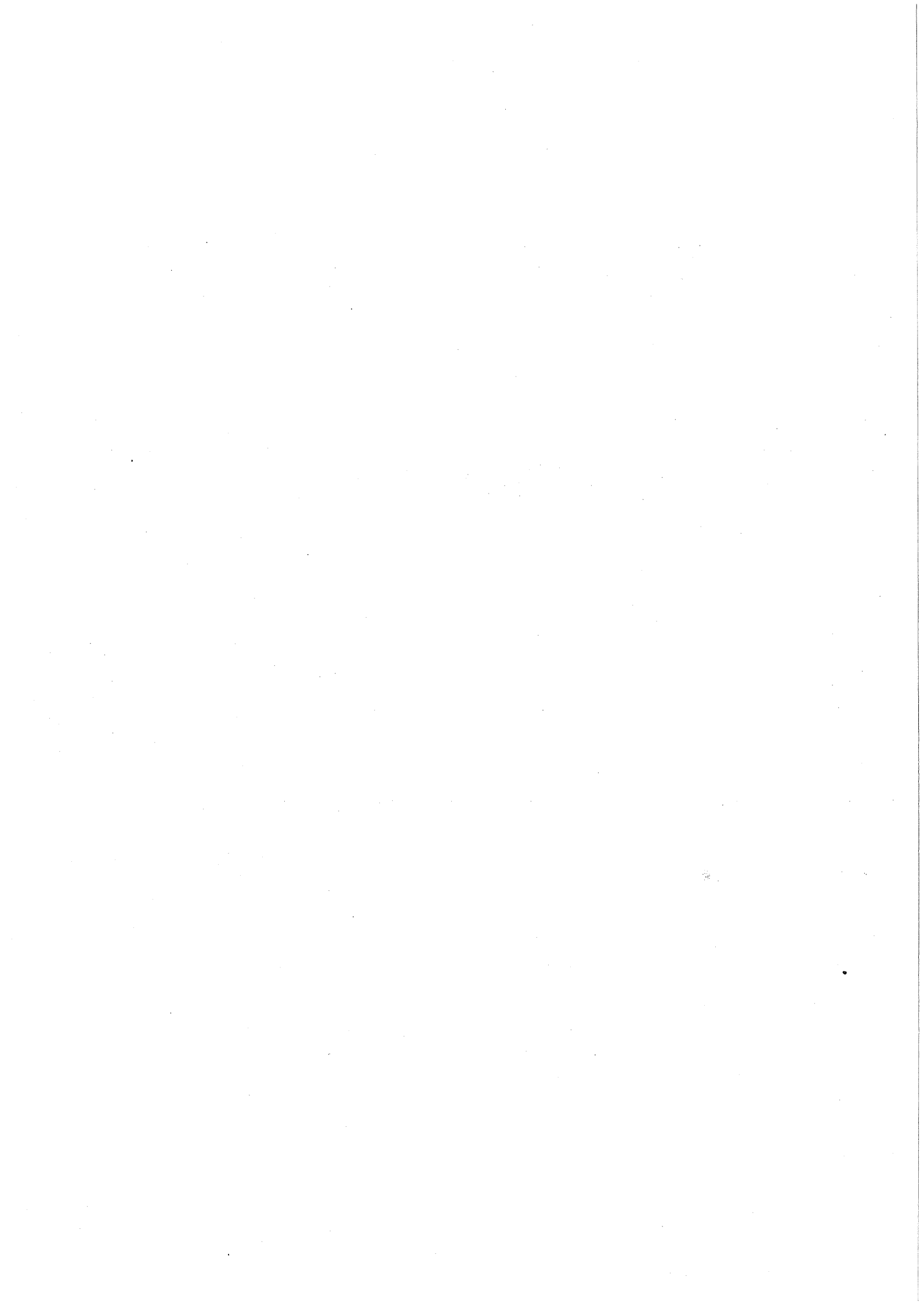
SUMARIO

Capítulo 1. Delitos contra la Administración Pública. Título XIX.	9
Capítulo 2. Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX .	133
Capítulo 3. Delitos contra la Constitución. Título XXI	267

CAPÍTULO 1

Delitos contra la Administración Pública. Título XIX¹

1. El presente Título, ha sido elaborado por Ramón Gimeno Lahoz (Magistrado) y por Teresa Corbella Herreros (Licenciada en Derecho).



«Carece de estabilidad todo Estado en que falta el pudor, y que no tiene en cuenta, el derecho, la honestidad, la piedad y la fe.»

(Séneca).

1. Introducción

El Título XIX del Libro II del Código Penal de 1995 (CP 95, en adelante), recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en el Título VII del anterior Código Penal bajo la rúbrica *«De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»*. La condición de *funcionario público* (o de autoridad) no tendría, en principio, por que tener una trascendencia como tal en la calificación típica de los hechos punibles —así advierte Muñoz Conde—¹ pudiendo operar, todo lo más, como circunstancia agravante en aquellos casos en que se dieran los presupuestos del art. 22, circunstancia 7.^a (prevalencimiento del carácter público). Sin embargo, el legislador ha considerado que tal circunstancia debe formar parte del tipo por su especial trascendencia, pasando a ser el elemento aglutinador de una serie de delitos. Posteriormente, la evolución codificadora ha ido segregando del capítulo referente a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, distintos tipos delictivos que han sido remitidos a otros apartados del Código. Así sucede, por ejemplo, con los delitos cometidos por los funcionarios

1. Muñoz Conde. D.^o Penal. Parte Especial. Pág. 828. De Tirant Lo Blanch.

públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V del Título XXI), o el propio delito de prevaricación judicial, tipificado ahora en el Título XX del texto penal. Sea como fuere, el Título XIX, recoge la mayoría de los delitos en los que la cualidad de funcionario público es elemento típico.

Este elemento común, obliga a detenernos en el análisis del art. 24 CP 95, que ha pasado a ser el definidor de los conceptos jurídicos penales «*autoridad*» y «*funcionario público*». Así el art. 24 CP 95, establece: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

Como podemos apreciar, el concepto de funcionario público (al que a efectos penales se equipara el concepto autoridad)², exige un primer requisito consistente en la incorporación de la persona a la actividad pública por disposición inmediata de ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, si bien estas tres fuentes de ingreso pueden reducirse a una: la Ley, por cuanto que la elección o nombramiento tiene que basarse también en una ley que las determine. El segundo requisito, es que el sujeto participe en las funciones públicas,

2. Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio. «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos». Revista La Ley, núm. 4139, de 8 de octubre de 1996. A este respecto el mencionado autor, defiende de lege ferenda, la supresión del término «autoridad» con el siguiente razonamiento: «... lo mismo que ocurría con el antiguo art. 119, la consideración de los conceptos penales de autoridad y funcionario que establece el actual art. 24, lleva a la conclusión de que si bien no todo funcionario público a efectos penales es autoridad, toda autoridad a esos mismos efectos es funcionario público. Por ello, cuando el Código Penal emplea la expresión legal «funcionario público», no debiera tener que acompañarla de la mención a la «autoridad»: ésta ya se encuentra incluida en aquélla. Que esto es así, lo confirma el epígrafe del Capítulo, que, con corrección y economía legislativa alude a los «funcionarios públicos» y con sólo ello abarca también a las autoridades».

entendiendo por tal, la proyectada al interés colectivo social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. ~~No basta~~ para realizar el tipo, la formalidad de ser funcionario o autoridad, sino que el injusto sólo existe, si el funcionario o la autoridad infringen los deberes propios del cargo; el tipo de injusto, se basa en la infracción de un deber específico por razón del cargo y no en un hecho realizado fuera del marco de sus competencias, en cuyo caso, tal comportamiento será valorativamente equivalente al de una persona ajena a la Administración pública (usurpación de funciones).

«El sujeto activo de la infracción ha de ser un funcionario público, con la amplitud conceptual derivada del artículo 119 del CP, todo el que desempeñe funciones públicas, ya haya accedido a ellas de modo reglado, conforme a una normativa administrativa específica, ya lo haya sido de forma electiva y por designación temporal. Ahora bien, es parecer coincidente en el ámbito doctrinal que para que un funcionario público incurra en el tipo penal que nos ocupa ha de gozar al efecto de competencia para efectuar la designación. No se castiga al intruso designante sino al facultado funcionario que, competente de modo abstracto para el nombramiento en entredicho, lo realiza a favor de sujeto carente de los requisitos legales para el desempeño del cargo o función. Se destaca que el funcionario que careciendo de competencia para efectuar una determinada clase de nombramientos verifique uno de ellos, no incurre en el delito del artículo 382 del CP, sino, en su caso, en el de usurpación de funciones públicas recogido en el artículo 320 del propio texto punitivo».

STS de 9 de marzo de 1994.

Esta definición supraescrita, con ser amplia no abarca la totalidad de los supuestos delictivos contenidos en el Título XIX, debiendo por ello tener presente, que este Título hace extensivas las responsabilidades penales por este tipo de actuación a sujetos que de ningún modo pueden considerarse funcionarios a efectos penales (art. 416, particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos; art. 422, extiende la pena del cohecho a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función

pública; art. 435.3, extiende la responsabilidad por malversación a los depositarios o administradores de los caudales embargados).

* Más allá del ámbito subjetivo, desde una perspectiva sistemática, son los distintos *bienes jurídicos protegidos* aquéllos que configuran la distribución de los delitos en un Código Penal. No obstante ser la tendencia mayoritaria favorable a analizar los distintos artículos del Título XIX para determinar el bien jurídico protegido en el caso concreto, parece obvio que como bien jurídico de carácter general el Título XIX, se protege la Administración Pública. Nadie duda, que la Administración pública es un elemento básico de la configuración actual de la sociedad, y que supone un bien jurídico supraindividual digno de protección. Sin embargo, e intentando llevar a cabo una mayor concreción sobre el bien jurídico protegido, es preciso señalar que lo que se intenta tutelar más que la Administración pública en sí (concepto estático) es «el correcto funcionamiento de la Administración pública» (concepto dinámico); finalidad que se pretende proteger en los arts. 404 y ss. Como expone Octavio de Toledo³ es la función o tarea constitucional de la Administración pública: servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. Este planteamiento de la cuestión conduce a negar definitivamente la protección de la Administración *per se*, y a reconocer como único interés merecedor de tutela, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a sus ciudadanos como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales (Morales Prats, Rodríguez Puerta)⁴. Así lo consideramos con Orts Berenguer,⁵ como más acorde con los arts. 9.1, 9.3, 103 y 106 CE, donde toda la actividad administrativa (sea legislativa, judicial o administrativa) queda sometida a la legalidad, esto es, que sólo se justifica en cuanto se orienta a servir a los intereses generales.

Respecto al *elemento subjetivo*, el legislador se ha decantado por remitir la actuación imprudente al campo de la responsabilidad disci-

3. Octavio de Toledo. La prevaricación del funcionario público. Madrid 1980.

4. Morales Prats y Rodríguez Puerta. Comentarios a la parte especial del Derecho Penal. Pamplona 1996. Pág. 1197.

5. Orts Berenguer y Valeije Alvarez. Comentarios al Código Penal de 1995. Valencia 1996.

plinaria eliminando los delitos culposos, siguiendo el principio de intervención mínima del derecho penal.

Efectuadas unas breves consideraciones sobre la sistemática, el concepto de autoridad o funcionario público, el bien jurídico protegido y el elemento subjetivo, no debemos pasar por alto la trascendencia que ha tenido en los medios de comunicación este tipo de delito. De esta importancia se ha hecho eco el legislador en tal forma, que alguno de los delitos aquí tipificados (infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales y las negociaciones prohibidas a los funcionarios) han pasado a ser enjuiciados por el *Tribunal del Jurado*, de acuerdo con la Disposición Final 2.ª CP 95.

Por último, y en relación con las *penas* previstas en este Título, debe tenerse presente, que son compatibles con las sanciones disciplinarias que la Administración pueda imponer, sin que ello suponga quebranto del principio «*non bis in idem*». El Tribunal Constitucional ha declarado la compatibilidad de ambas sanciones, sobre todo cuando traen causa distinta para responder a diferentes valores. La esencia de la compatibilidad se halla en la distinción entre el delito y los efectos de la conducta en el servicio público.

«El principio general del derecho conocido por «*non bis in idem*» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del «*ius puniendi*» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Como veremos más tarde no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos revela de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9.º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los

principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.

Descendiendo al caso particular que nos ocupa, en los supuestos fácticos contemplados por el Tribunal Provincial de Contrabando en su resolución de 30 de mayo de 1979 y por los Tribunales Penales en sus sentencias de 11 de junio de 1979 y 24 de abril de 1980, no se aprecia esa coincidencia fáctica imprescindible para que resulte operativa la prohibición que representa el principio «non bis idem», haciendo así innecesaria cualquier consideración sobre el fundamento o relación a que responde en este caso el ejercicio de la potestad represiva del Estado. En efecto, no se sanciona, como sostiene el recurrente, doblemente un mismo acto jurídico —la compraventa de una partida de brillantes— sino que, por el contrario, este negocio no es considerado en modo alguno por la resolución del Tribunal Provincial de Contrabando ni por la Jurisdicción Penal, ni pudo serlo porque está al margen de la previsión típica. La infracción de contrabando está representada por la operación material de la entrada ilegal, sin pago de los correspondientes derechos de aduana, de cierto número de brillantes efectuada en fecha anterior a su entrega al recurrente y realizada por personas distintas al señor X. Y. Z. Por otro lado, el delito monetario está representado por la actividad también material de pretender la salida del territorio español de una cantidad de moneda española sin autorización, operación que se inicia, en la apreciación del Tribunal Penal, por la entrega del dinero realizada en Madrid de 26 de enero de 1978 personalmente por el señor X. Y. Z., a los también condenados señores A. B. C. y D. E. F.

Para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica, conforme a los cuales se llega a la conclusión de que la resolución del Tribunal de Contrabando no sanciona la recepción en Madrid de los brillantes por el señor X. Y. Z., sino que la conducta a que atiende es una actividad anterior constitutiva de una infracción consumada, pues una vez que entraron los brillantes en España ya se habían realizado todos los actos de ejecución. En dicha infracción consumada, el recurrente en amparo tuvo una participación subsiguiente, no como autor ni cómplice, sino de mero encubridor, al aprovecharse para sí y auxiliar a los otros partícipes, mediante la adquisición y recepción de la mercancía, en los efectos de una conducta ilícita ya realizada. Por el contrario, el delito mo-

netario constituido por una exportación ilegal de moneda española se inicia, en la estimación del Órgano judicial, el 26 de enero de 1978 con la participación principal del señor X. Y. Z., como autor, mediante la entrega del dinero destinado a salir ilegalmente fuera de España. Consecuentemente se aprecia en el recurrente una doble conducta; de una parte, la recepción de la mercancía ilegalmente importada, suficiente para integrar su participación como encubridor en la infracción de contrabando, y, de la otra, una intervención principal al entregar el dinero destinado a su ilícita exportación con conocimiento de esta circunstancia».

STC de 30 de enero de 1981.

2. Prevaricación⁶ de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

«Aunque la autoridad sea un oso testarudo, con frecuencia se consigue amarrarlo por el hocico, a fuerza de oro. Mostrad el interior y vuestro bolsillo al alcance de su mano.»

(Shakespeare).

El Capítulo I del Título XIX contiene bajo esta rúbrica una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común, pero que supone respecto a la normativa anterior las siguientes novedades. En opinión de González Cussac,⁷ tres aspectos fundamentales deben destacarse en relación a la nueva configuración del delito de prevaricación de funcionario: la redefinición típica con la inclusión

6. Escudero Moratalla, J.F. y Frigola Vallina J. «*Vademecum jurídico*». Edit Bosch 1998, pág. 194. Etimológicamente «*praevaricatio*», era el nombre dado a la conducta sesgada (de *varus* «opuesto» «contrario»), desfavorable e incluso contraria, que en un proceso mantenía un juez o defensor, en perjuicio de su cliente, por estar en connivencia con la parte contraria.

7. González Cussac, José Luis. «*La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación*». Cuadernos de Derecho Judicial 1996 XXX, págs. 13 y ss.

expresa del término «arbitrarias»;⁸ la desaparición de la modalidad imprudente;⁹ y, la creación de una serie de figuras que podrían calificarse de «prevaricaciones específicas» (arts. 320, 322 y 329 CP 95).

Pero junto a estas tres modificaciones esenciales, el CP 95, ha introducido otras, que si bien no resultan tan llamativas, no dejan de comportar significativos cambios. En primer lugar, la prevaricación del funcionario público que pasa de tener un tratamiento único dentro del título de delitos cometidos por los funcionarios públicos, a tener un tratamiento separado la prevaricación de los funcionarios públicos (Título XIX)¹⁰ de la prevaricación de Jueces y Magistrados (Título XX). En segundo término, al definirse el sujeto activo, ya no se alude únicamente a «funcionarios públicos», sino que ahora se incluye expresamente a la «autoridad». Y en este contexto resulta necesario insistir en su naturaleza de delito especial propio. En tercer lugar, el CP 95, nada afirma explícitamente sobre el castigo de la omisión, por lo que debemos plantearnos su admisión dentro de la estructura típica de la prevaricación contenida en el art. 404 CP 95. Por último, la pena de in-

8. Se introducen modificaciones terminológicas al ser ahora, «*resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia*», el núcleo del tipo, mientras que antes, lo era el hecho de «*dictar a sabiendas una resolución injusta*». Este cambio que parece no tener unas consecuencias prácticas importantes, permitirá en principio la aplicación de la jurisprudencia existente. No debe dejarse de señalar el importante incremento que ha sufrido la actividad discrecional o la actividad no reglada de la Administración en los últimos años. Con la nueva terminología, queda más claro que, aunque no exista una infracción formal de la ley, las resoluciones arbitrarias e injustas por infringir principios generales del derecho (ejemplo, el principio de igualdad), pueden ser constitutivas de prevaricación.

9. Desaparece la forma imprudente que contemplaba el párrafo segundo del art. 358 del CP derogado, constituyendo ello un gran acierto dado que como exponía González Cussac, para que intervenga el Derecho penal no basta con dictar una resolución contraria a derecho, sino que se requiere además arbitrariedad, como equivalente a torcer el Derecho, a forzarlo, lo que implica una conducta consciente y por tanto dolosa (STS 2635/93, de 23 de noviembre). Si existiera alguna duda razonable de que la resolución sea manifiestamente injusta desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en otra vía (STS 2435/93, de 28 de octubre).

10. Cuya rúbrica es «Delitos contra la Administración Pública», que viene a sustituir la vieja fórmula del Título VII del Texto anterior de los «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», cambio éste que parece querer sugerir una diferente delimitación del bien jurídico protegido.

habilitación especial señalada en este precepto implica ciertas peculiaridades con relación a la prevista en el art. 358 CP 73.

2.1. Prevaricación mediante resolución arbitraria. Art. 404 CP

*Art. 404 CP:*¹¹

«A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

La prevaricación administrativa, es un delito elaborado en los últimos años sobre todo a partir de una concepción democrática del poder, en el que éste, pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose incluso a la exigencia de responsabilidad penal cuando en el ejercicio de esa potestad se produce una aplicación torcida del derecho, que es, en definitiva, el núcleo de la prevaricación. También aquí el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo preservarse sólo para aquellos casos que la actuación administrativa constituya una infracción grave de los principios básicos de la Administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida con otro tipo de instrumento; lo contrario, supondría un grave riesgo de criminalizar toda la actividad administrativa. En este sentido, la jurisprudencia ha exigido que la resolución incriminada sea evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración (STS 422/95, de 25 de marzo)¹². Según la STS de 3 de abril de 1998, ponente Sr. Marañón Cháva-

11. Art. 358 del anterior CP.

12. «Como ha dicho la doctrina de esta Sala la injusticia del acuerdo o resolución puede provenir tanto por la infracción de normas sustantivas como procedimentales pues lo importante, a efectos del precepto penal cuya aplicación se postula, es que la decisión de los funcionarios (todos o parte de los integrantes de un Pleno del Ayuntamiento) supongan un ataque a la legalidad o una contradicción con el ordenamiento jurídico. Ahora bien, no cabe aplicar apresuradamente una norma penal ante una simple irregu-

ri, son elementos caracterizadores del delito de prevaricación maliciosa de funcionario administrativo, tipificado en el art. 404 CP 1995: a) la cualidad de funcionario público en el sujeto activo, entendida en el sentido amplio que establece el art. 119 CP, como equivalente a la participación en funciones públicas; b) el elemento fáctico y normativo, consistente en el pronunciamiento o dictado de resolución injusta en asunto administrativo, y c) el elemento subjetivo de la conciencia de la injusticia.

«No basta con que tal resolución no sea la correcta en derecho, sino que exige que vaya más allá de la simple ilegalidad, y entre en los términos de la injusticia, que existe siempre que se dé una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico, por lo que la infracción desborde la legalidad vigente, pues constituyendo el Derecho Penal, en cuanto al «ius puniendi», la última «ratio» sancionadora, en virtud del principio de intervención mínima, sólo debe actuar cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existan remedios para corregir el error producido con la resolución, o ésta sea de tal naturaleza evidente y grave, de tal modo que haya de apreciarse el «plus» de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal».

STS 541/95, de 5 de abril.

*Características que debe reunir la resolución administrativa injusta para integrar el delito de prevaricación.*¹³ «El delito de prevari-

laridad administrativa o ante la discordancia interpretativa de las normas, porque si así lo hiciéramos se correría el riesgo de criminalizar toda la actividad administrativa y convertir los Tribunales de lo penal en un trámite previo a la aprobación de cualquier actuación administrativa. Ya se ha señalado reiteradamente por esta Sala que la injusticia de la resolución incriminada tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insoportable contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos y además, que se cause a sabiendas o por ignorancia o negligencia inexcusable, un perjuicio evidente a terceros o a la causa pública en general» STS 422/95, de 25 de marzo.

13. STS de 4 de julio de 1997. Ponente Sr. Martín Pallín. Absuelve del delito de prevaricación a un Alcalde que contrata obras sin previo expediente de adjudicación por razones evidentes de urgencia, justificando debidamente la decisión adoptada.

cación exige como requisito esencial el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, siendo constante la jurisprudencia al determinar que la injusticia de la resolución no se identifica con su ilegalidad, es decir, con el dato de que la resolución no sea conforme a Derecho —lo que podría conllevar su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no exige su criminalización—, sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente. Por ello, la simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el procedimental o en el de fondo, no transmuta automáticamente en delictiva desde la perspectiva del antiguo art. 358.1 CP, la actuación del funcionario o autoridad que la dicte, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que este elemento normativo del tipo únicamente concurre cuando la contradicción con el ordenamiento jurídico es patente, notoria e incuestionable, apartándose la resolución dictada de la legalmente procedente de una manera tan palmaria y llamativa que no puede sostenerse racionalmente como plausible la decisión adoptada. La prevaricación no consiste en dictar una resolución en la que pueda ser jurídicamente discutible o dudosa la competencia, el procedimiento o el fondo, desde la perspectiva de la normativa administrativa aplicable, sino en dictar resoluciones en las que la contradicción con el ordenamiento jurídico, en el orden competencial, procedimental o sustancial, es tan notoria que su injusticia resulta fácilmente apreciable por cualquiera. El art. 404 CP 95 ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando, sino recogiendo lo que ya expresaba la jurisprudencia, calificando de «arbitrarias» las resoluciones que integran el contenido del delito de prevaricación, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor y su manifiesta contradicción con la justicia, caracterizan el acto arbitrario, por lo que no basta la mera ilegalidad, sino que se precisa un plus de antijuridicidad, que es lo que justifica la intervención del Derecho penal más allá del control de la legalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, para sancionar por el delito de prevaricación, ha de estarse ante una infracción de la norma administrativa a la que le sean inherentes, las

notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa, y hasta en expresión de alguna resolución, grosera o esperpéntica".¹⁴

STS de 27 de enero de 1998. Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón.

Prevaricación de alcalde, por no tramitar y ocultar una multa, para conseguir su prescripción. «En efecto, el delito de prevaricación exige: A) Que una autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8308), es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados (S de 26 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1355]), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (S 364/1994, de 21 de febrero [RJ 1994, 1552]). B) Que la resolución sea "injusta"; o como dice el vigente CP de 1995 (RCL 1995, 3170) "arbitraria"; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional —desviación de poder— (STC 27/1981 [RTC 1981, 27]). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de "una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpénticas se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho" (SS de 10 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3772]; 21 de febrero, 27 de mayo y 10 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 1552, 9345 y 8809]; 25 de marzo y 20 de abril de 1995 [RJ 1995, 3898]; 14 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2459]; 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997

14. De este modo y en el presente caso, la convocatoria de subvenciones aprobada por la Corporación puede discutirse en el ámbito de la legalidad administrativa, cuestionando las facultades del Pleno para efectuar una convocatoria de subvenciones dirigida a actividades empresariales privadas, o bien impugnando la adecuación a Derecho de una medida de apoyo económico. Ahora bien en el ámbito penal, la referida convocatoria no puede calificarse de injusta, pues ni lo es objetivamente, en el sentido de evidente, flagrante y de clamorosa ilegalidad, ni lo es subjetivamente, ya que los miembros de la Corporación que la adoptaron no solamente no trataban de cometer una injusticia, sino de repararla.

[RJ 1997, 661, 1822 y 3262]). Concretamente, como ha declarado esta Sala en S de 14 de noviembre de 1995, la "injusticia" que tal actuación administrativa proclama "puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que ésta implique un torcimiento del derecho (S de 20 de abril de 1995). La omisión de los trámites procedimentales o formales, custodia o salvaguardia de las adecuadas garantías y a cuyo través se ha de plasmar necesariamente la resolución de la autoridad o del funcionario público genera este delito (SS de 24 de abril de 1988 [RJ 1988, 2864], 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 2954 y 4336], y 21 de febrero de 1994)". C) Que la resolución se dicte a sabiendas de su injusticia, esto es, con clara coincidencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución; elemento culpabilístico que no es suficiente con que sea deducido de consideraciones más o menos fundadas, sino que se evidencie como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable (SS de 22 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6857], 3 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 8880], 14 de febrero de 1994 [RJ 1994, 731] y 10 de julio de 1995 [RJ 1995, 5400]).

3. El relato histórico de la sentencia de instancia hace constar que un agente de la Policía Local de Arenas de San Pedro (Ávila) formuló el 23 de octubre de 1993 denuncia contra Francisco G.D. por estacionamiento indebido en la travesía de dicha localidad. Señala también que el denunciado habló al día siguiente con el acusado, a la sazón alcalde de la localidad, y "éste se personó el día 25 del mismo mes en las dependencias de la Policía Local, sitas en la planta baja del ayuntamiento y con ánimo de que la denuncia no se cursase a la Jefatura de Tráfico, que era lo reglamentario, y a fin de que no recayese resolución sancionadora por tal centro, ordenó al policía local José Luis S.M. se la entregara, mandato que obedeció, guardándosela el acusado, por lo que al no remitirse a la Jefatura no pudo dictarse acuerdo sancionador sobre el hecho objeto de la denuncia, prescribiendo ésta".

Dados los hechos probados, la cuestión prejudicial administrativa de si la competencia correspondía a la Jefatura de Tráfico, o al propio alcalde, para dictar resolución por infracción de tráfico resulta irrelevante. En el primer caso porque su comportamiento evitó como dice la sentencia de instancia que recayese acuerdo sancionador. En el segundo porque el acusado nada resolvió sobre el hecho denunciado, sino que provocó intencionadamente la prescripción de la infracción cometida, por el burdo procedimiento de no dar a la denuncia del agente de

policía el debido curso procedimental administrativo, al ordenarle entregar el boletín de denuncia formulada, y en definitiva la exclusión de la sanción posible, prescindiendo absolutamente de las más elementales normas del procedimiento administrativo sancionador. Tener competencia para sancionar o no un hecho denunciado no legitima para esconder las denuncias de los agentes de policía, y a través de su ocultación, provocar maliciosamente la prescripción de las infracciones. Una prescripción que no se habría producido de haberse sustanciado el correspondiente expediente sancionador, en cuyo seno el acusado hubiera podido ejercer su invocada competencia en la materia. No lo hizo así porque simplemente prescindió del procedimiento de manera total y absoluta favoreciendo de tal ilegal y heterodoxa manera al conductor denunciado y perjudicando el interés público presente en la actividad sancionadora de la Administración pública. No se trata de una simple disconformidad con el derecho, derivada de una interpretación de las normas poco afortunada. Se trata de una decisión en materia administrativa calificable de injusta por ser groseramente contraria a las más elementales normas de cualquier procedimiento administrativo sancionador, y por todo ello constitutiva del delito apreciado por la sala de instancia.

El motivo, por lo expuesto, debe desestimarse.»

STS de 12 de junio de 1998. Ponente Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.

Sujeto activo. Como delito especial, únicamente la autoridad o funcionario público que tenga funciones decisorias, podrá ser sujeto del tipo antedicho, siendo irrelevante que la acción delictiva se realice como miembro de un órgano unipersonal o de un órgano colegiado (S 1312/1994, de 24 de junio)¹⁵.

«No sólo pueden llevar a cabo la acción delictiva los funcionarios en cuanto ejercientes de un órgano unipersonal, sino también los miem-

15. «Por ello, en efecto y en resumen, por la vía del número 1 del artículo 14 el Código Penal, nunca se podrá castigar como autor de un delito de prevaricación a quien no sea funcionario público, por la elemental consideración de que quien dicta la resolución ha de tener tal carácter». STS 1312/1994, de 24 de junio.

bro de un órgano colegiado, tanto quienes lo presiden como los que de él forman parte, siempre que concurran en cada uno de ellos las exigencias establecidas en la norma penal».

STS 1717/1994, de 19 de diciembre.

Participación. Como delito especial propio puede el extraño ser partícipe en concepto de inductor, cooperador necesario o cómplice (STS 52/1994, de 18 de enero).

«Dice la parte recurrente en apoyo de este motivo que el delito de prevaricación por tratarse de un delito especial propio, exige que el agente ostente la condición de «funcionario público», cualidad de la que carecen los aquí recurrentes (albañiles de profesión). En el plano objetivo, los recurrentes carecían igualmente de «facultades decisorias». En definitiva —dicen los recurrentes—, «la conducta imputada a mis representados... si bien es reprochable desde el punto de vista moral y social, no lo es desde el punto de vista jurídico-penal». Por último, existe una dificultad insalvable para la aplicación a los recurrentes del precepto cuya infracción se denuncia en razón de la penalidad, ya que el Código Penal castiga este tipo de conductas con la pena de inhabilitación especial, que parece únicamente adecuada para los funcionarios públicos y para las personas constituidas en autoridad. Los argumentos de la parte recurrente carecen de fundamento atendible por las siguientes razones: a) Porque, en cuanto al requisito subjetivo del tipo (la condición de funcionario público del sujeto activo) tiene declarado esta Sala que ello es únicamente exigible respecto del autor directo (art. 14.1.º Código Penal), más no respecto del inductor o el cooperador necesario (art. 14.2.º y 3.º Código Penal) como razonadamente se explica en las Sentencias de esta Sala de 18 enero y 24 junio 1994. b) Porque, por las mismas razones, la exigencia de ostentar facultades decisorias es predicable del autor directo, mas no del inductor o del cooperador necesario. Y c) Porque, desde el punto de vista de la penalidad, la inhabilitación especial para cargo público produce los siguientes efectos: 1.º) La privación del cargo o empleo sobre el que recayera y de los honores anejos a él. Y 2.º) La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena. De modo que si bien el primero de dichos efectos no puede aplicarse a quien no tenga la condición de funcionario público, nada impide, por el contrario, que se

aplique el segundo a quienes carezcan de tal condición. Por todo lo dicho procede la desestimación de este motivo».

STS de 14 de marzo de 1996.

Resolución arbitraria, dictada a sabiendas de su injusticia. Se entiende por resolución todo acto de la Administración pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Quedan incluidos los actos constitutivos y los declarativos; y se excluyen los que no tengan carácter decisorio. El concepto comprende: las resoluciones verbales, los actos de trámite con contenido decisorio, y las disposiciones administrativas de carácter general. (STS de 23 de enero de 1998, ponente Sr. Don Ramón Montero Fernández-Cid. Por resolución, en general, viene entendiéndose aquél acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral (STSS. 346/1994, de 21 de febrero¹⁶ y 1140/1995, de 14 de noviembre). No quedan incluidos los actos políticos o de gobierno (STS 25 de mayo de 1992). Aunque tradicionalmente se ha negado la comisión por omisión, se ha abierto un cauce excepcional para los casos en que el funcionario tenía la obligación de dictar la resolución y su omisión produjo efectos equivalentes a una denegación expresa (STS 1880/1994, de 29 de octubre)¹⁷.

16. «Es de destacar que por «resolución» viene entendiéndose cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral. La «injusticia» de la decisión tanto puede venir referida a la absoluta falta de competencia del órgano que la dicta, a su contenido de fondo incuestionablemente contrario y vulnerador del Ordenamiento jurídico, o a la omisión de aquellos trámites procedimentales o formales, custodios y salvaguardadores de las adecuadas garantías, a cuyo través ha de plasmar necesariamente la resolución de la autoridad o funcionario público». STS 346/94, de 21 de febrero.

17. «El Concejal instructor de un expediente disciplinario participa del ejercicio de funciones públicas, en el sentido del artículo 119 CP. Aunque su función se limitara, como dice la defensa, a proponer resoluciones que deben ser adoptadas por el Alcalde, no

«No es de considerar el argumento de la defensa recurrida sobre la exclusión de la tipicidad de la comisión por omisión de la prevaricación. Si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes que, en principio, no cabe la comisión por omisión del delito de prevaricación, tal premisa jurisprudencial admite excepciones en los casos especiales en los que era imperativo para el funcionario dictar la resolución y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación. Este criterio es consecuencia del significado jurídico que tiene el silencio de la Administración, que equivale a una denegación y abre la vía del recurso correspondiente (cfr. arts. 42 y ss. de la Ley 30/1992)».

STS 1307/1995, de 27 de diciembre.

La resolución arbitraria, es un elemento objetivo del tipo de injusto. La arbitrariedad ha de determinarse con independencia de la relación subjetiva del autor con la resolución. Una vez determinada objetivamente una resolución como arbitraria, esa conducta sólo será típica si el autor actúa sabiendo que está dictando una resolución contraria a derecho (González Cussac y Muñoz Conde)¹⁸.

«El delito de prevaricación previsto en el párrafo primero del artículo 358 del Código Penal existe cuando el funcionario público, en el ejercicio de actos propios de su cargo, o ejecutados al amparo de él, sin

cabe duda que ello implica tomar parte en una función oficial propia del cargo para el que ha sido designado. En la argumentación del recurrente está implícita, además, la afirmación de que él no habría adoptado medida alguna, pues ello estaba fuera de su competencia. Este punto de vista, tendente a excluir la tipicidad por no haberse dictado una resolución en la que se haya cometido el quebrantamiento del derecho aplicado, es erróneo. En efecto, la omisión del concejal, que contó con el informe del Secretario del Ayuntamiento de 25 junio 1985, consiste, en realidad, en el mantenimiento de una resolución de suspensión en forma contraria a su deber. La equivalencia de tal omisión con el dictado de una resolución cumple todas las exigencias de los delitos impropios de omisión, dado que el procesado M. R. era garante de la no producción de un quebrantamiento del derecho respecto del perjudicado y, además, la omisión es materialmente equivalente a la acción en la medida en la que el tipo del artículo 358 no requiere una especie determinada de comportamientos activos que condicionen la realización del mismo». STS 1880/1994, de 29 de octubre.

18. Obras citadas.

hallarse investido de facultades legales para ello, dicta a sabiendas una resolución injusta en asunto administrativo, y esto sentado es notorio que el Tribunal sentenciador ha calificado y penado con todo acierto, como constitutivos de tal delito, los hechos que declara probados, porque, según consta en ellos, el recurrente, en su condición de alcalde, adoptó la decisión de ordenar, sin incoación de expediente administrativo de ningún tipo y sin participarlo previamente al administrado a fin de que pudiera hacer las alegaciones que estimara pertinentes, que se procediera, bajo su dirección, a la destrucción de un muro de contención de mampostería granítica de 75 metros de longitud que servía de protección y defensa contra la acción del mar de una finca cercada que venía disfrutando el titular registral de la misma Juan Bautista P. R. a pretexto de ejecutar unas obras de limpieza en la playa de Santa Cristina de la localidad de Oleiros, conociendo como conocía, que la competencia para ello era de la Demarcación de Costas y no del municipio, que las tiene para otros menesteres, lo que afectó a una caseta, que usaba el perjudicado, sita en el interior de la aludida finca, que el recurrente quería demoler y que consiguió a la postre, pues en tal declaración se contienen los requisitos integrantes de la infracción punible anteriormente mencionada como son, de un lado, el carácter de funcionario público del culpable y, de otro, la adopción, sabiendo que incumplía con su deber por carecer de facultades para hacerlo, de un mandato —la de destruir el referido muro—, que no ignoraba era injusto por contrario al ordenamiento jurídico, lo cual obliga a confirmar el fallo de instancia que se encuentra en un todo ajustado a la Ley».

STS de 8 de febrero de 1996.

Las acepciones «injusticia» y «arbitraria», no dejan de presentar cierta dificultad, inconveniente que ya proviene del CP 73 cuando utilizaba el término «*resolución injusta*» no habiéndose abierto las posibilidades clarificadoras de su interpretación. El término injusticia en definitiva, será el resultado de la interpretación de la norma que haga el Tribunal a posteriori, por lo que con una finalidad de objetivizar este concepto, sólo podrá reputarse injusta, la interpretación efectuada por el funcionario cuando sea difícilmente justificable en el plano teórico. El término «*a sabiendas*», significa con consciencia de obrar torticero

(STS 2261/1993, de 16 de octubre). Un estudio global de la casuística jurisprudencial, demuestra como circunstancias muy significativas, el hecho de que le haya sido puesta de manifiesto la ilegalidad por alguien al autor (no obstante lo cual siguió adelante), o cuando es patentemente contraria a la ley.

«El delito de prevaricación sancionado en el art. 358.1 CP exige como requisito esencial el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, siendo constante la jurisprudencia al determinar que la injusticia de la resolución no se identifica con su ilegalidad, es decir, con el dato de que la resolución no sea conforme a Derecho —lo que podría conllevar su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no exige su criminalización—, sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente (Cfr. TS 2.ª SS 19 may. 1992, 20 abr. 1995, 1 abr. 1996 y 23 abr. 1997).

La simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el procedimental o en el de fondo, no transmuta automáticamente en delictiva, desde la perspectiva del art. 358.1 CP, la actuación del funcionario o autoridad que la dicte, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que este elemento normativo del tipo únicamente concurre cuando la contradicción con el ordenamiento jurídico es patente, notoria e incuestionable, apartándose la resolución dictada de la legalmente procedente de una manera tan palmaria y llamativa que no puede sostenerse racionalmente como plausible la decisión adoptada.

La prevaricación no consiste en dictar una resolución en la que pueda ser jurídicamente discutible o dudosa la competencia, el procedimiento o el fondo, desde la perspectiva de la normativa administrativa aplicable, sino en dictar resoluciones en las que la contradicción con el ordenamiento jurídico, en el orden competencial, procedimental o sustancial, es tan notoria que su injusticia resulta fácilmente apreciable por cualquiera. El art. 404 CP 1995 ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando, sino recogiendo lo que ya expresaba la jurisprudencia, calificando de «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta au-

sencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor y su manifiesta contradicción con la justicia, caracterizan el acto arbitrario, por lo que no basta la mera ilegalidad, sino que se precisa un *plus* de antijuridicidad, que es lo que justifica la intervención del Derecho penal más allá del control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para sancionar por el delito de prevaricación ha de estarse ante una infracción de la norma administrativa a la que sean inherentes las notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa, y hasta, en expresión de alguna resolución, grosera o esperpéntica (Cfr. TS 2.º S 3 mar. 1997)».

STS de 27 de enero de 1998.

La injusticia de la resolución, puede provenir tanto por la infracción de normas sustantivas como procedimentales, en la aplicación de una norma inconstitucional, en el retraso en su aplicación, en la aplicación indebida de una norma inadecuada u obsoleta, e incluso en la contravención del derecho suprallegal (STS 52/94, de 18 de enero); la desviación o el torcimiento del derecho debe ser grosero, claro y evidente, para apreciar el *plus* de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS 984/1995, de 6 de octubre).

«... e) en cuanto a la «resolución», viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos o de gobierno. f) respecto a la «injusticia» de la resolución, puede entenderse dicho requisito referido a la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico (Sentencia reiterada de 17-9-1990) o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente esté preceptuado con carácter esencial (S. 7-11-1986). g) la resolución ha de dictarse por el funcionario «a sabiendas» de su injusticia, lo que ha de entenderse como conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de

la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo».

STS de 25 de mayo de 1992.

«La sola y pura ilegalidad de un acto administrativo no entraña un ilícito penal, pues el elemento normativo del tipo penal es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal. Existe un concepto de justicia cuya lesión es la esencia del delito y al que se llega valorando la antijuridicidad material de la resolución –Sentencia 2635/1993, de 23 noviembre – siendo preciso que la «desviación» o el «torcimiento del Derecho» sea de tal manera grosero, claro y evidente para apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal –Sentencia 1095/1993, de 10 mayo–. No basta que la resolución no sea la correcta en Derecho, sino que se exige que yendo más allá de la simple ilegalidad entre en los términos de la injusticia, que se da siempre que exista una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico, por lo que la infracción desborda de modo flagrante la legalidad vigente, que sea de tal naturaleza evidente y grave que encierre el «plus» de antijuridicidad que debe dar vida a todo tipo penal –Sentencias de 10 mayo, 18 junio y 22 septiembre 1993».

STS 984/1995, de 6 de octubre.

No es necesario determinar prejudicialmente la ilegalidad en la vía administrativa.

«El motivo único del recurso se residencia procesalmente en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y alega la vulneración por aplicación indebida del artículo 358 del Código Penal y del artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) y por falta de aplicación del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento citada, al entender que existía una cuestión prejudicial a dilucidar en la vía administrativa para dilucidar la legalidad o ilegalidad del Acuerdo municipal de 15 marzo 1989 consistente en «no expedir certificados, excepto los del paro, mientras los solicitantes sean morosos con el Ayuntamiento y estudiar caso por caso». Para analizar el motivo conviene partir de la idea de que tales artí-

culos 4 de la LECrim, y 10 de la LOPJ no se contradicen y así la STS 2909/1993, de 24 diciembre señala que el primero de los preceptos, interpretado tanto desde un punto de vista literal como lógico, nos viene a indicar que, aun aceptando la regla general que establece el artículo anterior en favor de la jurisdicción penal, se reconoce la existencia de una prejudicialidad que podríamos denominar «invertida» o «al revés», al ordenar que cuando las cuestiones prejudiciales fueran determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella jurisdicción a quien corresponda, refiriéndose tanto a la jurisdicción civil como a la contencioso-administrativa. Por otra parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica, aunque posterior en el tiempo, en nada viene a modificar esa normativa, sino más bien a ratificarla, ya que, aun respetando la preferencia de la jurisdicción penal como regla primaria y general, salva, sin embargo «aquellas excepciones que la Ley establezca», excepciones que, repetimos, vienen determinadas en el artículo 4.º de la Ley Rituaria.

2.º Mas ello no comporta que en este caso sea aplicable el referido artículo 4 de la LECrim ni el básico principio de intervención mínima del Derecho Penal alegado por el recurrente y que en alguna ocasión ha aplicado esta Sala (STS 1384/1994, de 5 julio) al tipo penal de prevaricación. La ostensible, patente y manifiesta ilegalidad del acuerdo y su aplicación en la concreta ocasión que es origen de esta causa determina que no sea precisa la decisión administrativa sobre su legalidad o ilegalidad y contrariamente que la jurisdicción penal pueda pronunciarse con arreglo a los artículos 3 de la LECrim y 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Máxime cuando el ahora inatacable (artículo 884.3.º de dicha LECrim) relato fáctico de la sentencia expresa que en mayo de 1989 el nuevo Secretario del Ayuntamiento, al tomar posesión de su cargo y conocer el acuerdo citado «comentó verbalmente sus dudas sobre la legalidad del mismo al acusado; sin que éste adoptase medida alguna respecto al mismo»; por lo que sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían simples reiteraciones procede la desestimación del recurso».

STS 20 de enero de 1996.

Concurso. Cabe el concurso con el cohecho (art. 419 CP 95) y con el tráfico de influencias (art. 428 CP 95).

Expresa declaración de nulidad de la resolución administrativa por el Tribunal. La resolución administrativa debe ser —si lo es— expresamente declarada por el órgano judicial como nula, pues en caso contrario la misma seguiría teniendo vigencia pese a la condena por prevaricación de su autor (STS 52/94, de 18 de enero).

2.2. Nombramiento ilegal de cargo público. Art. 405 CP.¹⁹

Art 405 CP:

«A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Este precepto, no sólo ha cambiado de ubicación —tal y como peticionaba la doctrina—, sino que ha ampliado las modalidades de *conducta*. No sólo se tipifica la proposición o el nombramiento para cargo público, sino también el dar posesión. No obstante, la conducta sólo podrá ser típica cuando suponga una contradicción con el ordenamiento jurídico tan patente y grosera, que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando pues la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible (STSS de 16 de febrero de 1996,²⁰ de 10 de abril de 1992, de 26 de febrero de 1992). Este artículo reproduce el antiguo 382 del CP derogado, si bien recogiendo expresamente el criterio de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en cuanto que el *tipo objetivo* que exigía que el suje-

19. Art. 382 del anterior CP.

20. «La doctrina de la Sala destaca siempre que la injusticia de la resolución dictada en asunto administrativo ha de ser clara y manifiesta, pues si existiera alguna duda razonable en tal extremo, desaparecería el aspecto penal de la implicación para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad a depurar en los correspondientes procedimientos administrativos». STS 16 de febrero de 1996.

to gozase de competencia para proponer, nombrar o dar posesión, dado que si carece de dicha competencia, nos encontraríamos ante un delito de usurpación de funciones del art. 402 CP (STS 2910/94, de 9 de marzo).

En cuanto al cargo tanto puede tener el carácter de definitivo como de interino. Y, en cuanto al *tipo subjetivo*, requiere que el nombramiento ilegal se produzca a sabiendas de la ilegalidad.

«La doctrina de esta Sala ha manifestado, que la intención dolosa no basta deducirla de consideraciones más o menos fundadas que se presenten a juicios diferentes, sino que es preciso que haya una prueba que no deje lugar a duda alguna y si ésta no se infiere, legal ni racionalmente de los hechos probados, no puede aplicarse este artículo –SS. 20-11-1879, 14-3-1883 y 14-5-1914–. Se requiere en el sujeto activo una clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad –S. 30-12-1972–. En cuanto a la locución «a sabiendas» que utiliza el precepto penal, se ha entendido por reiterada doctrina jurisprudencial, como equivalente a la comisión del hecho con la malicia de una acción reprobada –S. 8-10-1879– siendo preciso que el acusado tenga conciencia de la infracción de sus deberes –SS. 5-6-1899 y 13-6-1900–. Supone así la conducta del agente un ánimo deliberado de faltar a la justicia –SS. 28-3-1896, 22-11-1901 y 14-5-1914–, es decir, un propósito conocido de quebrantar un mandato legal –SS. 29-1-1883 y 16-5-1910– lo cual exige que se justifique, de una manera que no deje lugar a duda, que el agente obró en el hecho imputado a ciencia segura –S. 14-10-1884– con malicia y verdadera conciencia –SS. 31-1-1914 y 13-12-1919– esto es, con intención dolosa y culpable y pleno conocimiento de que ejecutaba un acto injusto –S. 5-10-1906– constándole la injusticia del mismo –S. 14-3-1914– en fin, que obre con conciencia e intención de faltar a la justicia –S. 22-12-1941– y asimismo que la evidencia de la injusticia sea tan manifiesta que excluya la más leve duda en las personas superficialmente entendidas en Derecho y prácticas administrativas –S. 13-1-1948– o sea, y en definitiva, que el sujeto sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente –S. 3-5-1986».

STS de 26 de febrero de 1992.

2.3. Aceptación ilegal de cargo público. Art. 406 CP

Art. 406 CP:²¹

«La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles».

Es la auténtica novedad del Capítulo pues no se recogía en la legislación penal anterior. Se trata del lado pasivo del delito contemplado en el artículo anterior, no dejando de ser una forma de participación, pero donde el legislador ha querido resolver los problemas interpretativos que surgen en los delitos especiales propios de una forma expresa, elevando a la categoría de delito independiente la participación del particular en su nombramiento ilegal.

3. Abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos

Con esta rúbrica en el Capítulo II del Título XIX se tipifican tres delitos distintos que (como ha destacado Muñoz Conde)²², no tienen entre sí más denominador común que el incumplimiento de determinados deberes de actuación en determinados ámbitos o circunstancias.

3.1. Abandono individual. Art. 407 CP

Art. 407 CP:²³

«1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le

21. Artículo inexistente en el anterior CP.

22. Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Libros Tirant Lo Blanch.

23. Art. 376 del anterior CP.

castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente».

Este precepto, contempla dos modalidades delictivas. La primera consiste en abandonar el destino con la finalidad de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos contra la Constitución, el orden público, traición, contra la paz o la independencia del Estado o contra la Comunidad internacional. A estas conductas queda equiparado el abandono del destino dirigido a no ejecutar las penas impuestas por la autoridad judicial. Según Orts Berenguer,²⁴ en las tres coinciden sujeto activo y conducta típica, y en las tres, se advierte la presencia de un elemento subjetivo del injusto, pues en las tres, el abandono de funciones se efectúa con una finalidad determinada, sólo parcialmente distinta. Respecto al *sujeto activo*, autoridad o funcionario, habrá de examinarse en cada caso si entre sus competencias figura la de impedir o perseguir delitos. En cuanto a la *conducta* del abandono, el tipo prescinde de la perturbadora aclaración del Código anterior de que se produjeran «sin habersele admitido la renuncia». El abandono puede ser realizado por cualquier funcionario, no siendo necesario que específicamente esté entre sus atribuciones impedir o perseguir estos delitos o la de ejecutar las penas a ellos impuestos. Abandonar el destino, es ausentarse del puesto de trabajo de forma clara y con una cierta prolongación en el tiempo. Puede ser, comunicado al superior jerárquico o efectuado de forma subrepticia. Asimismo, el abandono puede ser tanto temporal como definitivo. Requiere, el elemento intencional (forma dolosa). La segunda modalidad consiste en abandonar el destino con la

24. Orts Berenguer, Enrique. «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio». Cuadernos de Derecho Judicial XXX 1996, págs. 339 y ss.

finalidad de no impedir, no perseguir o no castigar cualquier otro delito previsto en el Código.

3.2. No promover la persecución de delitos. Art. 408 CP

Art. 408 CP:²⁵

«La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Este precepto tiene una gran afinidad con la prevaricación. La conducta en esencia supone una dejación de funciones públicas que causa graves perjuicios a la Administración. La redacción es muy similar a la anterior, sustituyendo los términos «maliciosamente» por «intencionadamente» y «persecución de los delincuentes» por «persecución de delitos o de sus responsables». En relación con este precepto, han de tenerse en cuenta, el art. 282 LECrim., el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial, así como el Estatuto del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, y la LOPJ de 1985.

Conducta. Se trata de un delito de omisión pura que sólo puede cometer la autoridad o funcionario encargado específicamente de la persecución y castigo de los delitos. En cuanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se rigen por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, ha de recordarse que su art. 5.4 fija que «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». En tal sentido, la STS de 18 de mayo de 1994, consideró aplicable el tipo examinado (dejando manifiestamente de promover la persecución y castigo de las personas que los habían cometido), aunque en el momento de ocurrir los hechos, el sujeto no estuviera ejerciendo sus funciones de Policía Local.

25. Art. 359 del anterior CP.

«Se niega en el motivo que el recurrente actuase como funcionario público ya que para la configuración del delito de prevaricación previsto en el artículo 359 del Código Penal se requiere, según se alega en defensa del motivo, no sólo que el funcionario tenga por su cargo la obligación de la persecución del delito o falta, sino que además la omisión se produzca con ocasión de su trabajo o función y que no se comete cuando se tiene conocimiento del delito o falta fuera de la actividad inherente a su cargo de policía local. No es ese el criterio que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala como se examinará seguidamente. Antes es preciso recordar varios artículos de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, concretamente los artículos 2.c) y 5.4. En el primero se dispone que «son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales» y en el segundo se establece que «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». Precepto este último aplicable a los policías locales como se dispone en el artículo 52 del mismo Texto Legal. El recurrente, funcionario en activo de la policía local de Sevilla, sorprendió a dos personas cuando estaban apoderándose de una caja que contenía latas de conservas que se estaban descargando de un camión —conducta que no puede calificarse de infracción administrativa como se defiende en el motivo— y tras detenerlos, esposarlos y llevarlos a un lugar apartado les propuso dejarlos en libertad si esa noche robaban en una empresa situada en un polígono contiguo. Resulta, pues, evidente, que su conducta ha sido correctamente subsumida en el artículo 359 del Código Penal, precepto que trata de evitar que queden impunes los delitos o las faltas con daño de la causa pública, sentencia de 30 marzo 1964, en cuanto faltando a la obligación de su cargo, dejó maliciosamente de promover la persecución y castigo de personas que habían cometido hechos tipificados en el Código Penal. No es obstáculo el que en ese momento no estuviese ejerciendo sus funciones de policía local, los artículos antes reseñados así lo disponen y ese es el criterio reiterado de esta Sala como es exponente, entre otras muchas, la Sentencia de 30 octubre 1992, que aplica esta figura delictiva a un policía que tuvo conocimiento de los hechos fuera de sus horas de servicio. El motivo, por todo lo expuesto, debe ser desestimado».

STS de 18 de mayo de 1994.

Asimismo, es ilustrativa la STS de 17 de junio de 1998, ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz, en la que se condena al Jefe de Policía que no da trámite a las denuncias presentadas por particulares.

«Segundo.— El acusado, jefe de la Policía Local, encargado de encauzar y dar trámite a las denuncias que fueran presentadas por los particulares, dejó de cumplir conscientemente con lo que era su obligación en relación a numerosas denuncias entre los años 1992 a 1994 inclusive, denuncias que, aunque no se referían a hechos de gran trascendencia, se dejaban en la oficina sin practicar ninguna clase de diligencia, no constando de otro lado que se hubiere producido grave daño a tercero o a la caus pública.

En realidad, y abundando en lo dicho, el nuevo Código (RCL 1995, 3170) se ha limitado a actualizar el lenguaje y a introducir algunas precisiones técnicas en relación con el anterior Código. El sujeto activo de la infracción sólo puede ser el funcionario público o autoridad que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de delitos y de sus responsabilidades, bien entendido que no es necesario que los hechos delictivos se produzcan con ocasión del desempeño de sus funciones, por cuanto que también deberá apreciarse el tipo penal del art. 408 cuando se cometa fuera de las horas de servicio propias del funcionario de que se trate (ver las SS de 2 de junio y 18 de mayo de 1994 [RJ 1994, 6003 y 3934]).

La conducta típica consiste, como se ha dicho antes, en dejar de promover la persecución de los delitos de que se tenga noticia o de sus responsables. Infracción por omisión pura, lo que significa que el autor debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito, seguido de una dejación de funciones, o efectivo abandono de su obligación, de modo que no se llegue a practicar ninguna conducta tendente a la persecución de ese presunto delito. De ahí que la conducta omitida puede proyectarse de muy diversas maneras (no detener al autor conocido, no instruir atestado alguno, ilícita puesta en libertad al presunto culpable, etc.).

Finalmente, y por lo que se refiere al elemento subjetivo, no puede caber duda de la necesidad del dolo criminal e intencional. Es la malicia o la intención de que hablan uno u otro Código. Esa diferencia, más arriba señalada, es realmente intrascendente, aunque pudiera interpretarse que el legislador quiere ahora hacer hincapié en el dolo directo para excluir el dolo indirecto o eventual, es decir, como si se quisiera restringir el tipo a las formas de dolo con una presencia volitiva más intensa.

Tercero.— El delito de ahora está claramente definido y acreditado en las actuaciones tal y como la propia resolución recurrida explica detalladamente en su fundamento jurídico primero.

El único motivo del presente recurso denuncia, a través del art. 849.1 procesal, la indebida aplicación del susodicho art. 408 de la Ley sustantiva. Es indudable que si se respeta el hecho probado, por imposición del art. 884.3 de la LECr., so pena de inadmisión cuando de esta vía casacional se trata, si se respeta el hecho probado, se repite, es indudable la comisión del delito por la Audiencia asumido. Todos y cada uno de los presupuestos condicionantes, antes explicados, concurren en la conducta del acusado que en los supuestos concretos que se indican, siendo el jefe de la Policía y el encargado de inicialmente encauzar la tramitación de las denuncias, se abstuvo de cumplir con su obligación hasta ocultar a otra policía, o al juzgado correspondiente, la existencia de las mismas.

Lo curioso es, sin embargo, que el recurrente, lejos de combatir jurídicamente la consumación del tipo penal dicho, se limita a rebatir la existencia del delito de infidelidad en la custodia de documentos, que era la primera infracción asumida por el MF hasta que, de manera absolutamente correcta desde el punto de vista procesal, modificó sus conclusiones provisionales en el sentido de calificar definitivamente los mismos hechos como constitutivos de la infracción contenida en el repetido artículo 408.

En cualquier caso, nunca se trataría del delito de infidelidad en la custodia de documentos del antiguo artículo 364.2 o del nuevo art. 413, porque esta infracción supone la sustracción, destrucción, inutilización u ocultamiento de determinados documentos, siempre naturalmente por parte de la autoridad o funcionario público y en relación a documentos cuya custodia le estuviere encomendada. Sin necesidad de interpretar gramaticalmente el contenido de estos supuestos, lo que sí puede afirmarse es que en el presente caso el jefe de la Policía no llevó a cabo ninguna de tales actividades. Simplemente dejó de dar curso a las actuaciones penales sin ocultarlas, ni sustraerlas, sin destruirlas y sin inutilizarlas.

El motivo se ha de desestimar.»

Por las propias condiciones del sujeto activo y los especiales deberes que su cargo le impone, resulta especialmente complejo otorgar relevancia al error sobre la ilicitud de la conducta. Se diferencia del delito

del art. 407 CP 95, en que no se precisa el abandono de destino, sino simplemente abstenerse de actuar.

La STS de 6 de abril de 1998, ponente Sr. De Vega Ruiz, ha realizado un estudio comparativo del art. 359 CP 73 y el presente precepto, en los siguientes términos:

La redacción del art. 359 CP se refería a quien maliciosamente dejare de promover la persecución y castigo de los delincuentes, en tanto que el art. 408 CP 1995 habla del que intencionadamente dejase de promover la persecución de los delitos o de sus responsables. A primera vista, y con respeto y acatamiento tanto al principio de legalidad de los arts. 2.1 CP 1995 y 25.1 CE, como al principio de retroactividad de la norma más favorable del art. 2.2 CP 1995, no cabe duda el contenido más beneficioso del texto vigente con relación a unos hechos acaecidos durante la vigencia del CP, si el presunto acusado, como acontece en el caso, es objeto de imputación formal porque no persiguió adecuadamente un supuesto hecho delictivo que, cometido por determinada persona, no era constitutivo, presuntamente también, de un delito, sino de una simple falta. En ambos casos la omisión de la diligencia debida para, como autoridad o funcionario, investigar, perseguir y aclarar la presunta infracción cometida por un tercero, se constituye en el eje definidor del tipo penal, aunque el respeto de la legalidad no venga a ser, al menos directamente, el objeto jurídico tutelado, sino el correcto desempeño de funciones públicas trascendentales en la sociedad. El tipo penal, sancionado más benévolamente en la actualidad que en el CP, no viene incluido dentro de la prevaricación, o como modalidad de la prevaricación, como acontecía en el sistema legal anterior. Lo importante es, sin embargo, consignar que el delito supone una dejación de funciones públicas que genera importantes y graves perjuicios.

El art. 408 CP 1995 contempla un delito de omisión pura, en que el sujeto activo –autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de los delitos y sus responsables– debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito, no de faltas ni de infracciones administrativas. Junto a ello, la dejación de funciones ha de ser patente, manifiesta y total, ya sea porque no se procede a la detención del responsable (Cfr. TS 2.º S 20 abr. 1990), ya sea porque no se instruye el obligado atestado o porque se pone en libertad, ilícitamente, al responsable del delito (Cfr. TS 2.º S 9 jul. 1994). Es preciso, desde el punto de vista subjetivo, hablar de una comi-

sión dolosa que, ello no obstante, como delito de mera inactividad, no requiere un resultado concreto posterior a la infracción del deber de actuar.

3.3. Abandono colectivo de servicio público. Art. 409 CP

Art. 409 CP: ²⁶

«A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses».

No se está tipificando como delito el ejercicio del derecho a la huelga, y a sí lo revela la exigencia de que el abandono sea manifiestamente ilegal. Protagoniza la principal novedad del Capítulo al abandonar su anterior ubicación como delito de sedición. A diferencia de los artículos anteriores, se castiga un abandono colectivo y en el que no se señala una finalidad concreta. No puede cometerse por un sólo sujeto. Se trata de un delito pluripersonal. También se limita la participación en el abandono a los casos en que el servicio sea de carácter esencial y que con ello se cause grave daño. No se definen ni los servicios esenciales, ni los criterios para determinarlos.

La legitimidad del presente precepto, se ve respaldada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, que negó la inconstitucionalidad del antiguo art. 222. El Tribunal Constitucional mediante una interpretación correctora, aceptó su *constitucionalidad* siempre que se exigiera el propósito de atentar contra la seguridad interna del Estado como un elemento tácito del tipo; pero lo mas importante fue, que sen-

26. Artículo inexistente en el anterior CP.

tenció que el derecho de huelga no puede amparar ciertas perturbaciones de servicios, legitimando con ello la conducta aquí penada.²⁷

27. STC 11/1981, de 8 de abril: «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los

Tipo objetivo. Respecto al primer párrafo, debe hacerse constar que la tramitación parlamentaria amplió el término «*ilegal*» por el

intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer. El artículo 28, apartado 2.º, de la Constitución, al decir que «se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental. La fórmula que el texto emplea («se reconoce») es la misma que la Constitución utiliza para referirse al derecho de reunión o al derecho de asociación. De todo ello, hay que extraer algunas importantes consecuencias. Ante todo, que no se trata sólo de establecer, frente a anteriores normas prohibitivas, un marco de libertad de huelga, saliendo, además, al paso de posibles prohibiciones, que sólo podrían ser llevadas a cabo en otro orden jurídico-constitucional. La libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones, pero significa también que, en un sistema de libertad de huelga, el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular. Hay que subrayar, sin embargo, que el sistema que nace del artículo 28 de la Constitución es un sistema de «derecho de huelga». Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la Empresa, como más adelante veremos. Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7.º de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido, y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución). Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos. Puede el legislador introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho siempre que con ello no rebase su contenido esencial».

de «*manifiestamente ilegal*», con lo que —como advierte Luzón Cuesta—²⁸ para su aplicación, ya no bastará la mera ilegalidad, sometible a discusión sobre su calificación, sino que la misma resulte indiscutible por su evidencia para cualquier autoridad o funcionario. Así, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado, y por consiguiente, tampoco prohibido. Por ello, los funcionarios públicos disfrutaban del derecho de huelga como un trabajador normal, sin más restricciones que las que afectan a los cuerpos militares o militarizados, y los límites derivados del Real Decreto 1479/1988, de 9 de diciembre, que garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales. Dentro de estas coordenadas normativas ha de interpretarse la referencia a la ilegalidad manifiesta.

Respecto a la *consumación* del párrafo primero, no existe unanimidad sobre si es preciso, que se materialice el abandono colectivo, habiéndose inclinado en sentido favorable autores como Luzón Cuesta,²⁹ y en sentido negativo Feijoo Sánchez.³⁰ En cualquier caso, como advierte este último autor, por «*abandono colectivo*», no tiene que entenderse que todas las personas que prestan el servicio abandonen el destino, por lo que nos encontramos ante un delito de «*consumación difusa*» ya que será difícil de determinar el momento de su consumación. Son posibles las tentativas y las formas de participación.

En cuanto al párrafo segundo, debe hacerse constar que no se entiende muy bien si se ha utilizado correctamente la conjunción disyuntiva en la expresión «*abandono colectivo o manifiestamente ilegal*», porque de entenderlo literalmente se llegaría al absurdo de castigar una huelga legal.

28. Luzón Cuesta. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.

29. Luzón Cuesta. Obra citada.

30. Feijoo Sánchez. Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas. La Ley Diario 4251 de 18 de marzo de 1997.

4. Desobediencia y denegación de auxilio

Como precisa Muñoz Conde,³¹ «dos son los principios que guían el desarrollo de la función pública: el de jerarquía y el de coordinación. El primero conlleva la supeditación de los órganos inferiores a los superiores y el deber de obediencia de aquéllos frente a éstos. El segundo supone la interrelación entre los diversos órganos y la mutua ayuda para el mejor cumplimiento de sus fines». La infracción de estos principios, supone la ratio de los delitos de desobediencia y denegación de auxilio.

4.1. Desobediencia. Art. 410 CP

*Art. 410 CP:*³²

«1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general».

En relación con la regulación anterior (art. 369 CP), debemos destacar que el término «funcionarios judiciales o administrativos» ha sido sustituido por el de «autoridades o funcionarios públicos» (que de conformidad con el art. 24.2 CP 95, abarca a los judiciales) y que el término «sentencias» ha sido reemplazado por el de «resoluciones judiciales»

31. Muñoz Conde. Obra citada.

32. Art. 369 del anterior CP.

(que conforme al art. 244 LOPJ, comprende las providencias, propuestas de providencia, autos, propuestas de autos y sentencias). Las resoluciones judiciales, obligan tanto a los funcionarios judiciales como a los administrativos, mientras que las órdenes administrativas, vinculan sólo al subordinado del que las da.

«El delito de desobediencia del artículo 369 se concreta y refiere a un supuesto específico en el que el tipo penal afecta exclusivamente a los funcionarios judiciales y administrativos que se nieguen abiertamente a cumplir con las sentencias, decisiones u ordenes de la autoridad superior siempre que estas hayan sido dictadas dentro de los límites de su competencia y revestidas de las formalidades legales oportunas. El propio legislador establece la exclusión de responsabilidad cuando el mandato constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de la Ley o de cualquier otra disposición general. La redacción del precepto se corresponde hoy día con la del artículo 410 del ya vigente Código de 1995 que ciertamente simplifica la redacción hasta cierto punto defectuosa del Código de 1973. La doctrina aplicable al delito requiere diversas puntualizaciones que sirven ahora para la mejor comprensión de la decisión judicial que aquí se ha de adoptar.

1. En primer lugar ha de quedar claro que el hecho de que el acusado fuera Alcalde no le hace estar exento de responsabilidad por desobediencia, en tanto que las autoridades, como funcionarios en general, únicamente pueden oponerse a los mandatos que en el contexto de lo más arriba explicado sean ilegales. 2. De otro lado la orden, la decisión o la sentencia de la autoridad superior ha de cumplir todos los requisitos inherentes a la legalidad por ser la única forma de que la misma vincule al que la recibe por caer dentro de los deberes de su cargo. 3. La negativa a ejecutar las ordenes, siempre a través de una infracción eminentemente intencional, ha de ser manifiesta, clara y terminante, no bastando la mala inteligencia, el abandono, el olvido o la negligencia. 4. Finalmente, y aunque la negativa tenga que ser abierta, patente y categórica, es igualmente punible la desobediencia que resulta de la pasividad reiterada o de la presentación de trabas y dificultades, reveladoras en suma de una auténtica voluntad rebelde. Quiere decirse con todo ello (ver las Sentencias de 25 febrero 1994, 13 diciembre y 16 marzo 1993 y 15 febrero 1990) que el delito se manifiesta, lejos de la posibilidad culposa, cuando concurren los elementos que lo integran, uno objetivo constituido por la negativa al cumpli-

miento, y otro subjetivo por la voluntariedad e intencionalidad de la conducta».

STS de 11 de octubre de 1996.

«La orden», es necesario que sea legítima, emanada de autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos y que vincule al que la recibe por caer dentro de los deberes de su cargo

«Según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala y así, en la Sentencia de 17 febrero 1992, con cita de las de 8 diciembre 1934 y 4 marzo 1986, para la existencia del delito de desobediencia del artículo 369 del Código Penal se precisa «una orden legítima emanada de autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos y que vincule al que la recibe por caer dentro de los deberes de su cargo».

STS de 25 de febrero de 1994.

La acción, «negarse abiertamente», no debe entenderse en sentido puramente formal sino comprensiva de acciones u omisiones, demostrativas de la voluntad rebelde a los mandatos del superior (STS de 29 de diciembre de 1995)³³. La negativa debe ser manifiesta, clara, terminante

33. «En síntesis dicha narración describe que la acusada como Secretaria en funciones del Juzgado de Paz de Otero de Rei incumplió los sucesivos y reiterados requerimientos para dar el trámite oportuno a una carta-orden remitida por el Juzgado de lo Penal número 1 de Lugo a fin de efectuar una diligencia acordada en el seno de un procedimiento judicial. La orden fue librada el 14 de agosto de 1992 y recordada por el Juzgado el 7 de octubre y el 14 de diciembre del mismo año y el 9 de febrero de 1993, siendo posteriormente reproducida por el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en otras cuatro ocasiones (Sentencias de 11 junio, 12 julio, 28 septiembre y 18 octubre 1993), sin que tampoco ello motivare actuación alguna de la funcionaria. Tan aséptica pero ilustrativa descripción no mereció para el Tribunal «a quo» reproche penal alguno al descartar la tipificación postulada por el Ministerio Público (artículo 369.1.º del Código Penal) y admitió únicamente la posibilidad de una sanción disciplinaria. A tal fin acudió al argumento de que no se constata en la conducta enjuiciada una negativa abierta a acatar la orden recibida, dado que «la acusada no se negó

y franca, no bastando la mala inteligencia, el olvido, la negligencia o el abandono, sino que se requiere la intención de no cumplir (STS de 6 de

expresamente a cumplir la orden». No se cuestiona en la combatida ni el carácter de funcionario público de la acusada absuelta en su condición de Secretaria en funciones del Juzgado de Paz mencionado y dados los términos del artículo 119 del Código Penal, así como tampoco se discute la correcta emisión y obligado cumplimiento de la resolución judicial origen de los hechos (artículo 279.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si no que se descalifica la aplicación del tipo a base de excluir el dolo específico de la figura que encaja en el precepto sustantivo que denuncia como infringido. Tal argumento exculpatorio quebranta un esencial principio casacional cual es el de respeto integral a los hechos probados (artículo 884.3.º de la LECrim) y provoca la estimación del motivo. Aparte de la forzada interpretación que se da a la contumaz actitud de la funcionaria en cuestión para –hablando de inexistencia de negativa expresa a cumplir la orden– descartar el elemento intencional del tipo, la conclusión exculpatoria pugna con el sentido común y, en tal sentido, se aparta del Derecho. No puede olvidarse que la funcionaria acusada –como Secretaria de un Juzgado de Paz– además de omitir aquello que en el ejercicio de su cargo estaba obligada a realizar, faltó a los deberes específicos de obediencia que le incumbían derivados de la relación de subordinación que la ligaba al Juzgado de lo Penal y al Tribunal Superior de Justicia encarnados en sus Titulares que reiteradamente requirieron la cumplimentación de la carta-orden (según términos de las Sentencias de esta Sala de 17 febrero 1992, 11 junio 1993 y 8 junio 1995 entre otras). Por ello, su actitud de continuada inactividad supera los límites de una mera omisión negligente o descuidada para constituirse en un decidido propósito de incumplimiento y de desprecio a las órdenes emanadas de quien legalmente podía emitir las lo que cristaliza en una negativa abierta, clara, manifiesta y terminante a dar cumplimiento a una resolución de autoridad superior dictada en el cuadro de sus atribuciones. Si a ello se añade que no se constata en los hechos probados explicación alguna de tan pertinaz comportamiento negativo, resulta obligado concluir que en tal caso no cabe atribuir la desobediencia a olvido, error o mala inteligencia, sino a un manifiesto propósito de negarse a cumplir la orden superior. En definitiva se manifiesta una pasividad que, por lo reiterada, coloca a la acusada en actitud de resuelta rebeldía equivalente a una decidida y abierta obstinación de incumplir aquello a lo que funcional y funcionarialmente venía obligada, puesto que el silencio prolongado sin rechazar o cumplimentar las órdenes emanadas de sus superiores no obstante la reiteración del superior que lo exige evidencia un propósito de anularlas prácticamente y ello porque la expresión «negarse abiertamente» que emplea el artículo 369 1.º –cuya aplicación se discute– no puede entenderse en sentido puramente formal sino como comprensiva de todas las acciones u omisiones demostrativas de la voluntad rebelde a los mandatos de la Autoridad Superior y eficaces para dejarlos sin el debido cumplimiento lo que, en relación a su significado y consideraciones, merece la misma apreciación jurídica que aquella negativa» (STS de 29 de diciembre de 1995).

marzo de 1987). Esta acción siempre fue dolosa habiéndose rechazado la comisión por imprudencia (STS de 7 de noviembre de 1994).

«La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca..., afirma que «los acusados desobedecieron consciente y abiertamente el mandato judicial contenido, de manera expresa y clara, en la Sentencia de fecha 14 marzo 1989 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo... confirmada por el Tribunal Supremo» analizando a continuación el contenido del mandato para concluir que era «claro y concreto», así como la negativa al cumplimiento, que se estima «rebelde, tenaz y manifiesta». Concurren en consecuencia los elementos integradores del delito»

STS de 30 de enero de 1996.

El incumplimiento ha de recaer sobre resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictada dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidos de las formalidades legales.

Especial atención merece la *pena* porque como advierte Quintano, la comparación de este tipo con el genérico de desobediencia cometido por particular del art. 556 («los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año») determina en el presente precepto que la condición de funcionario en vez de agravar, atenúa.

El apartado segundo del art. 410, recoge una *causa de justificación*, pero que podría también haber sido omitida por mor de la eximente del cumplimiento de un deber del art. 20.7 CP, o del estado de necesidad del art. 20.5 CP. No obstante, la redacción expresa expone más claramente los límites de la obediencia, recordando que ésta no es ilimitada. En los casos descritos, la obediencia no sólo es debida, sino que puede engendrar responsabilidad para el que obedece. Ello supone la existencia de casos en que se impone un deber de obediencia a una orden antijurídica, que son todos aquellos mandatos antijurídicos que no lo sean de forma manifiesta, clara y terminante. Por ello, otro sector doctrinal, considera que ello debe rechazarse por suponer una contradicción interna del sistema, que no puede admitir la existencia de manda-

tos antijurídicos obligatorios. Por lo tanto, consideran que el párrafo 2.º del art. 410 CP 95, contiene una causa de exclusión de la tipicidad. En los casos en que el mandato sea antijurídico, aunque de modo abierto, el funcionario que lo incumpla siempre podrá alegar en su descargo los eximentes de cumplimiento de un deber, pues el acatar las leyes prima sobre el deber de obedecer a la autoridad; o de estado de necesidad, pues el mal que supone incumplir una orden ilegal, será siempre mayor, que el que pudiera acarrear su incumplimiento.

4.2. Desobediencia reiterada. Art. 411 CP

*Art. 411 CP:*³⁴

«La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

El presente precepto es un tipo agravado y subsidiario del anterior, como lo demuestra la pena, cuyo fundamento es la desobediencia doble, primero cuando suspende la ejecución y segundo, cuando se mantiene en su posición, después de haberle indicado su superior que proceda a la ejecución de las órdenes recibidas, si bien la necesidad del precepto es discutible por quedar suficientemente cubierta por el artículo anterior. Todo funcionario, dentro de unos límites, está autorizado para suspender la ejecución de las órdenes del superior, pero queda obligado a comunicarle tal suspensión. Si el superior desapruueba la actitud del funcionario, y le ordena continuar la ejecución, es cuando se puede cometer el presente delito.³⁵ La suspensión del cumplimiento de la

34. Art. 370 del anterior CP.

35. La «remonstratio», permite a los subordinados someter a la reconsideración de sus superiores la corrección de sus órdenes, consideradas defectuosas, a criterio de aquéllos.

orden puede también producirse sin «remonstración» alguna, en los casos en que el subordinado, sin invocar defectos o ilegalidad, entienda que se producen motivos suficientes para incumplir la orden recibida, los exponga o no ante el superior jerárquico. Por otra parte el CP 95, no determina los motivos de la suspensión, admitiendo la doctrina, cualquier tipo, incluso los ilegales. Pero no puede proceder de una abierta negativa al cumplimiento, en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto del art. 410 CP 95.

4.3. Denegación de auxilio. Art. 412 CP

*Art. 412 CP:*³⁶

«1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a

36. Art. 371 del anterior CP.

doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Se tipifican dos modalidades; la primera (apartados 1.º y 2.º), contiene el principio de coordinación de funciones, y obliga a los funcionarios a prestar la cooperación con las autoridades, siempre que la misma este encaminada a una correcta aplicación de administración de justicia o al debido cumplimiento de otro servicio público.

Conducta. Se trata de una figura de omisión, cuya conducta (la falta de cooperación), debe ser según la STS de 22 de marzo de 1986 maliciosa, es decir, «con consciencia del deber de prestar la colaboración requerida y con voluntad de rehusarlo».

Tipo objetivo. El requerimiento no es necesario que proceda del superior jerárquico ya que en tal caso existiría el delito de desobediencia (STS de 24 de septiembre de 1990). El elemento que diferencia ambos tipos, se encuentra en la relación de subordinación que existe entre la autoridad de quien ha emanado la sentencia, decisión u orden, y el funcionario que se niega abiertamente a cumplirla (desobediencia), mientras que la denegación se refiere a aquellos casos en que no existe la relación de superior a inferior, sino otra de coordinación entre diversos servicios públicos en virtud del deber de cooperación, que es de menor entidad penal (STS de 8 de junio de 1995)³⁷.

37. «Contra dicha condena se alza ahora la acusación pública a través del presente recurso de casación por infracción de ley en el que, en base a un único motivo amparado en el número 1.º del artículo 849 LECrim, alega infracción de ley por aplicación indebida del citado artículo 371.1 CP y no aplicación al caso del artículo 369.1 del mismo Texto Legal, recurso que hemos de estimar. En efecto, como bien pone de relieve la parte recurrente, el elemento que diferencia ambas clases de infracción penal, se encuentra en la relación de subordinación que existe entre la autoridad de quien ha emanado la sentencia, decisión u orden y el funcionario que abiertamente se niega a cumplirla, que se exige en el supuesto penado en el artículo 369.1, mientras que el del artículo 371 se refiere a aquellos casos en que no existe tal relación de superior a inferior, sino otra de coordinación entre diversos servicios públicos en virtud de la cual hay un deber de auxilio que un órgano ha de prestar a otro («debida cooperación»), cuyo incumplimiento por parte del funcionario obligado a ello lleva consigo una responsabilidad penal de menor entidad que la prevista para los supuestos del 369.1, porque en esta última infracción penal el sujeto del delito, además de omitir aquello que en el ejercicio de su cargo está obligado a realizar, falta a los deberes específicos de obediencia que le incumben derivados de la men-

En relación al párrafo segundo, se introduce como novedad la figura agravada de que el remiso sea jefe o responsable de una Fuerza pública o Agente de la autoridad, desapareciendo del enunciado del precepto, la agravación por daño grave para la causa pública o para tercero.

Finalmente, el punto tercero del art. 412 recoge la segunda modalidad y contiene el requerimiento efectuado por particular cuyos elementos han sido concretados por la STS de 28 de noviembre de 1994, del siguiente modo: a) un requerimiento realizado para evitar un mal; b) que el funcionario está obligado por razón de su cargo a prestar el auxilio; y c) su abstención sin causa justificada. El precepto está claramente relacionado con los arts. 195 y 450 CP 95. Un sector doctrinal estima entre ellos la relación de concurso ideal por cuanto se trata de bienes jurídicos distintos, solidaridad humana en éstos, e infracción del deber de cooperación en el art. 412 CP 95. Para otro sector doctrinal, cabe un concurso normativo que se resolverá, con la preferente aplicación del art. 412. Sin embargo, en los supuestos en que por razones de proximidad al lugar del suceso, el funcionario pueda evitar con su intervención un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, podría ser de aplicación preferente el art. 450 CP.

«El delito de denegación de auxilio sancionado en el número tercero del artículo 371 del CP se integra por la concurrencia de los siguientes elementos: 1.º) Tener el agente la condición de funcionario público, con la amplitud prevenida en el artículo 119 del CP; 2.º) que un particular le requiera para prestar algún auxilio; 3.º) que el requerido esté obligado a prestarlo por razón de su cargo; 4.º) que el auxilio se requiera para evitar un delito o cualquier otro mal; 5.º) que el agente se abstuviese de prestarlo sin causa que justifique la abstención (Sentencias Sala 2.ª Tribunal Supremo de 2 junio 1969 y 2 octubre 1989)».

STS de 16 de febrero de 1996.

cionada relación de subordinación, lo que justifica las mayores penas con que ésta se sanciona y cuya imposición reclama ahora la parte recurrente» (STS de 8 de junio de 1995).

Tipo subjetivo. La materialización del tipo exige el dolo, como ahora se desprende, al no recoger la comisión culposa, criterio que ya antes había zanjado por la jurisprudencia en resoluciones como la STS de 22 de marzo de 1986, que absolvió de este delito, casando la sentencia de instancia, al responsable de la lucha antiterrorista que había negado la identificación de unos confidentes, pues en el conflicto de deberes entre el de acatar el requerimiento judicial y el hecho de mantener el sigilo por ser miembro del grupo de información de la lucha antiterrorista, optó por este último, en la creencia errónea de que los bienes jurídicos a cuya protección atendía eran superiores y le autorizaban a obrar como lo hizo. Se estaría ante una conducta culposa, cuya sanción repele el tipo.

Como advierte Feijoo Sánchez,³⁸ «este último apartado del artículo 412 puede crear un problema concursal teniendo en cuenta que el art. 11 a) del CP considera que se podrá imputar un resultado a una persona cuando exista una específica obligación legal de actuar. Este aspecto es especialmente significativo con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuyo art. 11 de L.O 2/86 contempla como funciones de éstos auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentran en situación de peligro por cualquier causa y prevenir la comisión de actos delictivos. Por un lado los delitos de resultado con relación al art. 11 a) del CP protegen bienes jurídicos individuales que no tienen nada que ver con la Administración pública. Por otro lado el art. 412 CP no agota la mayoría de las veces el desvalor del hecho si está en juego la vida, la salud o los bienes de un ciudadano. La única conclusión lógica, pues, parece considerar que existe un concurso ideal de delitos».

38. Feijoo Sánchez. Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas. La Ley Diario 4251, de 18 de marzo de 1997.

5. Infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos

*«Tu secreto es tu esclavo, pero si lo dejas escapar,
será tu amo.»*

(Precepto hebreo).

No obstante tener ambos delitos distintos puntos en común, pues se trata de hechos relacionados con el deber de sigilo y de custodia de determinados objetos que incorporan datos de interés para la Administración, no debe olvidarse que la infidelidad en la custodia de documentos es un delito más amplio que los relacionados con los secretos. El concepto de documento viene dispuesto en el art. 26 CP 95. Así, *«a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica»*; y en relación al concepto de secreto (entendido por la doctrina como secreto oficial) debe estarse a lo establecido en la Ley de Secretos Oficiales (Ley 9/68, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre).

5.1. Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación de documentos. Art. 413 CP

Art. 413 CP:³⁹

«La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare, u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.»

El presente precepto, tiene su conocimiento atribuido al Tribunal del Jurado, conforme a lo establecido en la Disposición Final 2.ª CP 95.

39. Art. 364 del anterior CP.

En cuanto a su contenido, la novedad de la nueva regulación es la ampliación de la *conducta* a la inutilización, y el no exigir resultado dañoso como exigía el CP anterior, con lo que se perfila un delito de riesgo y no de resultado lesivo. El sujeto de este tipo, puede ser un funcionario o autoridad, y debe tener confiados los papeles o documentos por razón de su cargo, lo que se ha denominado «*custodia funcional*», restricción, que limita su ámbito de aplicación a aquellos funcionarios que tengan de manera directa el manejo y disponibilidad de ellos (STS de 12 de junio de 1995); y así se ha rechazado como típico, el caso del policía que presta servicio de noche para la custodia y seguridad del edificio de la comisaría en cuanto ello no le convierte en encargado de los documentos depositados en la misma, cuyo trámite, despacho, o archivo, no le están encomendados. El Tribunal Supremo, ha ampliado la concreta relación entre el funcionario o autoridad y los documentos a que aquellos, tengan la posibilidad de hecho, de interferir en su curso, registro, notificación, etc., por encontrarse éstos bajo la custodia del organismo al que pertenece, aun cuando no le estén específicamente encomendadas estas tareas.

La equiparación entre las modalidades sustracción, destrucción, inutilización y ocultación, es discutible, pues la sustracción y destrucción, a nadie escapa que son más graves que la mera ocultación. Por destrucción, debe entenderse como ya expuso la STS de 11 de junio de 1996, «*el deterioro o aniquilamiento de documento o papel, aunque sea parcial, siempre que afecte a un extremo esencial*», pues el aspecto relevante a efectos de punición, es la integridad jurídica del documento como tal. «*Ocultar*» por su parte, ha sido definido por las STSS de 10 de junio de 1987 y 24 de octubre de 1990, como «*la desaparición de documentos cuya situación sea desconocida por quienes tienen legítimo acceso a los mismos o cuando su descubrimiento precise de operaciones de búsqueda que por el despliegue de esfuerzos que conllevan implicaren por sí mismo una perturbación del servicio público*» (STS de 9 de octubre de 1991). El término «*inutilización*», ha sido incorporado por la reforma a consecuencia de la magnitud que han cobrado los soportes informáticos. En definitiva, como recuerda la STS de 12 de junio de 1995, inutilizar es «*cualquiera de las actuaciones típicas provoca el apartar los documentos de los canales normales de circulación impidiendo que lleguen a su destino*».

Tipo objetivo. No obstante ser claramente minoritario en el ámbito doctrinal, algún autor (Feijoo Sánchez)⁴⁰, ha advertido que la utilización por el legislador del término «documentos» en plural podría dar como resultado sorprendente la atipicidad de la sustracción, destrucción, inutilización, u ocultación de un solo documento. Por «documento», debe entenderse a efectos penales, lo que señala el art. 26 CP 95.

Tipo subjetivo. La conducta tiene que ser dolosa como resulta de la inclusión de la expresión «a sabiendas» y no estar expresamente castigada la comisión por imprudencia (como exige ahora el art. 12 CP 95), con lo cual debe reputarse inaplicable la jurisprudencia anterior que lo aceptó —ej. STSS de 24 de octubre de 1990, de 9 de octubre de 1991, de 9 de diciembre de 1992—, en sentido contrario STSS de 21 de enero de 1995. Así, existe ocultación maliciosa por parte de alcalde que, habiendo recibido las denuncias que se presentaban ante la Policía Municipal para determinar su destino, las guardó en un armario hasta que fueron descubiertas meses más tarde, dando lugar a la prescripción de ellas por tratarse de faltas (STS de 18 de diciembre de 1991).

«El delito de infidelidad en la custodia de documentos, que se tipifica en el art. 364 del Código Penal, exige como requisitos para su comisión, según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias de 9 diciembre 1992, 10 junio 1987, 7 diciembre 1989 y 25 enero 1991, los siguientes: 1) En cuanto al sujeto que se trata de un funcionario público, pero no de cualquiera sino de aquel que tenga encomendada —de hecho o de derecho— la custodia de un documento; 2) En cuanto al objeto, que se trate de «documentos o papeles», amplitud querida por el Legislador y que implica una protección sin restricciones que se extiende tanto a los documentos propiamente dichos (públicos, oficiales o privados) como a papeles que tengan alguna trascendencia (notas, minutas, borradores); 3) En cuanto a la acción típica, consiste en sustraer, destruir u ocultar los papeles o documentos, entendiéndose por ocultar —que es el término que aquí interesa— tanto «esconder» el documento, como guardarlo o retirarlo de forma que se impida que surta el efecto que legalmente le corresponde; y 4) Que se dañe a terceros o a la causa pública, aplicándose

40. Feijoo Sánchez. Obra citada.

la penalidad agravada prevista en el párrafo 1.º cuando el daño fuera grave».

STS de 1 de marzo de 1996.

Las diversas modalidades de acción son conductas mixtas alternativas, de forma que cualquiera de ellas consuma el delito, y la realización de varias, no suponen la realización de varios delitos.

5.2. Inutilización de medios para impedir el acceso. Art. 414 CP

*Art. 414 CP:*⁴¹

«1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses».

El presente precepto, tiene su conocimiento atribuido al Tribunal del Jurado, conforme a lo establecido en la Disposición Final 2.ª CP 95.

Tipo objetivo. Precepto sensiblemente modificado respecto al antiguo de «quebrantamiento de sellos», ha sustituido este término por «destrucción o inutilización de medios puestos para impedir el acceso a documentos de conocimiento restringido», terminología mucho más actual y globalizadora. Presupuesto del delito, es que la autoridad competente haya restringido el acceso a determinados documentos, sin

41. Artículo 365 del anterior CP.

cuyo requisito no será objeto de aplicación. El objeto de ataque de la conducta típica no es el documento protegido, sino los medios puestos para impedir el acceso a dicho documento, por lo que la consumación, se produce con la mera destrucción o inutilización de los medios referidos. No se requiere que como consecuencia de la destrucción de los medios referidos se consiga el apoderamiento, destrucción o inutilización de los documentos velados. Si esto ocurriera o se descubre su contenido secreto habrá un concurso de infracciones.

Tipo subjetivo. El consentimiento debe interpretarse como un consentimiento al quebrantamiento y, por consiguiente, como un consentimiento doloso, lo que se refuerza con la expresión «a sabiendas».

La pena, es inferior en el apartado segundo (particular), a la fijada en el apartado primero (autoridad o funcionario) al tipificarse en el art. 414.2, un simple delito común frente al delito especial.

5.3. Acceso a documentos secretos. Art. 415 CP

*Art. 415 CP:*⁴²

«La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

También en este delito, está su conocimiento atribuido al Tribunal del Jurado, conforme a lo establecido en la Disposición Final 2.^a CP 95. En dicho precepto, considerado subsidiario del anterior, se adopta una terminología más moderna al no referirse el texto penal, a «abrir» o «consentir» que se abran documentos o papeles, sino de «acceder» o «permitir que se acceda» a documentos secretos. El documento secreto depende de la naturaleza de la información que contenga. Si se trata de una información relativa a particulares,

42. Art. 366 del anterior CP.

deberá abarcar todas aquellas informaciones sensibles o relevantes que afecten a la esfera íntima de los particulares. por el contrario, si el documento contiene información relativa a la Administración, para que ésta pueda ser considerada secreta es necesario que tal calificación venga impuesta por una norma jurídica o que, en todo caso, el objeto sobre el que versa la información integre uno de los supuestos para los que la ley habilita tal calificación. Por otra parte, el presente artículo, se ha de postergar por el art. 598 CP 95, cuando la violación de secretos afecta a la defensa nacional (principio de especialidad) y por los arts. 197 y 198, si los secretos a los que se accede ilícitamente versan sobre información que afecta a esferas íntimas de los particulares.

Conducta. El legislador asimismo ha equiparado expresamente la modalidad activa a la modalidad omisiva.

Tipo objetivo. Se trata de un delito de infidelidad referido exclusivamente a documentos secretos. El acceder o permitir acceder a informaciones que no deben ser divulgadas, es una conducta impune mientras dichas informaciones, no gozen de la protección jurídica atribuida a los secretos. A este respecto, el art. 105 CE, otorga a todos los ciudadanos el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas».

5.4. Acceso a documentos secretos de modo accidental. Art. 416 CP

*Art. 416 CP:*⁴³

«Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos».

43. Art. 366 del anterior CP.

Este precepto amplía el círculo de autores. El fundamento de esta extensión de los requisitos para ser considerado autor, reside en que la delegación de funciones por parte del Gobierno, de autoridades o de funcionarios públicos, reviste y atribuye a los particulares de la especial posición jurídica de aquellos.

«1. La Sentencia dictada el 29 mayo 1995 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió al imputado, Enrique A. M., del delito de infidelidad en la custodia de documentos del que era acusado por el Ministerio Fiscal. Impugna dicho fallo absolutorio el Excmo. señor Fiscal con un recurso de casación de infracción de ley conformado en un motivo único, que se ampara en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que denuncia la inaplicación del art. 366, párrafo segundo, en relación con el art. 364.2 del Código Penal.

Estima la sentencia de instancia que no concurre en el acusado la condición de sujeto activo del delito, al no haber recibido los documentos (la causa penal) directamente de un funcionario, sino de otro Abogado que, a su vez, recibió las actuaciones del Procurador, mientras que el Ministerio Fiscal sostiene, por el contrario, la condición de mero representante en este último y que de acuerdo con los hechos probados tal causídico la recibió en el trámite de calificación para entregársela al Abogado, concediendo éste la venia al acusado para que procediera a su calificación, por lo que ello determina su inclusión en el párrafo segundo del art. 366 del Código Penal como sujeto activo del delito del que venía acusado.

2. La sentencia recurrida expresa en el segundo de sus fundamentos jurídicos, con valor de dato puramente fáctico, que la finalidad perseguida por el acusado, Abogado de profesión y como tal conocedor de las instituciones jurídicas, era la de evitar el juicio de la causa en la que estaba su hija procesada o provocar un enjuiciamiento tan tardío que la represión penal se viera frustrada y, asimismo, que junto al perjuicio a la causa pública, existe un verdadero tercer perjudicado, Ramón C., por el retraso durante años de un procedimiento que concluyó por sentencia que le reconoció acreedor de los procesados por la cantidad de 116.138 pesetas.

La resolución impugnada, tras un examen de los elementos del tipo, concluye la concurrencia de los subjetivos, o sea, la finalidad de evitar o retrasar el juicio, así como dentro de los objetivos del daño a tercero o a la causa pública por el perjuicio notorio al perjudicado acreedor y las

indebidas dilaciones del proceso, con desprestigio para la Administración de Justicia. Tras un examen de las modalidades comisivas del art. 364 del Texto Penal, concluye que la conducta del acusado —en el sentir de su defensa un mero no entregar— es equiparable por la doctrina del Tribunal Supremo a la acción de ocultar, recordando la Sentencia de esta Sala de 22 marzo 1975, que entiende por ocultar «no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que responde su contenido y destino...». Pudiera también haberse aducido en el elenco jurisprudencial otras resoluciones más recientes —«ad exemplum», Sentencias de 29 junio 1990, 9 octubre 1991, 10 octubre y 9 diciembre 1992 y 290/1995, de 2 marzo que hacen equivalente a «ocultar», guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento.

Pero la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona concluyó estimando que no existe sujeto activo de la infracción, habida cuenta que el segundo párrafo del art. 366 del Código Penal exige que el documento haya sido recibido en custodia de un funcionario, lo que —a su juicio— no ocurre en este supuesto, pues el funcionario entregó la causa al Procurador, el cual la entregó al Abogado designado y éste la dio al acusado, al concedérsele venia. Aduce la sentencia recurrida para fundamentar su tesis absolutoria que ni el Abogado, ni la Procuradora son funcionarios y tan sólo a esta última alcanzaría la previsión del art. 366, párrafo segundo y entiende por ello que la previsión legal se agota en el Procurador que recibe la causa, de manera que ni siquiera alcanza al Abogado destinatario del documento.

3. En el sistema procesal español, el órgano personal encargado del «ius postulandi» o de la defensa en sentido amplio se compone de dos profesionales debidamente diferenciados en sus funciones y cometidos: el Abogado y el Procurador. El primero actúa mediante la postulación en un amplio sentido, a través de toda clase de alegaciones y peticiones, de palabra y por escrito e intervención en las diligencias de prueba ante los órganos jurisdiccionales y, dentro del orden procesal penal, el que afecta más a los intereses más personales e importantes del justiciable, con la asistencia al detenido y la defensa técnica al imputado. Situado entre el cliente y el Tribunal, debe mantener una constante comunicación con ambos. En la relación jurídica que el juicio o proceso comportan se da un constante diálogo intersubjetivo entre los sujetos intervinientes, donde las partes privadas, activas o pasivas están asistidas de Abogado que dirige su defensa y vela por sus intereses. El Procurador o Procurador causídico, como auxiliar institucional del complejo derecho

de postulación, presenta un limitado campo en orden a la tramitación, con entrega de escritos en el Juzgado o Tribunal y recepción de copia de resoluciones, que operan como si se hicieran con la parte misma, siendo un elemento transmisor entre la parte material, el Abogado y el órgano jurisdiccional. Aparece como representante de la parte y de ahí como el deudor causídico universal al que se otorgan los procedimientos privilegiados de los artículos 7 y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para obtener de su mandante el metálico preciso para hacer los pagos o para resarcirse de sus gastos y obtener el abono de sus honorarios. Firma todas las comunicaciones y notificaciones como genuino representante de su mandante y tiene que entregar la copia de las resoluciones y otros documentos que recibe al Abogado elegido por el cliente y, en su defecto, designado de oficio, que es el encargado y responsable de la defensa. La entrega de la causa al Procurador en la Secretaría del Tribunal que el «factum» describe, no presenta otro alcance que el de actuar como mero transmisor entre el órgano jurisdiccional y el Abogado defensor, que es quien con ella tenía, por imperativo normativo, que formular las calificaciones provisionales de la defensa. La señora Procuradora de los Tribunales cumplió en este supuesto, traído ahora a la censura casacional, debidamente su cometido legal, firmó la recepción en el libro correspondiente e hizo inmediata entrega al Letrado designado por la defensa. Tiene razón el Ministerio Fiscal y no puede esta Sala aceptar la tesis de la sentencia recurrida que pretende que la previsión del art. 366.2 del Código Penal se agota en el procurador, porque ello conllevaría a hacerle responsable por hechos ajenos por recepción de documentación de la que no es destinatario o estimar su irresponsabilidad por la inexcusable entrega. La Ley ha convertido aquí al representante procesal de la parte privada en un mero receptor provisorio, cuya firma acredita la entrega para el defensor o el justiciable, salvo los casos que prescribe la Ordenanza procesal que han de hacerse personalmente con éste. Así con este cometido dentro del complejo personal de la defensa técnica, cobra su sentido lo dispuesto en el art. 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que señala que tras las calificaciones de las partes actoras – acusación oficial, particular y actor civil– se comunica la causa a los procesados y a los terceros civilmente responsables y esta comunicación, equivalente a dar completo conocimiento, se logra con la entrega de las actuaciones, pero para que sea efectiva, eficaz y no conculque el derecho de defensa, tiene que hacerse al Abogado que es el real destinatario de la causa para realizar el escrito de calificación provisional, para que en igual término que las acusaciones manifieste por conclusiones numera-

das y correlativas, si está o no conforme y exprese los puntos de divergencia. Que ello es así se patentiza con la prescripción expresa del precepto citado, que «se les habilitará (a los procesados y terceros civilmente responsables) al efecto de Abogado y Procurador, si no los tuvieren. Lo que evidencia la necesidad de que el Procurador recoja la causa del Tribunal y firme su recepción y la entrega al Abogado para que confeccione el inexcusable escrito». El causídico recibe una causa penal de la Secretaría de la Audiencia Provincial y sabe y conoce que tal documentación no tiene otro destino que la entrega al defensor para formular conclusiones provisionales. Si el órgano del derecho de postulación o defensa en sentido amplio fuese único —como ocurre en otros ordenamientos— se entregaría la causa al Letrado, pero en el dilema de admitir un auxilio para el Abogado en los diferentes sistemas jurídicos, el Derecho español completa esta ayuda al Abogado, ampliando así la institución de la defensa con la del Procurador, que aparece por ello como un simple enlace entre el Tribunal y el letrado, mero porteador cualificado que firma la entrega de los autos, como si fuera la propia parte representada. Esta mera tenencia temporal no puede eliminar, pese a su personal recepción y firma acreditativa, que se le entrega por el Secretario o sus auxiliares para que, a su vez, haga entrega al Abogado, destinatario real aunque lo sea a través de una actuación auxiliar y complementaria del causídico. Por eso ya la añeja Sentencia de este Tribunal de 5 febrero 1883 estimó incurso en esta responsabilidad de la infidelidad en la custodia de documentos al Abogado que maliciosamente hizo desaparecer unos autos que se le entregaron para evacuar un traslado.

4. En este supuesto del recurso el imputado no era el Abogado designado por los acusados en otra causa distinta, primero y normal destinatario de los autos, sino, como el hecho probado describe, padre de la acusada y Abogado de profesión y en ejercicio profesional quien contactó por teléfono con el Letrado defensor y le indicó que se iba a hacer cargo de la defensa, solicitando la venia y el mismo día un hijo del acusado, por indicación de su padre, acudió al despacho y recogió las actuaciones y la venia. Este traspaso de la defensa, por la importancia de ella pero, sobre todo, en este trascendente trámite procedimental puesto que va a iniciar el genuino juicio penal, con recepción de venia y entrega de la causa, lo es «in universum ius» y con todas las consecuencias. Por una parte, el derecho de defensa es el más sagrado de los derechos en orden al proceso, por otra, la fungibilidad profesional y la facultad designatoria de la parte, al elegir y nombrar un Abogado de su elección, comportan una asunción del complejo haz de derechos y deberes del Letrado

defensor. La sustitución de un Letrado por otro, «volente parte», comporta la colocación del último en las mismas e idénticas condiciones del primero, asumiendo por ello el último el deber de confeccionar el escrito de calificación y devolver la causa al Procurador que seguía siendo el originario, a más de los ínsitos deberes de custodia. El acusado no era un delegado o miembro del despacho del originario defensor, al que se entrega la causa para descargo de trabajo o ayuda al designado, sino que se ha pretendido y conseguido la sustitución y eliminación del primero en el ámbito de los derechos de defensa de los procesados. Es el acusado el que pide el cese, que deje de intervenir, que desaparezca de la defensa el originario defensor. Por ello tiene completa razón el Excmo. Señor Fiscal cuando afirma que, como Abogado en ejercicio, conocía el acusado que la causa procedía de una Sala de lo Penal y que debía devolverla con su calificación y la prueba de ello es que entregó la causa que recibió en julio de 1987 el 19 de septiembre de 1992 en la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, más de cinco años más tarde de su efectiva recepción. La defensa del acusado en el acto de la vista del recurso ha puesto el acento y se ha opuesto a la impugnación pretendida por el Ministerio Fiscal con el argumento de que el hecho probado no dice ni cuándo, ni que el acusado recibiera la causa. El razonamiento resulta inane. El acusado contactó por teléfono con el defensor y en su calidad de Abogado en ejercicio y de padre de la procesada pidió y obtuvo la venia que recogió aquella misma tarde un hijo suyo que «fue por indicación de su padre, al despacho de José Ignacio R. B., y recogió las actuaciones y la venia de ése a aquél para asumir la defensa», asimismo proclama el «factum», inatacable en esta vía casacional, que ello ocurrió el día 14 de julio de 1987, que añade: «con las actuaciones en sus manos, Enrique A. M. (el acusado) no les dio curso alguno...». Igual de irrelevantes resultan las alegaciones extraprocesales de que no fuera requerido de devolución, porque ello significaría alterar el hecho probado con adiciones y, en todo caso, irrelevantes, pues la modalidad de infidelidad de documentos del art. 364 del Código Penal, en cuanto ocultación o destrucción, puede producirse, haya requerimientos de devolución o no. Resulta absurdo hacer responsable tan sólo al Procurador como particular «encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles» por comisión de funcionario, pues no se trata de una «traditio» material, sino mucho más amplia, habida cuenta de la condición de mero portador provisional en el causídico. No es el Procurador, sino el complejo órgano de postulación y sobre todo el usuario de la causa y confeccionante del escrito que la ha de completar el

que recibe esta extensión de la autoría del delito especial propio del art. 364 del Texto Punitivo. Asimismo el Abogado, que a su solicitud asumió las funciones de defensor con entrega de venia y la causa del precedente. En otro supuesto, resultaría facilísimo hacer desaparecer una causa por destrucción u ocultación, pues sería suficiente con sustituir al Abogado para eliminar responsabilidad del precedente y del nuevo porque no había recibido la causa del Secretario. El Abogado es un encargado accidental de la custodia de documentos o papeles por comisión del Secretario, explicitada en la normativa procesal, que no requiere una entrega personal por el funcionario, sino ser destinatario de aquél y comisionado con tal deber de custodia debido a su función procesal en el trámite. El acusado se colocó en el mismo lugar y posición del primer Letrado y le alcanzaban los mismos deberes que a éste. El motivo y recurso deben ser estimados por ello».

STS de 30 de marzo de 1996.

La responsabilidad de los particulares está condicionada a la existencia de una previa comisión o encargo fáctico para la custodia o despacho de documentos. El tipo de conductas que generalmente podrán dar lugar a la aplicación de esta cláusula de ampliación de la responsabilidad serán las cometidas por empleados de empresas privadas dedicados a la custodia y transporte de toda clase de documentos.

5.5. Violación de secretos. Art. 417 CP

Art. 417 CP: 44

«1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de pri-

44. Art. 367 del anterior CP.

sión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Precepto que terminológicamente coincide en su esencia con el anterior art. 367 CP, y que tiene su núcleo —como precisa Muñoz Conde—⁴⁵ en el concepto de «secreto», algo conocido por pocas personas que, conforme al interés público o privado, no debe ser publicado o dado a conocer a un círculo más amplio.

Sujetos. Sujeto activo del delito es el funcionario público o la autoridad que efectúa la revelación y que, como es obvio, han de interpretarse de acuerdo con el art. 24 CP. Sujeto pasivo, es el particular cuando de sus secretos se trata, y la comunidad en los demás casos.

La conducta típica, estriba en revelar un secreto o cualquier información; esto es, en comunicarlos a personas no autorizadas para conocerlos. Con independencia de cual sea la concreta forma que adopte la acción, lo esencial es que se verifique una comunicación a un tercero, de forma oral, escrita, o de cualquier otro modo, siendo intrascendente la fuente de la noticia o del secreto, siempre que el funcionario haya tomado conocimiento de él por razón de su oficio. Son posibles las formas activas y omisivas.

Bien jurídico. La revelación de secretos oficiales o de informaciones que no deban ser divulgados atenta contra los servicios que los poderes públicos han de prestar a la comunidad,⁴⁶ que es lo único que justifica su propia existencia, el servicio al ciudadano. Y si este es el bien jurídico genérico de los delitos comprendidos en el Título IX del Libro II CP 95, el específico de la figura estudiada no puede ser otro, sino una derivación de aquél, cifrable en los servicios que cada dependencia pública ha de rendir con objetividad, con sometimiento pleno a la Ley y al

45. Muñoz Conde. Obra citada.

46. Vives Antón, TS., La responsabilidad de los Jueces en el proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial, en Estudios Penales y Criminológicos, IX, Santiago de Compostela, 1985.

Derecho, y con arreglo a los principios de igualdad e imparcialidad. En el apartado primero, deben comprenderse dentro del término «secretos» a aquellos relativos a la Administración pública, los secretos oficiales regidos por la Ley 9/68, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre.

Por «información», deberá reputarse, aquella que tenga carácter concreto, que no haya sido notificada, publicada o divulgada, y de la que se tenga conocimiento exclusivamente, por razón de cargo u oficio público.

En relación al punto segundo, el carácter secreto de un hecho, lo determina la propia voluntad del interesado que tiene derecho a que no sean públicos datos de su intimidad mas allá del estricto círculo de las personas que por razón de su cargo tienen que conocerlo. Lo cierto es, que el término «información» aparece en el contexto como concepto diferenciado respecto al término «secreto» (dado que si no resultaría innecesaria y redundante su mención). Como primer punto, debe afirmarse que información ha de interpretarse por oposición a secreto. Una y otro, suponen el conocimiento de datos o noticias, pero mientras el secreto ha de venir normativamente etiquetado, la información no. El legislador, ha creído conveniente cubrir un espectro más amplio de materias frente a revelaciones inoportunas. Los funcionarios públicos por razón de su cargo o de su oficio quedan instruidos, de datos, noticias desprovistas de la consideración de secretos, no obstante lo cual, no deben ser divulgadas. Pues bien, la inclusión del término «información» en el art. 417 CP, permite alcanzar dicho objetivo, y de esta forma incurrirá en el delito, el funcionario que desvele aquellas noticias que revistan importancia bastante como para ser equiparadas a las merecedoras de la calificación de secretos. Y ello — como dice Orts Berenguer⁴⁷, por dos razones: primero, porque por el carácter fragmentario del Derecho Penal, sólo debe ser acreedor de pena el desvelamiento de informaciones relativas a materias importantes; y segundo, porque al estar ubicadas en el mismo plano la revelación de secretos y la de informaciones (al castigarse por igual),

47. Orts Berenguer. Cuadernos de Derecho Judicial. Revelación y uso indebido de secretos e informaciones. 1994.

estas últimas han de ser portadoras de indicaciones de análogo alcance a las que determinan la consideración de secreto para específicos conocimientos; ello sin contar el despropósito que supondría castigar la comunicación de algo no sujeto a una limitación en cuanto a su conocimiento y que, por lo mismo estuviera a disposición de cualquiera. Por consiguiente, debieran quedar relegadas a la condición de meros ilícitos administrativos —sin que esta afirmación encubra el mas ligero desdén para con éstos ni desconozca su, a menudo, superior eficacia, cuando no dureza— los quebrantamientos del sigilo que afecten a cuestiones de identidad y significados menores. Es un criterio, no del todo aquilatado, que a la postre, supone dejar en manos del Juez, la decisión de si se está ante un ilícito administrativo o ante un ilícito penal.

La *consumación* del delito tendrá lugar cuando el secreto o la información llegue a conocimiento de persona no autorizada. La protección que ha querido dar el legislador a la intimidad del ciudadano se aprecia en la *pena* al ser sensiblemente superior la impuesta en el art. 417.2, a la prevista en el art. 417.1

Comete este delito quien da a conocer a una persona en concreto, no a todos los interesados, la marcha de un plan urbanístico con el fin de beneficiarlo en contra de otros constructores (STS 52/94 de 18 de enero). También, el auxiliar de la Administración de Justicia que formando parte de un tribunal de oposiciones, transmitió a parte de los opositores los exámenes (STS de 22 de noviembre de 1991).

En cuanto a las causas de justificación, cuando un funcionario es llamado a declarar ante el Juez sobre temas que conoce por razón de su cargo, el art. 417 LECrim., exime de la obligación de declarar a los funcionarios cuando no pudieran hacerlo sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieren obligados a guardar; o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida. Por otra parte, determinadas disposiciones (Ley de Secretos oficiales) imponen el deber de sigilo, de modo que al proclamar el art. 118 CE el deber de colaborar con la Administración e Justicia, y tipificarse como delito el art. 412 CP 95, el hecho de no prestar auxilio a dicha Administración, implica fricciones en los supuestos en que coincidan diversos intereses contrapuestos.

5.6. Aprovechamiento de secreto o información. Art. 418 CP

Art. 418 CP: ⁴⁸

«El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años».

El art. 418 CP 95, supone una novedad en nuestro derecho positivo y penaliza el aprovechamiento de las conductas anteriores.

Conducta. El provecho no puede ser otro que el beneficio económico propio o ajeno pues la multa está fijada en función del beneficio obtenido o facilitado.

Tipo objetivo. El concepto de información privilegiada lo ofrece, el art. 442.2 CP, al disponer que *«a los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada»*. Debe destacarse la extraordinaria pena prevista para el supuesto de que resultara grave daño a la causa pública o para tercero, pues se eleva hasta los seis años de prisión, muy superior a la pena prevista para el propio funcionario que infringe su deber de fidelidad (prisión hasta tres años). Determinadas informaciones periodísticas parecen estar detrás de este nuevo tipo penal.

6. Cohecho

«El cohecho, son dos hechos, uno malo y otro peor.»
(E.G. Guerra).

El Capítulo V del Título XIX trata del cohecho, dejando en el olvido, denominaciones históricas como el *«soborno»*. Con la tipificación de

48. Artículo inexistente en el anterior CP.

este delito, se castiga al funcionario que, en el ejercicio de sus funciones se vende, se corrompe o acepta algo que no tiene derecho. Igualmente, se castiga al particular que compre o corrompa al funcionario o pretenda hacerlo. Se trata con ello, de proteger la integridad del funcionario y su lealtad con respecto al Estado, cuya persecución y castigo aliviará a la Administración y al Erario público de una de las lacras que más han lesionado la confianza del ciudadano en sus administradores. Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia, han matizado su división entre *cohecho pasivo* y *cohecho activo*, según se refiera a la conducta del funcionario o del particular, si bien, esta terminología, resulta un tanto equívoca al no tener en cuenta quien de los dos ha tomado la iniciativa corruptora.

En relación a la *naturaleza*, y no obstante a algunos pronunciamientos jurisprudenciales dubitativos (STS de 19 de septiembre de 1986 y 3 de diciembre de 1993), la doctrina y también la jurisprudencia mayoritaria, resaltan que aunque a primera vista podría pensarse en un negocio jurídico bilateral, este delito tiene naturaleza unilateral, en cuanto que el Código contempla dos figuras distintas de cohecho, uno el activo y otro el pasivo, sin que les sean aplicables las reglas de la coparticipación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos, bastará la unilateral iniciativa, o la mera proposición o solicitud, sin que sea exigible un acuerdo de talante corruptor (STS 512/94, de 9 de marzo)⁴⁹.

49. En lo que hace a la negociación de su condición de autora de un delito del artículo 391, la recurrente desconoce el carácter unilateral que el cohecho tiene en la regulación de nuestro Código Penal que contempla dos figuras distintas de cohecho —uno el activo y otro el pasivo— ambas de carácter unisubjetivo, de modo que de un lado los funcionarios públicos o los a ellos asimilados por el artículo 388, que soliciten o reciban una dádiva son autores de los tipos previstos en los artículos 385 a 390, tanto parta de ellos la iniciativa solicitando la dádiva a un particular, como se limiten a aceptar la oferta a propuesta que el particular les haga; como a su vez los particulares son autores de la conducta tipificada en el artículo 391 CP, tanto intenten corromper a los funcionarios con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, esto es, aunque la propuesta no sea aceptada, como cuando los corrompan efectivamente con aquel mecanismo de recompensas, e incluso también, cuando se limiten a aceptar la solicitud de un funcionario, supuesto que está expresamente contemplado en la hipótesis típica del artículo 391. Por lo que la responsabilidad de cada orden de autores por los delitos por ellos especifica-

El *bien jurídico protegido*, aunque algún autor como Valeije Alvarez⁵⁰ lo ha unificado en el principio de imparcialidad, entendiéndolo como el deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad en la prestación de servicios públicos, también puede dividirse en función del cohecho pasivo (el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario), y el cohecho activo (el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales).

Dádiva, presente, ofrecimiento, promesa, regalos y soborno. Como recuerda Carlos Granados Pérez,⁵¹ la primera cuestión a resolver es el deslinde conceptual entre los distintos términos que se utilizan para identificar al delito de cohecho, y si los mismos, responden a un mismo significado o difieren en su contenido y alcance. No es ocioso consignar el significado respecto que de cada uno de ellos se contiene en el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española. Examinémoslo:

Dádiva: «cosa que se da graciosamente».

Presente: «obsequio, regalo que una persona da a otra en señal de reconocimiento o afecto».

Ofrecimiento: «acción y efecto de ofrecer». Ofrecer: «presentar y dar voluntariamente una cosa».

mente cometidos no excluye ni absorbe la responsabilidad del otro por el delito de cohecho que les es propio, esto es, cada grupo responde de su propio delito —el cohecho activo o el pasivo— sin que le sea aplicable las reglas de la co-participación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud, sin que sea exigible un «pactum sceleris» o convenio corruptor. En consecuencia, y desde el momento en que el relato histórico afirma que la recurrente «entregó a cada uno de los interventores judiciales, Pilar R. y Mariano R. un sobre conteniendo 50.000 ptas. que éstos guardaron y aceptaron para dar cumplimiento a las intenciones de Blanca», aparece descrita la ejecución personal y directa por esta última de la actividad típica del artículo 391, por lo que la autoría de tal delito es incuestionable, sin perjuicio de la autoría también propia de dichos interventores por el tipo de cohecho del artículo 386 a ellos aplicado. Todo ello sin perjuicio, claro está, de recordar que, conforme al relato histórico, la ideación del delito y la iniciativa partió de la recurrente, que pretende negar lo que el hecho probado afirma, lo que ya sería suficiente para rechazar su motivo.

50. Orts Berenguer y Valeije Alvarez. Obra citada.

51. Carlos Granados Pérez. Cuadernos de Derecho Judicial. El instrumento en el delito de cohecho. 1994.

Promesa: «expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa».

Regalo: «dádiva que se hace voluntariamente o por costumbre».

Soborno: «dádiva con que se soborna; cualquier cosa que mueve, impele o excita el ánimo para inclinarlo a complacer a otro».

La coincidencia en su significado en varios de los términos utilizados resulta bien patente. No obstante, se hace preciso indagar la razón que determinó al legislador a la inclusión de todos ellos para servir de instrumentos del delito de cohecho. Rodríguez Devesa,⁵² entiende que no debe inducir a confusión la diversidad de términos que emplea el CP. En realidad, el instrumento del delito es siempre una dádiva o presente que, si no se entrega en el acto, recibe el nombre de ofrecimiento o promesa. Dádiva, es cosa que se da graciosamente; presente, es un don, alhaja o regalo que una persona da a otra en señal de reconocimiento o afecto. El legislador ha materializado, por así decir, el cohecho y expresamente exige que el objeto se concrete en una dádiva o presente. Muñoz Conde,⁵³ coincide en señalar, que el ofrecimiento o promesa están en referencia a dádiva o presente. Orts Berenguer,⁵⁴ en la misma línea, afirma que, dádiva y las restantes formas de gratificación que se expresan, son, en el fondo, una misma cosa, con la sola diferencia de su distinta materialización temporal. Queralt,⁵⁵ pormenoriza tales términos y expresa que «el objeto con que se corrompe al funcionario es una dádiva (dinero en efectivo o símbolo que lo represente: cheques, valores,...), un presente, es decir, un regalo de un objeto (un coche, una casa,...). Dádiva, presente, regalo o soborno, se utilizan por el legislador como términos sinónimos en cuanto encierran un similar sentido con el único fin de amplificar la significación del concepto que se reside en la dádiva como elemento referencial principal. La dádiva es el instrumento genuino del delito de cohecho. Por

52. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español. Parte Especial. Dykinson. 1992.

53. Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte Especial. 6.ª Edición. Universidad de Sevilla. 1985.

54. Orts Berenguer. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant Lo Blanch. 1990.

55. Queralt. Derecho Penal Español. Parte Especial. Volumen II. Librería Bosch. 1987.

ultimo, reseñar que del delito de cohecho (arts. 419 a 426 CP), conoce el Tribunal del Jurado.

6.1. Cohecho pasivo propio mediante una acción u omisión constitutiva de delito. Art. 419 CP

Art. 419 CP:⁵⁶

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».

Atribuido al conocimiento del Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Dentro del cohecho pasivo este artículo repite con exactitud la anterior redacción con la única novedad de que se añade en la nueva redacción, que la actuación sea en provecho propio o de tercero, circunstancia quizás innecesaria por haber subsumido este extremo la jurisprudencia dentro de la misma idea de cohecho o soborno, pero que desbarata aquellas posiciones doctrinales como las de Morales Prats y Rodríguez Puerta,⁵⁷ que exigían que el cohecho redundase siempre en beneficio de funcionario.

En la *conducta típica*, es indiferente que el funcionario tome la iniciativa, en cuyo caso se consuma con la mera solicitud, aunque no sea aceptada por el particular, o que reciba o acepte (STS 21/93, de 18 de enero)⁵⁸. Por este motivo, no se admiten formas imperfectas de ejecu-

56. Art. 385 del anterior CP.

57. Morales Prats y Rodríguez Puerta. Obra citada.

58. STS de 18 de enero de 1993. «El segundo de los motivos del recurso se interpone por el mismo cauce procesal que el anterior y mediante él se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 385 del Código Penal, alegando el recurrente en apoyo de la tesis que

ción; la consumación se reputa producida en cuanto se emite la petición o se recibe la dádiva como condición para actuar, siendo también indiferente, que la percepción de la dádiva o presente se realice antes o después de realizado el hecho, siempre que haya sido solicitado o pactado con anterioridad a su realización.

Tipo objetivo. El objeto, la dádiva o presente, ha sido objeto de una constante discusión doctrinal sobre la exclusividad de su carácter patrimonial. Mayoritariamente la doctrina, se inclina por la necesidad de que su objeto sea económico debido al sistema punitivo utilizado por el legislador, al determinar la multa en relación al valor de la dádiva. De forma excepcional dentro de la Jurisprudencia debe considerarse la STS, de 25 de octubre de 1961, que estimó como dádiva los favores carnales, criterio en conexión con el sector doctrinal

mantiene, que el delito de cohecho es un delito bilateral que presupone un convenio entre las personas que necesariamente han de intervenir en él y que la falta de bilateralidad en el caso de autos lo demuestra el hecho de que no hayan sido condenados los receptores o destinatarios de la petición de dádiva y, además, porque el procesado no pidió el dinero para él sino para entregárselo a los perjudicados por los anteriores delitos contra la propiedad, mas la procedencia de desestimar el motivo se halla plenamente justificada por las razones siguientes: a) Porque frente a lo que alega el recurrente, es lo cierto, que la doctrina mayoritariamente hoy día entiende que aunque para cometer el delito de cohecho se requiere la intervención de más de una persona, no puede reputarse como un delito bilateral que requiere el acuerdo de voluntades, pues se debe entender cometido el delito en grado de consumación —en cuanto que no es posible, dada su estructura, admitir formas imperfectas de ejecución—, en cuanto se atenta al bien jurídico protegido como es la confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, de modo que la lesión, y en consecuencia, la consumación se ha de reputar producida, en cuanto se hace la petición o se recibe la dádiva, como condición para omitir el cumplimiento del deber, o en cuanto se ofrece con la misma finalidad y del relato fáctico aparece que el recurrente solicitó de los autores de los anteriores delitos contra la propiedad y de sus familias la entrega de la cantidad de cuarenta y cinco mil pesetas a cada uno de los dos autores de dichos delitos, como «única forma de evitar la cárcel y arreglar las cosas» y b) Porque consumado el delito es irrelevante el destino posterior que pueda darse a la dádiva recibida, pero además, el motivo al alegar el destino que pensaba darle el recurrente incurre en la causa de inadmisión del núm. 3.º del art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación, dado que en la sentencia recurrida se sienta como dato fáctico, el que el propósito del inculpado «era el de obtener un beneficio inmediato» y que «el único propósito del acusado consistía en lucrarse».

que considera dádivas o presentes del cohecho, prestaciones de naturaleza no patrimonial, como ofrecimientos sexuales y honoríficos. Sin embargo, este posicionamiento se ve en el CP 95, nuevamente marginado, no faltando autores, como Muñoz Conde,⁵⁹ que indican que en los supuestos de acceso carnal podría ser aplicable los arts. 443 ó en su caso 444, es decir, los ataques a la libertad sexual desde el punto de vista del funcionario, o el art. 429, es decir, el tráfico de influencias por parte del particular, si se dan los elementos de estos tipos. En definitiva, los términos dádiva y presente, pueden identificarse con el de recompensa, refiriéndose la Sala 2.ª a «*premio, regalo, ventaja o beneficio evaluable siempre económicamente*» (STS 2797/93 de 3 de diciembre).

Respecto al quantum, debe destacarse que el CP 95, nada fija al respecto, por lo que es indiferente la cuantía de la dádiva o presente, si bien, todos los pronunciamientos advierten de los usos sociales, como ajenos al ordenamiento penal, llegando a exigir alguno de ellos, que la dádiva o presente, sea relevante en orden a motivar al funcionario la orientación de su actuación. Ferrer Sama,⁶⁰ mantiene que la ley no puede fijar criterios en cuanto al monto de la dádiva o el presente para excluir del cohecho ciertos casos, por muy exiguo que sea su valor, lo cual no impide, que se descarten del ámbito propio de este delito, todos aquellos supuestos en los cuales el Juzgador, teniendo en cuenta la índole de la función que el sujeto desempeña, su posición social y económica, la naturaleza de sus relaciones con el particular, y las demás circunstancias concurrentes análogas, pueda racionalmente afirmar, que en modo alguno, el presente recibido, haya influido en el cumplimiento de sus deberes. Muy mal parada quedaría la honorabilidad de los funcionarios en general, si hubiera de ponerse en duda siquiera, que el no haber rechazado un cigarrillo que se le ha ofrecido pueda haber sido causa de desviaciones en el ejercicio de las funciones de su cargo. Rodríguez Devesa⁶¹ por su lado, tiene declarado que por regalos, hay que entender objetos de valor material (económico) más o menos

59. Muñoz Conde. Obra citada.

60. Ferrer Sama. Comentarios del Código Penal. Tomo IV. Estados Aeres Gráficas. 1996.

61. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español. Parte Especial. Dyckinson. 1992.

notable, pero suficiente para descartar toda idea de mera afección. Un retrato dedicado, unas flores u otros obsequios semejantes, no son regalos en el sentido del art. 419 CP, so pena de extender en términos inadmisibles la esfera punitiva. Basta no obstante, que las circunstancias hagan deséchar todo pensamiento de mera afección, para que cualquiera que sea el valor de la cosa (siempre que lo tenga), sea aplicable la máxima de que la justicia se ofende «*etiam uno nummo*» (con una sola moneda). Orts Berenguer,⁶² a propósito de la cuantía del presente o dádiva, señala que aunque en ninguno de los artículos viene tasada, desde un punto de vista naturalístico, mal induciría la corrupción de un monto insignificante, con independencia de que no sea ella, sino «*la venta de la función pública*» la que engendra la responsabilidad criminal. El Tribunal Supremo se ha preocupado de excluir los regalos meramente afectivos e insignificantes de los que son penalmente relevantes. Así, en la STS de 28 de noviembre de 1956, lo hizo respecto de un obsequio de boda a un funcionario que se realizó en la creencia y con la buena fe de que con ello cumplían una obligación social, siendo absueltos del delito de cohecho. Exigencia del tipo, es que la actividad castigada por el CP, se materialize dentro de las actuaciones constitutivas del normal ejercicio de su cargo, término que debe entenderse como aquél acto que guarda relación o conexión con las actividades públicas que desempeñan, pudiendo realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que sea necesario que el acto le corresponda ejecutar específicamente a él competencialmente (STS 701/94, de 4 de abril). Si no guarda relación con el cargo, la conducta del funcionario sería más o menos censurable en el orden moral, o daría lugar a otra clase de delito, pero no sería cohecho (STS 709/94, de 28 de marzo)⁶³.

62. Orts Berenguer. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant Lo Blanch. 1990.

63. «La nota característica de todas las infracciones que el Código dedica al delito de cohecho, es la de que la persona sobornada, o cuya corrupción se pretende, además de ser funcionario público, realice los actos que de él se soliciten en el ejercicio de los deberes de su cargo como propios e inherentes a las funciones que desempeña, porque en otro caso su conducta sería más o menos censurable en el orden moral, o daría lugar a otra clase de delito, pero carecería de la tipicidad precisa para encuadrarla dentro del cohecho propiamente dicho. Con la punición del cohecho se busca sobre todo la

Consumación. Surge aquí la duda, de si es necesaria la entrega de la dádiva antes de que el funcionario realice el acto, o es posible su entrega posterior. Muñoz Conde,⁶⁴ entiende que es indiferente que la percepción de la dádiva o presente, se produzca antes o después de realizado el hecho, siempre y cuando dicha entrega haya sido pactada o solicitada con anterioridad a su realización. Ferrer Sama,⁶⁵ por su parte, mantiene que resulta indiferente que la utilidad, beneficio o goce constituidos por la dádiva o presente, tengan lugar en vida del funcionario o después de su muerte, por sus herederos o por otros. Tampoco modifica la situación jurídico penal, el hecho de que la remuneración o dádiva se entregue con posterioridad al cese del funcionario. El hecho, ha de constituir delito, no pudiendo hacerse una interpretación extensiva que abarque a las faltas.

Tipo subjetivo. La comisión debe ser dolosa, entendiendo por tal, que el funcionario sea consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente, y querer actuar a pesar de ello.

Participación. Cabe la participación del extraño o del funcionario que no actúa en el ejercicio de su cargo como persona intermedia: con título de cooperador, necesario o no, o de inductor. Pero deben excluirse aquellos casos constitutivos de cohecho activo a castigar por el artículo 423 (STS de 11 de febrero de 1974).

erradicación, una vez más, de la corrupción que desde siempre existió históricamente. La preocupación por este problema, también desde siempre, es tan grande que el legislador ha unido y agrupado lo que constituyen conductas distintas con un denominador común difícil de encontrar, como no sea el de defender la honorabilidad y decencia de aquellos que, investidos de una función pública, tienen que legitimizarla en orden a garantizar la credibilidad de las instituciones y organismos públicos, imprescindible en el Estado democrático y de derecho, si bien es ésta una cuestión que suscita las más diversas posturas. Lo cierto es que los distintos artículos, desde el 385 al 393, contemplan dos clases de cohecho, pasivo el primero siempre a cargo del funcionario, activo el segundo que se refiere al particular que corrompe o que intenta corromper a aquél (STS. 709/94, de 28 de marzo)».

64. Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte Especial. 6.ª Edición. Universidad de Sevilla. 1995.

65. Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Estados Aeres Gráficas. 1956.

- 6.2. Cohecho pasivo propio mediante un acto injusto que no constituya delito.
Art. 420 CP

Art. 420 CP: ⁶⁶

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, sin no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa de tanto al triplo del valor de la dádiva».

El presente precepto, tiene su conocimiento atribuido al Tribunal del Jurado, conforme a lo establecido en la Disposición Final 2.^a CP 95.

Tipo objetivo. Por acto injusto debe entenderse toda actuación que sea contraria al ordenamiento jurídico, incluyéndose los ilícitos administrativos y civiles en su más amplio concepto como recordó la STS 709/94, de 28 de marzo,⁶⁷ ó como expresaba la STS 512/94, del 9 de

66. Artículo 386 del anterior CP.

67. La jurisprudencia de esta Sala, expresada en Sentencias como las de 16 octubre, y 22 y 23 noviembre 1993, describe los presupuestos que se precisan para estimar la existencia del delito que se describe en el artículo 358 del Código Penal: 1.º) la condición de funcionario público del agente, que, a efectos penales, se ha de estimar en el sentido amplio con que la establece el artículo 119 del Código Penal; 2.º) que se produzca una actuación positiva consistente en una resolución o declaración de voluntad de carácter decisorio, dictada en asunto administrativo y con aptitud para producir lesividad social, traducida en una situación de perjuicio; 3.º) que la resolución sea injusta, lo que desborda en el sentido de un mayor disvalor la mera ilegalidad, porque la lesión de un concepto de justicia es esencial en el delito de prevaricación, de tal modo que se precisa una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico, superior a las meras infracciones a la legalidad que puedan remediarse y depurarse en otra vía distinta de la penal, pues no es deseable que la convivencia social se garantice predominantemente mediante el recurso al «ius puniendi», última «ratio» que se reserva sólo para los ataques más peligrosos a la normalidad de la convivencia social (principio de intervención mínima) y; 4.º) el requisito subjetivo de que la resolución se dicte «a sabiendas» de ser injusta, con conciencia de dolo y con malévola intención de torcimiento del Derecho. STS. 709/94, de 28 de marzo.

marzo, todo aquello que es contrario a lo debido. Aquí sí que tiene cabida, a diferencia del artículo anterior el constitutivo de falta. La jurisprudencia ha aplicado el presente precepto, al Oficial en funciones de Sècretario, que recibió una acuarela para dilatar el lanzamiento en un desahucio, no dando cuenta al Juez del estado de las actuaciones (STS 965/93, de 22 de abril), así como el funcionario que solicitó dinero para dar mayor rapidez a determinado expediente, eludiendo así el turno correspondiente (STS 2950/93, de 29 de diciembre).

6.3. Cohecho pasivo mediante abstención. Art. 421 CP

*Art. 421 CP:*⁶⁸

«Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Es un supuesto todavía más atenuado, criticándose doctrinalmente esta mitigación por no entenderse llanamente por qué el cohecho relativo a una acción injusta merece una mayor pena, que el cohecho relativo a una omisión injusta, si lo que desvalora el tipo no es el acto injusto. La jurisprudencia, lo ha aplicado al Auxiliar de la Administración de Justicia que no dio cuenta a sus superiores, ocultándose o absteniéndose de practicar, aquellas diligencias que le correspondía hacer de acuerdo con las instrucciones recibidas, pretendiendo un retraso en el servicio (STS de 19 de mayo de 1989).

Condena por cohecho de funcionario jefe de Unidad de Recaudación Ejecutiva. «Consta debidamente acreditado en el caso, que el acusado era funcionario de la TGSS —jefe de Unidad de Recaudación Ejecutiva de zona—, por lo que como tenía como función propia impulsar la recaudación de cantidades adeudadas a la S. Social, y que mantuvo una con-

68. Art. 387 del anterior CP.

versación con el apoderado de una compañía deudora, sujeta a ejecución, y le solicitó una dádiva por importe de 1.000.000 de pesetas. No estimándose acreditada la contraprestación concreta a que se comprometía el funcionario acusado a cambio del dinero solicitado, no es factible la condena por el tipo delictivo sancionado en el art. 419 CP 95 –soborno para realizar una acción u omisión delictiva–, como se interesaba inicialmente en las actuaciones. Tampoco es posible la aplicación del art. 420 CP 95, que exige ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no constituya delito, pues no consta que el acusado realizase efectivamente acción alguna como contraprestación de la dádiva. Pero lo acreditado, sí es suficiente para determinar la aplicación del art. 421 CP 95, como la más favorable para el reo de las tres alternativas de contraprestación –acción u omisión constitutiva de delito, acto injusto no constitutivo de delito o mera abstención de un acto que debiera practicarse en el ejercicio de un cargo–, pues, dada la relevancia de la dádiva solicitada y la condición del requerido como persona interesada en un asunto sometido al ámbito funcional del requirente, es obvio que la solicitud conlleva necesariamente una oferta tácita de trato favorable, es decir, algún tipo de contraprestación, aún cuando fuese la mera abstención. En el caso además, dada la función específica de recaudación ejecutiva que tenía encomendada el acusado, cuando solicitó el dinero lo hizo, obviamente, por no realizar algo que debía hacer: recaudar para otros. Cuál fuese el mecanismo exacto de favorecimiento no ha quedado acreditado, pero es evidente, en cualquier caso, que la solicitud de la dádiva conllevaba una promesa implícita de abstenerse de impulsar la recaudación, que es precisamente lo sancionado en el art. 421 CP 95».

STS de 5 de diciembre de 1997. Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón.

6.4. Cohecho pasivo de jurados, árbitros, peritos u otras personas. Art. 422 CP

Art. 422 CP:⁶⁹

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública».

69. Art. 388 del anterior CP.

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.^a del CP. Se amplía en este tipo el sujeto activo de los delitos anteriores, debiéndose recordar que en la enumeración no se encuentra el testigo, ya que si presta declaración falsa mediante precio, recompensa o promesa, incurrirá en el delito de falso testimonio del art. 458 ó 460 CP 95, con la agravante 3.^a del art. 22, pero no el de cohecho.

6.5. Cohecho activo. Art. 423 CP.

*Art. 423 CP:*⁷⁰

«1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.^a del CP. No varía esencialmente su contenido respecto a la anterior redacción, si bien su novedad sea que contempla una pena mayor para los supuestos de inducción o tentativa de inducción a la corrupción que para los supuestos en los que el particular atiende a la solicitud del funcionario. En los casos en que alguien ofrece una cantidad de dinero al funcionario para que éste ejecute una acción constitutiva de delito, el corruptor responde por el delito de cohecho activo en que claramente ha incurrido y como inductor del delito cometido por el funcionario. Al igual que sucede en el cohecho pasivo, el art. 423 CP 95, equipara el concierto entre el funcionario y el particular (corrupción lograda) y el simple intento de ello o proposición, no cabiendo formas imperfectas al igual que en el cohecho pasivo, por cuanto el delito tanto se consuma tanto si se corrompe como si se intenta corromper. Igualmente deben tener la dádiva o promesa un contenido

70. Art. 391 del anterior CP.

económico relevante en orden a motivar al funcionario. Asimismo, es atípica la acción de ofrecer regalo o dádiva cuando no pretenda la corrupción del funcionario (STS 188/94, de 2 de febrero).

«El motivo segundo se ampara en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la aplicación indebida del artículo 391 del Código Penal anterior (actual 423 CP) y la inaplicación del artículo 402 del mismo Texto Legal (actual 437 CP).

1. Mantienen los recurrentes que no ofrecieron dinero sino que se vieron coaccionados a entregar una determinada suma, pero no para promover un acto injusto sino para obtener algo para lo que reunían todos los requisitos exigidos. Acuden al relato fáctico para poner de relieve que fue el funcionario municipal el que exigía las cantidades para conceder el puesto en el mercado y que fueron ellos los que accedieron a lo exigido. En consecuencia afirma que nos encontramos ante un acto de claudicación ante las imposiciones del funcionario y con la finalidad, como ya se ha dicho, de obtener algo que les correspondía. Sostienen que para estas conductas es más exactamente aplicable el artículo 402 del anterior Código Penal (actual 437 CP) y que de este delito serían autores los recurrentes y el funcionario público, pues si bien de ordinario sujetos activos de este delito son los funcionarios que generan derechos arancelarios con sus actuaciones, también la doctrina jurisprudencial admite que se comete el delito reclamando cualquier clase de emolumentos o retribución sin estar autorizado para ello y ésta es la conducta que se refleja en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada.

2. La relación de hechos probados describe la realización de un acto injusto por parte del funcionario como fue la adjudicación caprichosa de los puestos en el mercado, saltando por encima del requisito de antigüedad en la petición que era exigible a todos los peticionarios. La presencia de este elemento o factor de injusticia en el acto realizado, nos lleva a tipificar la conducta del funcionario en el artículo 386 del anterior Código Penal (actual 420 CP). La actuación de los recurrentes, que resultaron beneficiados con la adjudicación indebida de un puesto del mercado gracias al dinero entregado al funcionario, encaja en la conducta prevista en el artículo 391 del anterior Código Penal (actual 423 CP) y la dádiva ha sido entregada con el claro propósito de corromper al funcionario. Las conductas que hemos examinado no tienen encaje, como pretenden los recurrentes, en el artículo 402 del referido Texto Legal, en cuanto que no nos encontramos ante un supuesto en el que el

funcionario exige, directa o indirectamente mayores derechos de los que le correspondieren y de los que estuviere autorizado a percibir por razón de su cargo. La cantidad percibida en ningún caso podía haberla reclamado porque no tenía un sustento normativo que regulando, los aranceles, dietas, locomociones o indemnizaciones, le permitiese reclamar de los administrados una determinada cantidad. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado».

STS de 29 de noviembre de 1996.

6.6. Cohecho atenuado. Art. 424 CP

Art. 424 CP: ⁷¹

«Cuando el soborno mediar en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Por razones de política criminal, el legislador ha equiparado la relación conyugal a toda relación estable con análoga relación de afectividad, superando con ello la solución jurisprudencial analógica. Dentro de los sujetos beneficiarios de este artículo no se encuentra el propio reo.

6.7. Cohecho pasivo propio Art. 425 CP

Art. 425 CP: ⁷²

«1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto

71. Art. 392 del anterior CP.

72. Art. inexistente en el anterior CP.

propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Supuesto de cohecho propio que constituye una auténtica novedad del CP 95. La jurisprudencia interpretando el anterior art. 390 (STS 30/94, de 21 de enero), había declarado que era exigible la expresa aceptación de la solicitud por lo que declaraba impune la mera solicitud de dádiva o presente.

6.8. Cohecho pasivo impropio. Art. 426 CP

Art. 426 CP: ⁷³

«La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Es un supuesto de cohecho pasivo impropio. *Sujeto activo*, al igual que en el art. 425, sólo pueden ser la autoridad o funcionario público, sin que sea aplicable el art. 422. No es necesario, que sea él quien realice el acto pretendido; así la STS 2215/93, de 7 de octubre, condenó al funcionario a quien se le entregó el regalo para que consiguiera la ejecución de un acto, independientemente de determinar a quien corresponda la ejecución.

Tipo objetivo. El término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público

73. Art. 390 del anterior CP.

que desempeñaba le otorgaba al sujeto activo, le ha sido ofrecida la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por dicho sujeto, el particular no hubiese practicado el ofrecimiento (STS 188/94, de 2 de febrero). Respecto a las dádivas o regalos nuevamente la doctrina advierte (Muñoz Conde) que mientras no pase de cuantías moderadas, o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y carácter de sus gentes) se considere forma habitual de relación amistosa, el art. 426, no debe ser aplicado; así se rechazan como constitutivos del tipo, los obsequios de escaso valor, o aquellos realizados en forma de homenaje colectivo.

6.9. Exclusión de la pena. Art. 427 CP

*Art. 427 CP:*⁷⁴

«Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos».

Este precepto, constituye la principal novedad del CP 95 en relación al cohecho. Se trata de una *excusa absolutoria* fundada en razones político criminales, como la lucha contra la corrupción agudizada en un momento histórico. Se pretende ampliar las posibilidades de denuncia contra funcionarios corruptos, que hasta ahora encontraba dificultades en el temor del particular a ver perjudicado sus intereses (inicialmente), y a sufrir la misma pena que el funcionario (posteriormente); como se ha dicho por la doctrina acertadamente, la primera víctima de la corrupción que era el particular que recibía la solicitud, resultaba convertido en forzado encubridor de la corrupción. Esta excusa no es válida para los particulares que inducen al funcionario, sino sólo para aquéllos que acceden ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presen-

74. Art. inexistente en el anterior CP.

te realizada por el funcionario. Tres son los requisitos que exige el tipo para otorgar la excusa absolutoria; en primer lugar el comportamiento del particular tiene que ser ocasional, con lo que el legislador ha querido marginar cualquier tipo de patente de corso; en segundo lugar, es necesario que no se haya aperturado el correspondiente procedimiento para la averiguación del cohecho, requisito éste, que encuentra su fundamento en que a partir de ese momento desaparece la razón político-criminal que lo justificaba, como es poner a la luz la situación ilegal; y, en tercer lugar, que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos, limitación temporal que ha sido objeto de alguna crítica doctrinal por su excesiva rigidez, para aquellos supuestos en que se efectúe la denuncia pasado el límite temporal, pero concurriendo los demás requisitos, se podrá aplicar la atenuante genérica 4.ª del art. 21 CP 95.

7. Tráfico de influencias

«Dime cuáles son tus amistades y te dire quien eres.»

(Cervantes).

El Capítulo VI del Título XIX, apenas si ha sufrido variación sobre el existente al haber sido incorporado en 1991 por L.O., de 22 de marzo. Debe destacarse como señaló la STS de 24 de junio de 1994.⁷⁵ Po-

75. STS de 24 de junio de 1994. «El llamado delito de tráfico de influencias, introducido en el Título VII del Capítulo XIII por la LO 9/1991, de 22 marzo, no es, en efecto, coincidente con el de prevaricación que aquí se examina. El tipo objetivo en aquél, consiste en «influir», esto es, el verbo rector único del delito de tráfico de influencias es precisamente, como queda dicho, «influir», es decir, la sugestión, inclinación invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión. En definitiva, en esto sí hay coincidencia con la prevarica-

nente Sr. Ruiz Vadillo, que su incorporación no fue exactamente el llenar un vacío, dado que cuando el tráfico de influencias sea medio para cometer otro de prevaricación, se dará generalmente un concurso de delitos a sancionar en relación de medio a fin por el art. 71 (actualmente art. 77 CP 95). La *conducta* consiste ahora, innovando la anterior redacción, en influir sobre un funcionario o autoridad para conseguir una resolución que, para sí o para un tercero, directa o indirectamente, pueda generar un beneficio económico, habiéndose suprimido el requisito de conseguir una resolución, por lo que se ha anticipado el momento de la consumación. En relación al *elemento subjetivo* es necesario el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones «*influyen*» y «*prevalimiento*».

7.1. Influencia ejercitada por funcionario o autoridad. Art. 428 CP

*Art. 428 CP:*⁷⁶

«El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad pa-

ción, se trata de mantener dentro del Derecho, de la Ley y de la Ética, en cuanto valor social indiscutible, a la función pública. Pese a lo dicho, es obvio que pueden darse coincidencias (y de hecho, el tema que aquí se trata es paradigmático) entre este delito —que, al no estar declarado así en el momento de ocurrir los hechos, para nada puede ser objeto de consideración—, como ya se indicó, y el de prevaricación; y cuando uno de ellos, el de tráfico de influencias, sea medio para cometer otro de prevaricación, se dará generalmente un concurso de delitos a sancionar en una relación de medio a fin por el artículo 71 del Código Penal. Pero de ninguna manera ello supone que este nuevo delito haya venido a llenar un vacío —inexistente— respecto a la inducción o cooperación necesaria del delito de prevaricación, como ya hemos visto, que es lo que esta Sala quiere expresar en este momento y porque ello incide directamente en el problema que se somete a nuestra consideración. Por otra parte, en el delito de tráfico de influencias sólo cabe la culpabilidad dolosa, pues el verbo «influir» es especialmente significativo, unido a la expresión «prevaleándose». Por ello, si la solución que se pretende lleve a cabo la autoridad o funcionario es delictiva, injusta o improcedente, se estará en presencia de un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho».

76. Art. 404 bis a) del anterior CP.

ra conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. El núcleo del tipo puede sintetizarse en un «*influir prevaliéndose*», de modo que para que la *conducta* sea típica no basta la mera influencia. El prevalimiento vicia la influencia, limitando aunque no anulando, la voluntad del funcionario o autoridad sujeto pasivo. El elemento diferenciador entre la simple influencia atípica y la influencia constitutiva de delito radica en la exigencia del prevalimiento. El «*prevalimiento*» consiste en el abuso de una situación de superioridad originada por cualquier causa, como la superioridad en el orden jerárquico o político cuando es una autoridad o funcionario el sujeto activo, o las relaciones personales cuando el sujeto activo es un particular, como es el caso de las familiares, afectivas o amistosas. Constituye el núcleo de estos delitos un ataque a libertad del funcionario, que tiene que adoptar en el ejercicio de su cargo una decisión motivada por intereses ajenos a los públicos. Los límites a este tipo, están determinados por arriba, por el delito de cohecho cuando concorra influencia de contenido económico, y por abajo, por la mera recomendación, en principio atípica por el principio de intervención mínima del derecho penal. El funcionario es sujeto pasivo de este delito cuando cede a la influencia, que puede convertirse también en sujeto activo de un delito de prevaricación. Influir y prevalerse exigen el dolo, que comprende también el ánimo de conseguir un beneficio económico para sí o para un tercero. La STS de 10 de marzo de 1998, ponente Sr. Gregorio García Arcos, señala:

«Antes de entrar en el examen y resolución del caso concreto, nos parece lógico hacer una breve referencia previa y de carácter general a este delito de tráfico de influencias, indicando primeramente que su descripción tipificadora contiene una indudable afinidad con el delito

de cohecho, ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial y común "evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos" tutelando o protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad u objetividad de las decisiones de los funcionarios públicos. Sin embargo, según doctrina generalizada que hacemos nuestra, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el de tráfico de influencias están comprendidos aquellos supuestos en los que si bien se pretende conseguir del funcionario una parcial (o no del todo imparcial) decisión, para conseguirlo se emplean en realidad medios distintos a las "dádivas o presentes", debiéndose resaltar también que tanto el anterior CP (art. 404 bis) como el vigente (arts. 428 y 429) únicamente contemplan la conducta del particular o del funcionario que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público prevaleciéndose, bien de una relación puramente personal, bien de una relación jerárquica", mientras que, paradójicamente, y por el contrario, no parece tipificarse la conducta del propio funcionario que se deja influir o inducir por presiones de terceras personas. Por ello, ambos atacan o conculcan el principio de imparcialidad que debe regir de modo escrupuloso la conducta de toda persona encargada de tomar decisiones públicas, conteniendo, desde el punto de vista subjetivo, dos vertientes, la que afecta a la persona que trata de influir en el responsable de la decisión, y la que se refiere a la persona influida ("influyente" e "influido"). Sin embargo, y como antes hemos dicho, a diferencia de lo que ocurre con el delito de cohecho, en el que tan responsable es el cohechante como el cohechado, en el de tráfico de influencias sólo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficie a la persona que ha influido en él siempre, eso sí, que la decisión adoptada no contenga los requisitos que tipifican el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del vigente código y 351 y siguientes del código derogado. Se ha dicho por ello y con razón que esta falta de simetría entre la sanción que corresponde al que influye y la falta de sanción que se deja influir "enturbia" considerablemente la interpretación lógica que ha de darse a estos delitos, al ser muy difícil determinar, aunque sea en cada caso concreto, el contenido, tanto cuantitativo, como cualitativo, de la "influencia", es decir, el grado de antijuridicidad que acompaña al agente comisor. Esta dificultad interpretativa hará casi siempre concluir en dudas muy fundadas sobre la comisión delictiva y su imputabilidad, dudas que

(obvio es decirlo) habrán de resolverse *in bonam partem*, a favor del reo.»

7.2. Influencia ejercitada por particular. Art. 429 CP

Art. 429 CP:⁷⁷

«El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.^a del CP. Igual que en el artículo anterior, la doctrina ha coincidido en exigir tres componentes en el tipo descrito, cuya concurrencia y vinculación causal permite llegar a la conclusión de la existencia del hecho delictivo. En concreto —y siguiendo a Gómez de la Torre⁷⁸—, éstos son: a) la influencia a través de prevalimiento; b) la presencia de una relación que tiene su origen en la influencia mencionada; c) el beneficio económico directa o indirectamente perseguido por la resolución. En relación a la influencia a través del prevalimiento debe recordarse que toda influencia es el ejercicio del predominio o fuerza moral en el ánimo de otro; «otro», que debe ser funcionario público o autoridad, sin que en ningún caso el legislador haya pretendido la criminalización de la mera influencia; el prevalimiento así, se convierte en el elemento más importante, equiparándose a abuso de superioridad. La indefinición respecto de «cualquier otra situación derivada de su situación personal», requiere como imperativo, la con-

77. Art. 404 bis b) del anterior CP.

78. Gómez de la Torre. Cuadernos de Derecho Judicial. Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias. Madrid. 1994.

creción antes adelantada, que puede llevarse a cabo teniendo en cuenta el significado que se da en el propio Código a este término y vinculándole al bien jurídico tutelado. Respecto a dictar una resolución, es obvio que la influencia debe ser la causa de llegar a obtener esa resolución, resolución que debe ser entendida como decisión que afecta a un interés general.

7.3. Ofrecimiento de influencia a un particular. Art. 430 CP

*Art. 430 CP:*⁷⁹

«Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. La doctrina se muestra unánime en subrayar la inutilidad y falta de consistencia del precepto. Técnicamente puede considerarse como acto preparatorio respecto a los comportamientos que acabamos de analizar en el precepto anterior o vinculado al delito de cohecho. Esta modalidad no guarda relación alguna con el bien jurídico protegido en los restantes delitos contemplados en el Título XIX, pues la conducta típica se proyecta a la esfera de la actividad privada. El bien jurídico protegido no es el interés patrimonial (no se exige la efectiva entrega o aceptación de la solicitud). Tampoco el principio de imparcialidad en el funcionamiento de la Administración Pública (no determina la aplicación del precepto al empleo de las influencias, ni siquiera requiere que éstas existan o sean reales). La doctrina puntualiza que el bien jurídico protegido es el prestigio y el buen nombre de la Administración

79. Art. 404 bis c) del anterior CP.

El precepto regula dos modalidades. La primera se consuma con la mera solicitud de recompensas, una vez se ha efectuado el referido ofrecimiento. La segunda modalidad alude a la aceptación del ofrecimiento de dádivas o promesas. en esta última hipótesis se halla implícita una potencial contraprestación consistente en un hipotético y figurado tráfico de influencias. Nos encontramos ante un tipo de conductas mixtas alternativas, en el que se contemplan las diferentes fases por las que puede atravesar el acuerdo o intento de acuerdo entre los dos particulares. El precepto, exige la concurrencia de un elemento subjetivo que consiste en la finalidad de realizar cualquiera de las conductas tipificadas en los arts. 428 y 429 CP 95, es decir, que las dádivas o presentes solicitados o recibidos constituyan una contraprestación a un supuesto tráfico de influencias. El sujeto al que se dirige la solicitud de remuneración no participa en este delito, con independencia de cuál sea su respuesta.

7.4. Decomiso de dádivas o regalos. Art. 431 CP

Art. 431 CP:⁸⁰

«En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso».

Precepto especial en relación con el art. 127 CP 95, que se aplicará aunque el beneficiario haya sido un tercero (en tal sentido, STS 2188/94, de 16 de noviembre). Esta imposición no admite gradación alguna, no teniendo por ello que manifestarse el procesado; por ello el Tribunal Constitucional en su Providencia de 27-4-89, inadmitió por unanimidad el recurso de amparo al entender que no originaba indefensión alguna que el Tribunal Superior hubiese impuesto el decomiso, subsanando la omisión padecida por el Tribunal a quo. Sólo podrán ser decomisados las dádivas o regalos efectivamente entregados y no los solamente ofrecidos, solicitados o prometidos.

80. Art. 393 del anterior CP.

8. Malversación

«Vender más caras o comprar más baratas las cosas de lo que valen, es de suyo injusto e ilícito.»

(Francisco de Vitoria).

El Capítulo VII del Título XIX, que ha pasado a denominarse malversación frente a la redacción anterior (malversación de caudales públicos)⁸¹, ha sufrido variaciones importantes, de las que la doctrina destaca el haberse conseguido una unidad sistemática que no existía con anterioridad, la supresión de la baremación por la cuantía antes existente, así como la reducción de los tipos, que ha permitido dejar al margen del ordenamiento penal lo que no dejaban de ser fundamentalmente ilícitos administrativos (retención indebida de fondos, denegación de pagos), o infracciones de normas presupuestarias (destino público diferente). Por contra se incorpora el art. 434, como respuesta a una situación exacerbada de corrupción. La *naturaleza* de este Capítulo es por un lado común al resto de los delitos comprendidos en el Título XIX, por cuanto se intenta proteger el deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración, pero por otro lado, aporta la protección de los intereses patrimoniales del Estado (STS 1237/93, de 27 de mayo). Por «malversación», podemos definir, la distracción o apropiación de bienes muebles o inmuebles llevada a cabo por aquél a quien le incumbe el deber público de custodia. Autores como Feijoo Sánchez, han definido la malversación como aquél delito que consiste en dar aplicación privada a caudales, efectos o bienes destinados a cumplir una función pública, lo que hace que se produzca o se pueda producir una perturbación del correcto funcionamiento de la Administración al no disponer ésta de esos caudales, efectos o bienes.

En cuanto al *bien jurídico protegido*, como expone la STS de 10 de octubre de 1989, con el delito de malversación, «el legislador ha querido proteger además de la propiedad del Estado, la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado y en especial

81. Muñoz Cuesta, Javier. «El delito de malversación». Revista La Ley, número 4146, de 17 de octubre de 1996.

a sus servicios públicos». Oliveros Roselló,⁸² mantiene que la actual jurisprudencia del TS entiende que «*el legislador al configurar la malversación de caudales públicos ha querido tutelar no sólo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos*» (STS de 25 de marzo de 1996).

Conducta malversadora de un recaudador de zona del Ayuntamiento por aplicación a usos propios de cantidades a cuenta entregadas por los particulares. «El legislador al configurar el tipo penal, ha querido tutelar no sólo el patrimonio público, sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio público que les está encomendada, por parte de los funcionarios que disponen de dichos fondos, destacando la jurisprudencia, además, que no es preciso, para la existencia del delito, acreditar el uso o aplicación que se confiera al dinero. Es patente en el caso, que el acusado, en su condición de recaudador de zona del Ayuntamiento, retuvo a su disposición, durante períodos de tiempo no determinados, las cantidades entregadas a cuenta por los contribuyentes, a quienes se permitía el pago aplazado de sus deudas tributarias municipales, y que ello constituía una práctica contraria al obligado ingreso inmediato de tales caudales en las arcas municipales, mediante su abono en cuantas bancarias restringidas»

STS de 14 de octubre de 1997. Ponente Sr. Puerta Luis.

Esta definición de los bienes jurídicos de la malversación tiene más fuerza explicativa que otros tipos punitivos que, aún reconociendo junto a la propiedad del Estado otro bien jurídico, se refieren a conceptos vinculados con las finalidades prestacionales de la Administración que, en verdad, sólo se verían afectadas cuando las sumas fueran de una magnitud muy extraordinariamente superior a las que el legislador ha considerado como suficiente para el máximo de la pena; tales

82. Oliveros Roselló, José. «La malversación en el Código Penal de 1995». Cuadernos de Derecho Judicial XXX 1996, págs. 259 y ss.

conceptos de los bienes jurídicos de la malversación, se ven obligados, muy posiblemente, a operar con una ficción de lesión del bien jurídico, y no con la perturbación real de intereses sociales reconocidos.

Tradicionalmente, la doctrina ha dividido la *malversación en propia*, cuando los delitos son cometidos por autoridades o funcionarios públicos o bien se referían a caudales o efectos públicos, e *impropia*, en caso contrario. Mención aparte merece la *responsabilidad civil* y la cuantificación del daño causado en estos delitos, pues la Ley 7/85, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, otorga en su art. 49.3 a dicho órgano, la competencia para concretar el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos debiendo abstenerse de ello, el órgano judicial.

8.1. Malversación propia mediante apropiación. Art. 432 CP

*Art. 432 CP:*⁸³

«1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año».

83. Art. 394 del anterior CP.

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.^º del CP. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«Son presupuestos del delito: a) La cualidad de funcionario del agente; b) Una facultad decisoria jurídica o detención material de los caudales o efectos, con tal de que el funcionario tenga una disponibilidad material. c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos sin que se precise su efectiva incorporación al erario público, y d) «sustrayendo» o consintiendo que otro lo haga, equivaliendo aquí sustracción a la apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo, no exigiéndose —aunque normalmente se acompañe— un ánimo de lucro —Sentencias 98/1995, de 1 febrero y 297/1995, de 24 febrero—. No tutelando el debate el patrimonio público, sino el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial y económica del Estado, la confianza del público en el manejo honesto de los caudales del Estado y la propia fidelidad al servicio de las funciones que de ellos disponen —Sentencia 1237/1993, de 27 mayo—.»⁸⁴

STS de 24 de enero de 1997.

84. STS de 25 de marzo de 1996. «La malversación de caudales públicos del artículo 394 del Código se consuma si en la conciencia del agente subyace la intención de una definitiva apropiación como auténtico «animus rem sibi habendi», tal acaece en el supuesto de ahora, distinto pues de la figura contemplada en el artículo 396 que únicamente se refiere a aquellos casos en los que los caudales hubieren sido destinados a usos propios o ajenos pero con la intención de devolverlos, esto es con sólo un «animus utendi» (ver la Sentencia de 30 mayo 1994). De todas maneras la figura de la malversación tiene que partir de la concurrencia de tres factores esenciales. Subjetivamente la naturaleza del autor como funcionario en los términos del artículo 119 del Código. Objetivamente la consideración de los caudales o efectos públicos sustraídos. Y desde el punto de vista de la dependencia, la relación especial entre agente y caudales (Sentencias de 24 y 1 febrero 1995). El carácter de funcionario viene determinado ahora porque la función del recaudador del Ayuntamiento se encuentra dentro de los parámetros contenidos en aquel artículo (ver en supuesto parecido al actual la Sentencia de 27 septiembre 1991). Se es funcionario público, a estos efectos penales, cuando se participa del ejercicio de funciones públicas siempre que ello sea así por disposición inmediata de la Ley, por elección democrática preestablecida o por nombramiento de autoridad competente. Debiendo tenerse presente a) que esta determinación de conceptos responde a una concepción meramente interpretativa, nunca constitutiva; v b) que

«La figura de la malversación tiene que partir de la concurrencia de tres factores esenciales. Subjetivamente, la naturaleza del autor como funcionario en los términos del art. 119 CP 95. Objetivamente, la consideración de caudales o efectos públicos sustraídos. Y desde el

tal definición se refiere únicamente al exclusivo planteamiento penal, mucho más estricto que el supuesto administrativo en el que por razón del sujeto, de la actividad que se desarrolla y por los destinatarios de la función, se origina un mayor ámbito competencial. El recaudador del Ayuntamiento, cualesquiera que fueren los términos del contrato suscrito, actúa como intermediario o mediador de la Administración que de alguna manera le otorgó la oportuna legitimación funcional (Sentencia de 23 abril 1987). El objeto material sobre el que se desarrolla la actividad delictiva son los caudales ya referidos, susceptibles de evaluación económica, cuando no consistan en metálico, y viniendo dada la naturaleza pública de los mismos desde el instante en que pertenecen y forman parte de los bienes propios de la Administración, como es el caso del dinero recaudado a los contribuyentes, sin que sea precisa su efectiva incorporación al Erario porque surge su naturaleza pública tanto si de modo efectivo e inmediato se incorporan al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades precisas, como si una vez percibidos por el funcionario se genera el correspondiente derecho expectante en favor de esa Administración (Sentencia de 10 julio 1995). El delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. De ahí que esta disponibilidad o relación de dependencia entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (ver las Sentencias de 31 enero 1996 y 24 febrero 1995, esta última ya citada antes). El tipo penal se consuma pues con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizare el sujeto como elemento integrante del órgano público. En conclusión, lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos, sometidos por eso a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (Sentencias de 30 noviembre 1994, 27 mayo y 5 febrero 1993. El agente recaudador era o ejercía funciones públicas a través de cuya actividad cobró el importe de distintos impuestos municipales que incorporó, ya, como caudales públicos, a su propio patrimonio en lugar de darles el destino natural para el que estaban determinados. Se consumó el delito correctamente asumido por la instancia».

punto de vista de la dependencia, la relación especial entre agente y caudales».

STS de 22 de julio de 1997. Ponente Sr. De Vega Ruiz.

Por su parte, la ST AP de Madrid de 24 de febrero de 1998, en el famoso Caso Roldán, señala:

«El delito de malversación exige para su apreciación los siguientes requisitos: a) un funcionario público como sujeto activo, cualidad que da el art. 24 CP 1995 –art. 119 CP con anterioridad–, bastando con la participación en una función pública, siendo indiferente la temporalidad del cargo y la vía empleada para el nombramiento, siempre que éste sea legal con arreglo a la normativa vigente; b) ánimo de lucro; c) unos caudales o efectos públicos susceptibles de evaluación económica, como objeto material sobre el que se desarrolla la acción descrita en cada figura, y d) la especial relación del sujeto con el objeto, en el sentido de que aquél ha de tener éste a su cargo o disposición por razón de sus funciones, con facultad decisoria y jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de hecho o de derecho, con efectiva disponibilidad material, pudiendo consistir el desvío de los caudales, bien en la sustracción o consentimiento para ello, bien en un abandono o negligencia inexcusable que dé ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona, una aplicación a usos propios o ajenos, aplicación diferente a la que estuviesen destinados.

Sujeto activo es la autoridad o funcionario público, concepto otorgado por el art. 24 CP 95, pero en el que concurre una vinculación estricta con el contenido propio del concepto de caudales u objetos públicos, que determina una relación de garante. Las STSS 98/95, de 1 de febrero y 777/95, de 13 de junio, destacan que son conceptos distintos estos términos en la esfera administrativa y en la esfera penal, siendo en esta última, el factor relevante el hecho de participar de funciones administrativas, considerándose irrelevante, la naturaleza laboral que pueda tener la designación. Pueden ser sujetos activos del delito de malversación, los funcionarios de carrera,

los de empleo,⁸⁵ y los de hecho (aquellos que nombrados o elegidos legítimamente no reúnen las condiciones necesarias para ello, que se les considera funcionarios en tanto no se ponga término a la anómala situación conforme a STS de 30 de septiembre de 1992. Aranzadi 7409), pues la cualidad de tal, la determina la incorporación a la actividad mediante las fuentes que establece el art. 24 CP 95 (que puede reducirse a una, cual es la disposición inmediata de la Ley), y la participación en la función pública que es la llevada a cabo por un ente público mediante actos sometidos al Derecho Público que persiguen un fin público. En igual sentido, la STS 47/94, de 25 de enero, que consideró como sujeto del delito al auxiliar administrativo con contrato laboral, resaltando que el criterio *incriminante*, era en este caso, el ejercicio directo de la función pública.⁸⁶

85. STS de 9 de octubre de 1991 «Los funcionarios de empleo en contraposición a los funcionarios de carrera tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad. Y ello no tanto por su estabilidad en el ejercicio del cargo, sino porque las funciones por ellos ejercidas son idénticas a las llevadas a cabo por los titulares, por lo que su clasificación de pública resulta indiscutible con los condicionamientos del artículo 119 CP —hoy art. 24—».

86. STS de 30 de diciembre de 1996. «En el motivo 2.º, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso el artículo 399 del CP recién derogado. Se pretende que el adjudicatario de una contrata, de manos de una entidad pública como lo es la Diputación Provincial de Barcelona, tiene unos especiales deberes que le han de asimilar al funcionario público del artículo 394 del CP por la vía de la malversación impropia del artículo 399. Estimamos que ello no es así, simplemente porque la figura del contratista o arrendatario de obra, propia del Derecho Civil (artículos 1588 a 1600 del Código Civil), no encaja en ninguno de los conceptos que el artículo 399 del CP considera como equiparados a los funcionarios públicos a los efectos de esta clase de delito. Si diéramos aquí la razón a la recurrente, violaríamos el principio de legalidad penal (artículo 25.1 de la CE y artículos 1 y 23 del CP derogado y 1 del ahora en vigor), porque habríamos de hacer una aplicación analógica en contra del reo de una determinada norma punitiva. Sabido es que la malversación de los artículos 394 y ss. del CP derogado (432 y ss. del nuevo CP) es un delito especial que sólo puede ser cometido (u omitido) por funcionario público, concepto que, a los efectos de esta clase de delitos, aparece singularmente ampliado en el artículo 399 (ahora el 435), pero no tanto que permita incluir a los contratista de obras, por más que el dueño de la obra sea una entidad pública. El hecho de realizar la construcción de un edificio por adjudicación de una entidad pública no constituye al adjudicatario en encargado de fondos, rentas o efectos públicos, ni en administrador o depositario de caudales embargados, secuestrados

La conducta sigue descrita con el verbo «sustraer» cuando la doctrina y la jurisprudencia habían solicitado la sustitución por «apropiación» (STSS de 31 de enero de 1991 y 14 de mayo de 1992). La modalidad de consentir que otro sustraiga, supone un delito de comisión por omisión de carácter doloso, en el que el resultado de la sustracción por parte de un tercero, se atribuye al funcionario que omite su deber de evitarla. El consentimiento, presupone el conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquél y el autor material de la sustracción, pues no se exige, ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores. Ahora bien, ello no significa una simple dejación del deber, sino una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente. Como recoge la STS de 21 de junio de 1990, se trata de *«un delito de comisión por omisión en el que la imputación radica en la infracción del deber de impedir que un extraño atente a los caudales custodiados apropiándose de los mismos»*.

Tipo objetivo. El objeto de la acción son los caudales públicos. Por «caudal» o «efecto», debe entenderse cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. La jurisprudencia, ha considerado como tales los billetes de lotería (STS de 4 de diciembre de 1992), incluso la fuerza de trabajo (STS 608/94, de 18 de marzo), si bien este posicionamiento con la nueva redacción no es unánimemente aceptado.⁸⁷ Por «público», debe en-

o depositados por autoridad pública. En todo caso, y sin necesidad de entrar en el análisis de otras cuestiones, faltó aquí la cualidad exigida por el Código Penal al sujeto activo en esta clase de delitos».

87. STS de 21 de octubre de 1997. Ponente Sr. Martín Pallín. Condena de funcionario de Correos por apropiación indebida de joyas. «Sobre los envíos de objetos especialmente valiosos se ha pronunciado la jurisprudencia, estableciendo el carácter subrepticio de los mismos, y la vulneración de las normas reguladoras de los efectos postales; en efecto, la remisión de un objeto singularmente valioso, como puede ser un diamante, por medio de un paquete postal ordinario, y no como carta o valor declarado o como objeto asegurado, impide que se pueda considerar que la piedra preciosa quedó incorporada al servicio público de Correos, de modo que el Estado pudiera ser responsable de la infidelidad en lo que respecta a su custodia por parte del funcionario público, quedando por consiguiente excluido del concepto de caudal público, lo que elimina la posibilidad de que se esté ante un delito de malversación de caudales públicos».

tenderse perteneciente a la Administración pública, entendiéndose, tanto en sentido estricto (Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, Municipio), como en sentido lato integrado por las diversas entidades de Derecho Público que desarrollan alguna función al servicio de las necesidades de carácter general o social,⁸⁸ manejando la doctrina dos criterios para determinar el momento en que unos caudales tienen esta consideración: el de la incorporación, o el de destino. La jurisprudencia, no exige que se hayan incorporado formalmente, siendo suficiente, que exista un derecho expectante de la Administración y con ese fin hayan sido recibidos por el funcionario (STS de 4 de diciembre de 1992). En la misma línea de atribuir el carácter de público al caudal en función al destino y no a la incorporación material, se mencionan las STSS 206/93, de 9 de febrero, de 29 de febrero de 1988, la de 10 de octubre de 1989, 1127/94, de 30 de mayo, 705/95, de 25 de mayo, y la misma doctrina, como ha resumido Suárez Montes.⁸⁹

«Las Administraciones públicas han venido de un tiempo a esta parte utilizando la técnica de adoptar, para la gestión de determinadas funciones y servicios, las figuras de personificación del Derecho privado que permiten una mayor agilidad y eficacia en aquella gestión. Una de esas manifestaciones de personificación privada de un organismo público son las llamadas «sociedades de ente público», que en el ámbito de la Administración local –provincial o municipal– aparecen inicialmente reconocidas en los arts. 175 y 286 de la Ley de Régimen Local, Texto articulado de 1955; desarrollados por los arts. 67.3.º y 89 a 94 del Reglamento de Servicios de las Administraciones Locales, 17-6-1955, y ratificado por el art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 abril reguladora de las Bases del Régimen Local y arts. 95.1 y 103.1 del Texto refundido de aquella Ley de Bases, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril. Cuando de la gestión directa de los servicios que corresponda desarrollar a la Administración local se trate, la Sociedad creada conforme al «ius privatum» ha de constituirse en forma de una Sociedad Mercantil de responsabilidad limitada (Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada) pero con ciertas peculiaridades que la caracterizan frente

88. STS de 5 de febrero de 1993. Aranzadi 875.

89. Suárez Montes, Rodrigo Fabio. El delito de malversación de caudales públicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CXIV; 1966.

al régimen común de tales Sociedades: así, en primer lugar, la Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la Empresa que debe ser aportado íntegramente por ella y no podrá transferirlo ni destinarlo a otras finalidades, teniendo que ser desembolsado en el momento de su constitución (arts. 103 del Texto refundido y 89.1 y 3 del Reglamento de Servicios), lo que constituye una excepción frente a la necesidad de la pluralidad de socios, el número mínimo de tres para la fundación simultánea y la forma de aportación y desembolso del capital, exigido para la constitución de las SS.AA., especialidad excepcional prevista ya en el art. 10.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas y ratificado en el art. 14.2 de la vigente, que exceptúa expresamente de la norma general aplicable a todas las Sociedades ordinarias, a las constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales. En segundo lugar, los Órganos de tales Sociedades vienen determinados no por las normas de Derecho privado, sino por las del Derecho administrativo (arts. 101 del Texto Refundido y 90 del Reglamento de servicios) las que disponen que la corporación interesada asumirá las funciones de Junta General y que el Consejo de Administración estará necesariamente presidido por un miembro de la Corporación. Por último, el funcionamiento y gestión de la empresa, cuando de gestión directa de servicios se trate, no se rige por la idea de lucro, propio de las empresas mercantiles, sino a las que el art. 103.1 de la Constitución Española señala para el funcionamiento de la Administración, debiendo en todo caso la Junta General acomodarse en su funcionamiento, en cuanto al procedimiento y a la adopción de los acuerdos, a los preceptos de la Ley y el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales y no a los de la Ley de Sociedades Anónimas. Todo lo anterior quiere decir que si bien esas Sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, «ad intra», tanto en sus relaciones con su ente público matriz, como al desarrollo de la función o servicio que se le ha encomendado e, incluso, al funcionamiento interno de sus órganos, las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos. Lo que representa que, aunque en aquella gestión utilicen los medios más ágiles del «ius privatum», lo que están ejerciendo es una función pública. La Sociedad de autos, «Servicios de Mejora y Expansión Ganadera, Sociedad Anónima Provincial», «SEMEGA», fue constituida de acuerdo con la normativa anteriormente citada, teniendo según lo declarado probado, como objeto social «el fo-

mento, mejora, protección y expansión de la riqueza provincial agropecuaria, entendiendo todo ello en sentido amplio y en cada uno de los aspectos agrícola, ganadero y forestal. Se pretende en primer término atender las obligaciones mínimas que impone a la Diputación en esta materia la Ley de Régimen Local, así como usar la competencia que con mayor amplitud le atribuye en tal orden de actividades, e igualmente las demás competencias análogas que pueda tener por Ley o por Transferencia del Estado u otras Corporaciones o por cualquier otro medio de Gestión», esto es, pretendía ejercer y desarrollar los servicios cuya competencia otorgaba a la Diputación provincial el art. 243, en sus aps. f) y g), de la Ley de Régimen Local vigente en el momento de su constitución. Resulta también probado el cumplimiento por esa sociedad del más arriba citado art. 89.2 del Reglamento de Servicios, en el sentido de ser la Corporación provincial la propietaria exclusiva del capital social, sin poderlo transferir ni dedicarlo a otras necesidades. La citada sociedad, por consiguiente, desenvolvía y gestionaba directamente un servicio público, en ejercicio de una función que correspondía a la Corporación provincial que la creó (ente también de carácter público) y utilizando unos fondos o caudales de procedencia y propiedad pública, pues como ya señaló la S. 14-3-1984, son fondos públicos no sólo los del Estado, sino también los de las provincias y municipios, por lo que si estos entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenece al ente público matriz, los fondos de aquella son fondos públicos. Y como tales fondos públicos constituían el bien jurídico para cuya tutela penal ha creado el legislador la figura de la malversación, con la que se ha querido proteger, como apunta la S. 10-10-1989, además de la propiedad pública, la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos confiados a los servicios públicos».

STS de 5 de febrero de 1993.

«La cuestión que plantea el Ministerio Fiscal en el motivo único del recurso, por vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el haber aplicado indebidamente el artículo 535 del Código Penal e inaplicado el artículo 394 del mismo Cuerpo Legal. La cuestión clave que plantea el recurso, pues, es la de si los hechos probados de la sentencia constituyen el delito de malversación de caudales públicos o el de apropiación indebida, resultando pacífica la cuestión que se examina en

el Fundamento de Derecho sexto relativa al delito continuado de falsedad en documento oficial. Sostiene pues el Ministerio Fiscal que el carácter público de los caudales sustraídos, unido a las circunstancias objetivas de los hechos configuran la figura del delito de malversación de caudales, abstracción hecha del origen y destino de los fondos sustraídos. Como señala la sentencia recurrida el problema se suscita respecto de aquellos fondos que son privados en origen y destino, pero en los que el tránsito de origen a destino se produce a través de un organismo público en cuyo momento son apropiados por el funcionario que los tiene a su cargo. El servicio prestado al particular con la remisión de fondos a través del giro postal se podía haber realizado a través de instituciones privadas como la transferencia bancaria, pero se ha hecho a través del giro postal y esto hace que los fondos recogidos por el funcionario adquieran la condición de caudales públicos. Se trata pues de un depósito irregular en el que lo depositado pasa a integrar el patrimonio del depositario. El patrimonio del organismo, que responde de los actos apropiatorios que puedan llevar a cabo sus funcionarios. La Sala «a quo» no comparte esta doctrina porque entiende que no tienen esos fondos la consideración de caudales públicos y no se pueden calificar los hechos como delito de malversación de caudales públicos. Pero no es el camino de la Jurisprudencia de esta Sala, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo 1994 establece criterios de carácter general para saber cuándo un caudal tiene carácter de público a los efectos de la comisión del delito de malversación de fondos públicos. El funcionario que se interpone en la vía normal de ingreso en las arcas públicas de una cantidad, impide, con una apropiación, que se produzca el ingreso. Según la referida sentencia existen dos conceptos jurídicos para resolver la cuestión: 1.º) el destino o afectación de la cosa o suma siendo suficiente su destino en entrega, sin que sea preciso el ingreso formal de la misma en el inventario de bienes públicos; y 2.º) el carácter de funcionario, que como persona individual actúa en nombre y por cuenta de la Administración. Esta ha de actuar a través de las personas físicas que tienen como misión hacerlo en su nombre. Si dicha persona o funcionario recibe cosa o cantidad para ser ingresada en el Erario público, es decir destinada al ente en cuyo nombre ejerce su función, no es él quien la posee, sino que es la Administración la que ya la recibe a través de su funcionario, que actúa como mero servidor de la posesión y en nombre de aquélla. La doctrina jurisprudencial pues ha dado en definir los caudales públicos como todos aquellos que hayan llegado a poder del funcionario en razón de las funciones que concreta normalmente desempeña.

ña pudiendo afirmarse la pertenencia del dinero o los efectos a la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado «sin que quepa exigir una efectiva incorporación al Erario Público». Hay numerosas Sentencias en tal sentido de 17 enero 1966, 23 diciembre 1967, 20 octubre 1970, 29 febrero 1988, 22 mayo 1990, 14 mayo 1992 y 27 mayo 1993. La Sentencia de 10 octubre 1989 examina la cuestión desde el punto de vista civilístico; se afirma que la Administración no es meramente un depositario de unos fondos privados, sino que por efecto del artículo 1768 del Código Civil cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada el contrato pierde el concepto de depósito y se deben aplicar las reglas del préstamo o comodato, y aun cuando ese permiso no se presuma (artículo 1768) es evidente que su entrega de dinero o cosa fungible sin reservas importa una autorización otorgada mediante un acto concluyente, por lo tanto la operación jurídica que se establece en los giros postales se debe regir, como ocurre en la práctica de las operaciones bancarias de transferencia por el principio establecido en el artículo 1753 del Código Civil que dispone que el que recibe dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y esta obligado a devolver al acreedor (en el caso del giro a la entrega a un tercero) otro tanto de la misma especie y calidad. Resulta oportuna la cita del Auto de 4 mayo 1994, porque se trata de uno de inadmisión que resuelve un recurso de casación por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 394.2.º del Código Penal e inaplicación del artículo 535 de igual Código. Respecto al delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en los artículos 394 y siguientes del Código Penal tiene declarado que los presupuestos de la mencionada infracción son los siguientes: «a) la cualidad de funcionario público del agente, concepto suministrado por el artículo 119 del Código Penal, bastando, a efectos penales, con la participación en una función pública; b) una facultad decisoria jurídica o de detención material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) caudales — dinero, valores efectos— han de gozar de la consideración de públicos, carácter que le es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, o para la adscripción producida por la recepción de aquellos por parte de funcionario legitimado —órgano o representante de la mentada Administración—. sin que se precise su efectiva incorporación al Erario público; y d) «sustrayendo» o «consintiendo que otro sustraiga», equivaliendo, sustracción, a apropiación sin propósito de ulte-

rior reintegro, apartando los bienes de su destino o desviándolos del mismo no exigiéndose —aunque normalmente le acompañe—, un ánimo de lucro» (Sentencia 31 enero 1991, que cita la de 29 febrero 1988) —. La pretensión del recurrente no puede prosperar pues, de una parte, el giro postal ha de entenderse caudal público desde el momento en que fue entregado a un órgano o representante de la Administración Postal, la cual, de ese modo, se responsabiliza como ente público de las cantidades que se le entregan, sin que, de otra parte, tenga relevancia a efectos de tipicidad la devolución del importe de los giros por el acusado una vez consumado el delito, extremo que en todo caso repercutirá en la determinación concreta de la pena».

STS de 8 de noviembre de 1996.

La jurisprudencia ha considerado como públicos, los caudales de la Administración de lotería (STS de 4 de diciembre de 1992), los bienes muebles que se hallen integrados en el patrimonio del Estado (STS 250/94, de 7 de febrero), los intereses abonados por el Banco en la cuenta paralela abierta por el procesado a nombre del Juzgado (STS 229/94, de 11 de febrero), y no ha considerado así, los caudales pertenecientes a Tabacalera (STS de 13 de marzo de 1992), Cajas de Ahorros por tener Estatuto de Banco (STS 203/95, de 18 de febrero). Por el término «a su cargo», se entiende, estar encargados de ellos, lo que implica un poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en este último supuesto, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda convertir la primitiva potestad de control o custodia, en una efectiva disponibilidad material (STS de 12 de enero de 1990, 31 de enero de 1991, 1237/93 de 27 de mayo, y 98/95 de 1 de febrero).

«El motivo tercero se residencia procesalmente en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia una supuesta aplicación indebida del precepto penal sustantivo constituido por el artículo 394.4.º del Código Penal ya citado; alegando que los caudales públicos no estuvieron a cargo o disposición del impugnante como exige el artículo 394.4 del CP pues no concedía las subvenciones ni por razón de su cargo intervenía en el control o cobro de las cantidades debiendo justamente por ello inventar un procedimiento ingenioso para apropiárselos.

El motivo debe ser desestimado. La vía impugnativa elegida por el recurrente impone, por aplicación de la norma contenida en el artículo 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el más escrupuloso acatamiento a los hechos declarados probados en la instancia; y así, aunque no en el lugar oportuno, pero sí con alcance indudablemente fáctico, el primer fundamento jurídico de la sentencia sometida a recurso expresa que el procesado Victoriano, al ser Director General de Deportes, era la autoridad, dentro de la Consejería de Cultura, Educación y Deportes, de derecho, si eran subvenciones no superiores al millón de pesetas, o de hecho si eran de superior cantidad, decidía sobre la concesión o adjudicación de subvenciones, pues tratándose de cantidades superiores al millón de pesetas, cuya resolución firmaba el Viceconsejero, le correspondía informar sobre la procedencia de la concesión, lo que en la práctica supone ser quien materialmente decida, ya que la actuación administrativa se desenvuelve, en este punto, comprobando sólo aspectos formales y no con la atención, razón por la cual el Viceconsejero autoriza la subvención que propone el Director General. Con arreglo a dicho relato fáctico es obvio que el motivo debe ser desestimado. La jurisprudencia de esta Sala viene de forma constante estimando que no es preciso que exista una inmediata posesión material de los caudales públicos, sino que basta con que éstos hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones realizadas por el sujeto (por todas, SSTS 675/1993, de 27 marzo, y 873/1994, de 22 abril). En el mismo sentido se refieren a esta disponibilidad mediata las SSTS 4 abril y 11 octubre 1991 y 705/1995, de 25 mayo, que expresan que la cuestión no depende de que los caudales estuvieran a su cargo por decisión contenida en su nombramiento, sino de que, en su condición de funcionario, haya tenido de hecho una función de custodia de los mismos. En tales condiciones es obvio que existía una disponibilidad fáctica de los caudales, que es lo exigido por la jurisprudencia y por ello este tercer motivo debe ser desestimado en su formulación, pues la adaptación a las disposiciones del nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, postulada por el recurrente en cumplimiento de su Disposición transitoria novena no permite la misma en el ámbito pretendido por el recurrente, ya que: a) Ninguna vulneración del principio acusatorio ni de la interdicción de la indefensión que establece el artículo 24 de la Constitución se produce si se estima la existencia del elemento del injusto típico establecida por el artículo 432.1 del Código Penal al exigir el ánimo de lucro, en tanto en cuanto el acusado hoy recurrente estuvo debidamente informado de los hechos objeto de la acusación, los que en

definitiva conllevaban la existencia de un lucro propio, que fue, finalmente, lo estimado en la relación fáctica de la sentencia sometida a recurso. b) La supresión en el referido artículo 432.1 del CP de que la exigencia de que los caudales o efectos estén a disposición del funcionario que contenía el anterior artículo 394 del derogado CP en nada altera la doctrina jurisprudencial precitada, pues el precepto, en realidad, con tal supresión, purifica, al igual que en el texto legislativo anterior, las conductas de sustracción y de consentimiento para la verificada por tercero, y, en todo caso, la expresión «por razón de sus funciones» abona y aun ratifica la jurisprudencia anterior a la norma, pues se trataría en este caso, con arreglo a lo transcrito del relato fáctico, de la disponibilidad derivada de las funciones asignadas para la realización de un acto administrativo subjetivamente complejo y pluripersonal con arreglo a tales funciones, pues ni el Viceconsejero podía por sí solo tener la disponibilidad de los caudales afectos a las subvenciones sin el informe-propuesta del acusado por razón de su cargo, ni el Director General hoy acusado podía para la comisión verificar el apoderamiento sin el «autorizado» de aquél, que al actuar sin dolo no participa en el tipo penal, a diferencia del acusado; por lo que se trata de un supuesto similar a los de las conocidas defraudaciones del PER, que por sobrado conocida releva de su fácil datación pormenorizada; por todo lo cual, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían meras reiteraciones, procede la desestimación de este motivo tercero y de su adaptación a las disposiciones del nuevo Código Penal».

STS de 12 de noviembre de 1996.

La expresión «por razón de sus funciones», puede entenderse en sentido estricto, considerando, que el funcionario debe tener una específica competencia respecto de los caudales públicos, por caer dentro de la esfera de las atribuciones propias de su cargo; o en sentido lato, entendiendo que basta que los caudales hayan llegado al poder del funcionario «con ocasión» de las funciones que concreta y específicamente realice en méritos a sus atribuciones generales, con independencia de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo al que pertenezcan. En la actualidad puede decirse que es reiterada la jurisprudencia, que asume la interpretación lata, declarando no ser estrictamente necesario que el funcionario tenga en su

poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o reglamentarias atribuya al cuerpo administrativo a que pertenezcan o al servicio al que, nominalmente figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y específicamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público (STSS de 14 de mayo de 1992, 6 de mayo de 1992, 27 de mayo de 1993). El fundamento de este criterio jurisprudencial, se encuentra en el bien jurídico protegido, que no sólo es el patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales del Estado, lo que implica, que quien ejerce una función pública y recibe de sus superiores el encargo de desarrollar labores en la caja del servicio público donde tal función se presta, aceptando tal encargo y percibiendo del público, cantidades de dinero para ingresarlo en las cuentas públicas, viene obligado a realizar fielmente tal función, pertenezca la misma o no, a los cometidos del cuerpo administrativo al que pertenece, y en tanto no alegue expresamente su falta de competencia y se oponga formalmente a realizar la labor que a su juicio no le es propia, exponiéndolo así a sus superiores. Así la STS de 20 de diciembre de 1990, exigió exclusivamente, que los caudales fueran poseídos de hecho por el funcionario, resultando en virtud de ello, un mero servidor de la posesión oficial; y la STS de 4 de abril de 1991, no exigió que el nombramiento otorgase el manejo de caudales públicos, pues el objeto de protección del delito es, no solo el erario público, sino también la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos, con independencia, de que el funcionario actúe o no, dentro de la esfera de sus específicas atribuciones competenciales, bastando las generales y las que asume por delegación aunque sea de hecho.

Problema de especial importancia, es la *participación* de un extraño en la dinámica propia del tipo, si bien la doctrina, se va mayoritariamente inclinando por entender, que no es de aplicación el art. 65 CP 95, como anteriormente se mantuvo, ya que el mismo se refiere a circunstancia agravantes y atenuantes, no existiendo razón para excluir la participación y romper el título de imputación, en definitiva por el carácter accesorio de la participación (STS de 4 de julio de 1986, STS de 16 de marzo de 1987).

La *restitución de lo sustraído*, únicamente puede reportar la aplicación de un atenuante analógica (STS 1259/93, de 9 de marzo), lo que se justifica tanto en no ser *númerus clausus* las atenuantes, como en la imposibilidad de desconocer el derecho penal una compensación del daño causado, pues viene impuesto por el art. 1.1 CE en la medida que la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (STS 1633/94, de 26 de septiembre).

«Se alega a través del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento por error de derecho, por entender que de los hechos probados no se deduce la comisión del delito de malversación que se tipifica en el artículo 394 del Código Penal, ya que, según su tesis, falta el requisito de la «sustracción» como elemento esencial del tipo, al no haber tenido intención de hacerlo. Se basa únicamente para así alegar en el dato, recogido en la narración fáctica, de que «intentó abonar» al Ayuntamiento la cantidad inicialmente sustraída. Sin embargo, el sentido de esa frase no puede de forma alguna servir de excusa para eliminar el elemento subjetivo (intencionalidad), ya que esa expresión está sacada de contexto y no ha de ser interpretada aisladamente, sino en el conjunto de la propia descripción fáctica y en la parte de los fundamentos de derecho que completen esa descripción. Y en este sentido tenemos que, aun sin medir ese elemento subjetivo por el resultado, lo cierto es que de éste (el resultado) se infiere la propia intencionalidad, en cuanto en ningún momento se hizo devolución de lo apropiado, sin que quepa entenderlo de otra forma por el hecho de que aparentemente «intentó» su reintegro a las arcas municipales, intento que nada significa a los efectos que aquí se debaten y que podemos considerarlo inexistente, por la sencilla razón de que para ello entregó a la entidad perjudicada un pagaré que jamás pudo ser hecho efectivo. El motivo debe desestimarse».

STS de 4 de diciembre de 1996.

El art. 432.2 CP 95, prevé un *subtipo agravado* que contiene elementos normativos de tipo cultural o social que habrán de apreciarse por los Tribunales, en tanto que para los objetos de valor histórico-artístico, habrá de tenerse en cuenta la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, exigiéndose la previa declaración administrativa. En relación al supuesto de entorpecimiento público, la STS

2730/93, de 24 de noviembre, subrayó la necesidad de una interpretación restrictiva por la gravedad de las penas, recordando la STS 375/95, de 10 de marzo, que ello debe ser objeto siempre de investigación sumarial y de prueba.

8.2. Malversación propia mediante distracción a usos ajenos a la función pública. Art. 433 CP

*Art. 433 CP:*⁹⁰

«La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de los distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Tipifica el referido artículo la conducta dolosa del funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, conducta conocida por peculado de uso. El contenido esencial de este tipo, radica en el *elemento subjetivo*, que a diferencia del artículo anterior que exigía un «*animus rem sibi habendi*» o de carácter definitivo y apropiatorio, aquí se exige la ausencia de este ánimo de apropiación, limitándose el agente a usar los efectos o caudales públicos, pero sin intención de quedárselos para sí o de que los sustraiga un tercero «*animus utendi*» (STS 2082/94, de 30 de noviembre). Este ánimo, es un acto interno difícilmente aprehensible, pudiendo únicamente llegar a su conocimiento mediante deducciones o inferencias lógicas que lo atisben (STS 2164/93, de 4 de octubre), de ahí, la posición mayoritaria, que presume tal ánimo cuando el reintegro se produce en el plazo de diez días (STS 2802/93, de 13 de diciembre)

90. Art. 396 del anterior CP.

frente a la minoritaria, que pese al reintegro, hace una valoración del ánimo (STS 1237/93, de 27 de mayo).

«Es el propio legislador el que nos ofrece una concreta solución hermenéutica, cual es la de que no verificado el reintegro dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario, se le impondrán las penas señaladas en el artículo 394 —hoy 432—, o lo que es lo mismo el delito más grave de los dos posibles se comete y queda consumado con el transcurso del espacio temporal comprendido entre la acción real llevada a cabo y el inicio de la investigación judicial es decir, tal elemento temporal señalado en la norma, el transcurrido entre la acción y el reembolso de lo apropiado, ha de entenderse incorporado al propio tipo delictivo, formando parte indisoluble de él, de tal manera que de forma alguna puede ser ignorado por los Tribunales cuando este espacio temporal se produce, pues se trata, no ya sólo de una interpretación auténtica de los preceptos en cuestión, sino mas bien de una imposición «ope legis» que debe ser aceptada sin discusión, y ello en salvaguarda de los principios de legalidad y de seguridad jurídica que a todos nos obliga, y aunque pueda hacerse la crítica doctrinal de que esa norma, aplicada de manera automática pueda contradecir en algunas ocasiones resultados contrarios a una verdadera justicia material».

STS de 12 de junio de 1993.

En cuanto al *reintegro*, sigue subsistiendo el tope de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, exigiendo la jurisprudencia que el reintegro sea total y completo (STS 2164/93, de 4 de octubre). La STS 2802/93, de 13 de diciembre, dio por válido el reintegro no obstante no ser éste íntegro por faltar una cantidad mínima. El reintegro parcial o extemporáneo, únicamente puede conducir a la aplicación de una atenuante analógica (STS de 5 de junio de 1990). En cuanto a la *penalidad*, el CP 95, ha reducido de forma considerable la sanción prevista para este delito, haciéndose eco el legislador de las constantes llamadas de atención que efectuaba el Tribunal Supremo (vía art. 2.2, actual art. 4.3 CP 95). Para concluir el estudio del artículo, es interesante hacer referencia a la posibilidad de la concurrencia del atenuante del arrepentimiento espontáneo del art. 21.4 CP 95, cuyo fundamento no está en el reintegro, que es un elemento configurador del tipo,

sino en el supuesto de confesar a las autoridades la infracción, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial.

8.3. Malversación propia mediante distracción a aplicación privada. Art. 434 CP

*Art. 434 CP:*⁹¹

«La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.^º del CP. Constituye una importante novedad del nuevo texto legal que viene a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación. Los problemas de corrupción que han dominado la vida política durante algún tiempo han provocado la génesis de este tipo para superar la picaresca que se había creado al dar aplicación privada a elementos públicos, como un despacho o un coche oficial. No obstante, el legislador ha sido cauto, y ha exigido un grave perjuicio para la causa pública como elemento del tipo, requisito restrictivo y claramente limitador, no alcanzándose a entender si se considerará que el bien jurídico protegido es el deber de probidad o de fidelidad del funcionario. No obstante el tenor literal del artículo que indica la exclusión de aquellas utilidades de mano de obra, algunos autores siguen defendiendo su subsunción (así, Muñoz Conde)⁹². El presente precepto, así como el art. 432, exige el ánimo de lucro y además que se cause un grave perjuicio para la causa pública.

91. Artículo inexistente en el anterior CP.

92. Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte Especial. Pág. 875. Ediciones Tirant Lo Blanch. Código Penal 1995.

8.4. Malversación impropia. Art. 435 CP

Art. 435 CP:⁹³

«Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

Como principales novedades, se destacan, por una parte, la supresión de los fondos pertenecientes a establecimientos de instrucción o beneficencia, y por otra, la inclusión, del depositario por cualquier concepto de caudales o efectos públicos. La STS 709/95, de 26 de mayo, sintetiza los requisitos de la malversación en cuatro: a) la existencia de un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes realizados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; b) la existencia de una persona designada como depositaria de los bienes por la Autoridad Judicial (desempeño de función pública); c) la aceptación por parte del depositario; y, d) la existencia de un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo. Mención especial merece que la condición de depositario no se adquiere, sin más, por la designación unilateral de la autoridad constituyente, sino que se precisa la formal y expresa aceptación por parte de la persona designada, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertido de las obligaciones que contrae (STS de 8 de octubre de 1992, 1293/93, de 5 de junio); como ha precisado la STS 1668/94, de 30 de septiembre, *«es preciso que el depositario conozca de manera cierta sus obligaciones no bastando una mera información ritual»*.⁹⁴

93. Art. 399 del anterior CP.

94. STS de 23 de junio de 1997. Ponente Sr. Delgado García. Absuelve de un delito de malversación impropia a un particular que incendió un coche embargado, respecto del cual había sido designado depositario, al no existir constancia de que el depositario hubiera aceptado el cargo previa información de sus deberes y responsabilidades.

El art. 435.1 CP 95, al haber acogido la mención genérica de «*administraciones públicas*» cierra lagunas de impunidad, frente a la regulación anterior que no tenía en cuenta los fondos, rentas o efectos de las Comunidades Autónomas. El apartado 2.º, es una novedad con respecto a la regulación anterior. El apartado 3.º, se mantiene prácticamente inalterado siendo sin duda el de mayor relevancia práctica. Se recoge el supuesto comúnmente conocido como «quebrantamiento de depósito»; que ha sido tildado por la doctrina como el supuesto más tratado de malversación impropia, cuando el particular sea designado administrador o depositario de bienes pertenecientes también a particulares. Resalta de la redacción del artículo, el hecho de asimilar los particulares a los funcionarios públicos, y los bienes privados a los caudales públicos, pretendiéndose con la criminalización de esas conductas, el otorgamiento de una mayor protección a las decisiones de la autoridad, al constituir aquellos estados posesorios.

«Los embargos han de hacerse conforme a lo dispuesto en las leyes que los regulan. Por lo que se refiere al caso presente tenía que haberse aplicado el art. 1409.1 LECrim que para los bienes inmuebles ordena que la actuación judicial se limite «a librar mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva». La naturaleza inmueble del objeto embargado permite

STS de 18 de diciembre de 1996. «Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo y final del recurso, que en sede procesal del artículo 849.1.º del la LECrim alega la vulneración por aplicación indebida de precepto penal sustantivo constituido por el artículo 399 del Código Penal vigente al cometerse los hechos. Como señala la STS 1056/1993, de 14 mayo, el depósito judicial es una obligación «ex lege» y como tal, conforme a lo dispuesto en la norma básica del artículo 1090 del Código Civil, no se presume. Es preciso, pues, que se pruebe su existencia, y esta prueba, al tratarse de una diligencia judicial realizada fuera de la sede del órgano jurisdiccional, ha de documentarse en acta (arts. 1442 y ss. LECrim y 280.1 LOPJ). También es preciso con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala (Por todas SSTs 206/1993, de 9 febrero, y 1440/1994, de 12 julio) la aceptación del cargo de depositario y del conocimiento puntual de las obligaciones que contrae con la aceptación (Por todas, SSTs 326/1994, de 14 febrero, y 1047/1994, de 21 mayo). En este caso tales requisitos sólo resultan del acta, lo que es de por sí suficiente para por aplicación de la fe pública judicial, tenerlo por existentes. Por todo ello, el motivo debe, como ya se señaló, ser desestimado y con él íntegramente el recurso.»

el acceso del embargo al Registro de la Propiedad lo que impide que cualquier acto de disposición realizado por el titular correspondiente pueda perjudicar el derecho en cuya garantía se constituyó la anotación registral. No es necesario ni la ley permite que se constituya depósito alguno sobre los bienes inmuebles embargados. La expresión «depositarios de caudales públicos» que es una de las que utiliza el art. 399 CP para ampliar a determinados supuestos las formas ordinarias del delito de malversación hemos de entenderla referida a los supuestos de embargos de «bienes muebles semovientes, metálico o efectos públicos» regulados en el párrafo 2 del mismo art. 1409 LECrim, nunca a los casos de embargo de inmuebles. Por tanto fue mal constituido el embargo de autos cuando en lugar de practicar la correspondiente anotación preventiva respecto de la finca urbana sujeta al gravamen judicial ésta se dejó «en depósito» en poder del deudor ejecutado. Tal depósito no permitido por la ley ha de reputarse inexistente lo que impide el que con base al mismo pueda entenderse que hubo delito de malversación del art. 399 del CP».

STS de 22 de mayo de 1996.

Como sintetiza Zabalegui Muñoz,⁹⁵ la protección se verifica, según una reiteradísima jurisprudencia a través de una doble ficción:

A) equiparando los depositarios o administradores de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad, al funcionario público, en tanto no sean formalmente relevados, asimilación temporal o episódica, en cuanto concierne a deberes y obligaciones impuestos por razón de la relación de servicio ocasional constituida. Esta relación se fundamenta en la confianza que particularmente pudiesen inspirar aquellos, a la que se sobreponen los especiales deberes de probidad, integridad, fidelidad, lealtad, respeto u obediencia, inherentes a la encomienda de cualquier función.

B) en virtud a la intervención de la autoridad judicial o administrativa, los caudales o bienes embargados, secuestrados o depositados, pertenecientes a particulares, quedan, por decisión legal, pari-

95. Zabalegui Muñoz. Cuaderno de Derecho Judicial. La malversación de caudales públicos. Marzo, 1994. Madrid.

ficados a los públicos, pese a no corresponderles por si mismo la indicada naturaleza, y tratarse de cosas o valores no pertenecientes al erario público.

En cuanto a los requisitos o elementos característicos de la malversación impropia⁹⁶ (siguiendo la misma síntesis jurisprudencial), son los siguientes:

1.º Un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, embargo que debe estar válidamente constituido pues de no ser así faltaría un elemento esencial del tipo.⁹⁷

2.º Una persona, designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial o administrativa, que adquiriera por ello «*ex lege*» el ejercicio de la función pública para cumplir la función, la cual puede ser, incluso, el mismo propietario de los bienes.

3.º La aceptación del cargo por el depositario, tras ser debidamente informado de su nombramiento y advertido de las obligacio-

96. STS de 30 de octubre de 1996. «El artículo 399 parte de una doble ficción. Por un lado la de asimilar la condición de funcionario público al que por la Autoridad Judicial hubiere sido designado depositario o administrador de determinados bienes. Por otra parte la de atribuir el carácter de caudal público a bienes que naturalmente no lo tienen (ver las Sentencias de 26 mayo 1995, 15 octubre, 10 marzo y 14 febrero 1994, 25 y 13 octubre, y 30 abril 1993). Mas en cualquier caso es la aceptación del cargo de depositario lo que constituye el fundamento de la infracción, bien entendido: a) que la mera formalidad de un nombramiento no puede arrastrar consecuencias tan graves como las previstas en el precepto que se está comentando; y b) que por el contrario se precisa la formal y expresa aceptación por parte de la persona designada tras ser debidamente instruida de las obligaciones y responsabilidades que contrae. Si el tipo penal responde a la necesidad de defender los deberes de custodia y fidelidad por parte del particular ficticiamente asimilado a Autoridad o al funcionario, difícilmente puede hablarse del delito si se desconoce el contenido del deber que hay que guardar. Por ello el quinto motivo, aducido por infracción de Ley del artículo 849.1 procedimental en relación al citado artículo 399 que se considera indebidamente aplicado, ha de ser desestimado. De acuerdo con el relato histórico acaecido esa debe ser la conclusión final. Hubo embargo, hubo nombramiento de depositario y hubo, por último, conocimiento exacto de las responsabilidades y obligaciones inherentes al repetido nombramiento».

97. STS de 31 de octubre de 1988.

nes que contrae, con la obligación de conservar los bienes a disposición de la autoridad que haya acordado el embargo y de las responsabilidades penales en las que podría incurrir. Cuando no se advierte al depositario de las obligaciones que contraía como depositario, y de las responsabilidades penales en que pudiera incurrir por el incumplimiento de las normas, falta el elemento culpabilista, el dolo como forma de culpabilidad, y sería aplicable el error de prohibición, tanto vencible como invencible, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso.

4.º Un acto de disposición de los caudales sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir la disposición, bien en la sustracción o consentimiento para ello (art. 432), una aplicación a usos ajenos a la función pública (art. 433), una aplicación privada a ellos (art. 434).

Una cuestión interesante, es la calificación o no como malversación, de aquel supuesto en el que, subsistiendo el embargo, la deuda ya hubiere sido satisfecha. La respuesta como zanjó la STS de 27 de febrero de 1993 (Ar. 191), debe ser afirmativa, esto es, que el depositario sería responsable del delito de malversación, pues la obligación que aquél contrae al formalizarse el embargo, es ajena a la naturaleza de las relaciones materiales que puedan existir entre el acreedor que promueve el embargo y el deudor embargado, relaciones que deben discutirse en el procedimiento de apremio o ejecutivo correspondiente, pero que no debilita ni hace desaparecer la obligación de custodia, en tanto ésta esté formalizada, y no sea levantada también formalmente, por la autoridad que la constituyó.

9. Fraudes y exacciones ilegales

«Acepto el fraude en el precio, pero nunca en la calidad.»

(T. Fuller).

La nueva regulación, simplifica la redacción anterior, haciéndose eco de las críticas por excesivo casuismo y prolijidad. Ha desaparecido

la referencia a los especuladores, que como expresó el Tribunal Supremo en STS de 16 de febrero de 1995, quedaban perfectamente subsumidos en el término interesado. Igualmente el que se haya utilizado el término genérico de defraudación de cualquier ente público, supone la subsunción de las Comunidades Autónomas y la Unión Europea.

9.1. Fraudes. Art. 436 CP

*Art. 436 CP:*⁹⁸

«La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. El objeto jurídico protegido es el acervo público imprescindible para un correcto desempeño de las funciones públicas. Sujeto activo, únicamente podrá ser el funcionario o autoridad competente para intervenir, directa o indirectamente, en cualquier clase de contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos. La conducta típica consiste en concertarse o usar cualquier otro artificio. Concertarse equivale a acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, pactar. La otra modalidad de la conducta consistirá en cualquier maniobra fraudulenta o engañosa que no requiera la intervención del particular beneficiario de la misma. En cuanto a la *consumación*, es un delito de mera actividad, con lo cual se consuma con el concierto o artificio defraudatorio, sin que sea necesaria la efectiva causación de perjuicio, pero su consumación no puede anticiparse a la mera solicitud. El problema de la *participación*, se resuelve en favor

98. Art. 400 del anterior CP.

de su accesoriedad, respondiendo el tercero que no es Autoridad o funcionario público, como partícipe del delito cometido por funcionario (STS de 18 de enero de 1994). Es posible el concurso con el delito de cohecho.

9.2. Exacciones ilegales. Art. 437 CP

Art. 437 CP:⁹⁹

«La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Se penaliza con el presente artículo el llamado delito de concusión, por el que se persiguen los abusos en el ejercicio del cargo consistentes en obtener de los administrados, cantidades de dinero u otras ventajas patrimoniales a través de la constricción o el engaño. Artículo que ha sufrido una importante transformación al cambiar el objeto de la exigencia. Con anterioridad, se precisaba que el funcionario público exigiera mayores derechos de los que estuvieran señalados, por lo que quedaban excluidos aquellos supuestos en que no estaba la exigencia autorizada (STS de 27 de junio de 1989); en la actualidad abarca tanto a los no debidos como a los reclamados en cuantía mayor a la legalmente señalada. La doctrina mayoritaria considera que el delito se comete tanto cuando el funcionario está legalmente facultado para percibir derechos, como cuando se reclaman tarifas careciendo de tal facultad. La exigencia de derechos puede llevarse a cabo directa o indirectamente (personalmente o por medio de terceros). La *consumación* se produce desde el momento que se efectúa la exigencia o solicitud aunque no se consiga la entrega de la

99. Art. 402 del anterior CP.

suma reclamada (STS de 14 de abril de 1986). La *diferencia con el delito de cohecho* es que, en el cohecho, el particular paga algo que sabe que no debe a la Administración, mientras que en el delito de exacciones no existe esa relación.

9.3. Supuesto agravado. Art. 438 CP

Art. 438 CP: ¹⁰⁰

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a estos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. Crea para la mayoría de la doctrina una agravación respecto a los delitos de estafa (art. 248 CP 95) y apropiación indebida; en contra Rodríguez Devesa, quien entiende que se trata de un delito independiente y no de una mera agravación. La cuestión no tiene trascendencia, si se entiende en todo caso, que este precepto excluye la aplicación del art. 22, agravante 7.º Las actividades desarrolladas no han de repercutir en los caudales públicos, porque en tal caso nos hallaríamos ante una malversación. Nada importa, como recordó la STS 2208/93, de 11 de octubre, ni los requisitos de selección, ni la categoría, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni aún la estabilidad o temporalidad. Según la jurisprudencia, el abuso del cargo, que es elemento esencial, consiste en aprovechar las facilidades que el cargo concede para la comisión del delito de estafa o apropiación indebida, cuya comisión debe resultar facilitada por la función o destino que el sujeto ocupa dentro de la Administración. Según el TS, si la estafa o apropiación indebida afecta a caudales públicos, nos encontraremos ante un delito de malversación de caudales públicos.

100. Art. 403 del anterior CP.

10. Las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de sus funciones

«Qué haré yo en Roma? Yo no se mentir.
(Juvenal).

10.1. Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Art. 439 CP

Art. 439 CP: ¹⁰¹

«La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. El bien jurídico protegido es un puzzle de valores, entre los que destaca la objetividad como atributo de la Administración. Sujeto activo es el funcionario o autoridad que ha de informar en un asunto. Según la jurisprudencia ha de tratarse de un funcionario competente genéricamente para intervenir, directa o indirectamente, en la adopción de un contrato, operación o actividad. Cambia la redacción anterior de la conducta «interesarse» por la de «forzar o facilitarse» y se sustituye el término «intervenir» por razón del cargo por el de «informar». Finalmente se sustituye la expresión «directa o indirectamente» por la equivalente de «directa o persona interpuesta». La STS 166/95, de 9 de febrero, ha concretado el bien jurídico protegido considerado como el correcto funcionamiento de la Administración y en el mantenimiento de su neutralidad y eficacia entre los administrados, vetando que un funcionario pueda intervenir en un contrato actuando como funcionario y a la vez como particular. La

101. Art. 401 del anterior CP.

conducta «forzar o facilitase cualquier forma de participación» viene definida como participar en el negocio, inmiscuirse en él (STS 448/93, de 23 de febrero). Lo fundamental es pues, la idea del abuso de las funciones públicas propias del funcionario que actúa dentro de los límites de su función o mando. En cuanto a la *consumación*, es un delito de actividad, formal o de tendencia, no de resultado, de ahí, que la jurisprudencia sea constante en proclamar que no sea necesario la obtención del beneficio o lucro propuesto, ni que la Administración sufra un perjuicio pudiendo suceder incluso que la Administración obtenga un beneficio. Así la STS 931/95, de 28 de septiembre, la STS de 28 de junio de 1993. Supuesto frecuente de interés directo, es el vínculo matrimonial entre el funcionario y la persona suministradora; y aquí la jurisprudencia, ha resaltado que lo importante no es tanto la formalidad jurídica del matrimonio, como la convivencia que suele llevar aparejada junto al orden personal relaciones también de patrimonio (STS 931/95, de 29 de septiembre). Igualmente los Tribunales han penado al arquitecto que realizó un proyecto urbanístico municipal habiendo informado previamente de forma favorable al Pleno del Ayuntamiento en su condición de concejal (STS de 13 de marzo de 1992).

10.2. Negociaciones prohibidas a otros sujetos. Art. 440 CP

Art. 440 CP: ¹⁰²

«Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años».

102. Art. 401 del anterior CP.

Precepto cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado por DF 2.º del CP. La doctrina viene sistemáticamente criticando de este precepto su ubicación, dado que al tratarse de personas con deberes jurídicos o posiciones jurídicas especiales que no son funcionarios o autoridades, no se protegería tanto, el correcto funcionamiento de la administración pública, como el patrimonio de algunos particulares cuando concurren determinadas circunstancias. Es por ello, que se define como un cuerpo extraño dentro de los delitos contra la Administración Pública. La finalidad del precepto es extender la responsabilidad penal a sujetos que debiendo intervenir necesariamente en la valoración de bienes a que se refiere el art. 440, aprovechan tal intervención para obtener una ventaja personal.

10.3. Actividades prohibidas. Art. 441 CP

Art. 441 CP: ¹⁰³

«La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

El bien jurídico protegido es el respeto al principio de imparcialidad y la objetividad con que ha de desarrollarse toda actividad pública. Según la mayoría de la doctrina, se incriminan incumplimientos graves de las leyes de incompatibilidades en la Administración, elevando a delito ciertas infracciones administrativas. A estos efectos debe tenerse presente la Ley 56/84, de 26 de diciembre, de incompatibilidades

103. Art. inexistente en el anterior CP.

del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la Ley 12/95, de 11 de mayo, de incompatibilidades de miembros del Gobierno y Altos Cargos. El sujeto activo ha de ser un funcionario. La conducta es realizar una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, aunque para la perfección del delito deben darse dos circunstancias acumulativas:

a) que la actividad paralela se realice fuera de los casos admitidos por leyes o reglamentos (normativa administrativa).

b) que concurra una de las dos situaciones previstas en el tipo: 1.º que la actividad profesional o de asesoramiento, tenga relación con un asunto en el que deba intervenir el funcionario o el que haya intervenido ya por razón de su cargo; 2.º que el asesoramiento o actividad privada realizada fuera por el funcionario guarde relación con informes o resoluciones, que deban adoptarse en oficina o centros públicos al que se encuentre adscrito, aunque no corresponda a él adoptarlos personalmente.

También se prevé la posibilidad de que la actividad profesional o de asesoramiento de empresas sea realizada por un tercero, debiéndose acreditar que el tercero actuaba en nombre del funcionario. la doctrina considera esta previsión legal como un caso de autoría mediata.

10.4. Uso de secretos o información privilegiada. Art. 442 CP

Art. 442 CP: ¹⁰⁴

«La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a

104. Art. 368 del anterior CP.

cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

El bien jurídico son los servicios a satisfacer por los poderes públicos, conforme a los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad,, prestados sin abuso de funciones públicas, es decir, sin que el cargo sea instrumentalizado por el funcionario para fines ajenos a los públicos. Sujeto activo, sólo puede serlo, aquél que tiene la condición de funcionario o autoridad. El autor debe conocer legítimamente la información, si no es así, la conducta infringiría el art. 418. Objeto del delito es el secreto o información privilegiada. Por secreto debe entenderse todo dato o información conocida por un círculo muy reducido de personas, y que no debe ser conocida. Información privilegiada son aquellos datos o hechos que afecten a la actividad administrativa o terceros y que tengan carácter confidencial o sean de acceso restringido. La conducta típica consiste en usar el secreto o la información privilegiada con ánimo de obtener un beneficio, no se castiga la revelación, sino el uso. La consumación del delito se produce cuando se realiza el uso aunque no llegue a obtener un beneficio económico que debe ser, sin embargo, su finalidad. El CP 95, prevé una segunda modalidad agravada en el último inciso, aplicable cuando resulta grave daño. La Ley 24/88, de regulación del mercado de valores dispone, en su art. 81 «*Quienes dispongan de alguna información privilegiada deberán abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a que la misma se refieran. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o cesión de los valores citados. A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto referente a uno o varios valores que no haya sido dada a conocer al público y que,*

de haberse hecho pública, hubiera podido influir de modo relevante en su cotización».

10.5. Abusos contra la libertad sexual solicitada por autoridad o funcionario. Art. 443 CP

Art. 443 CP: ¹⁰⁵

«Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior».

Nos encontramos ante un delito pluriofensivo en el que el bien jurídico protegido es doble. De una parte, se protege el proceso de libre determinación de las personas para desarrollar su vida sexual de forma espontánea y libre; de otra, se protege el legítimo y recto ejercicio de la función pública en beneficio del conjunto de la comunidad. Es un delito especial en orden a la condición de los sujetos. El sujeto pasivo es doble: el estado por una parte, y por otra la persona a la que se requiere sexualmente en una de las situaciones señaladas. La conducta se integra de dos elementos: a) la solicitud de relación sexual; b) la existencia de pretensiones pendientes de resolver. Por solicitar ha de entenderse una actitud pasiva por parte del funcionario, un requerimiento directo y no meras insinuaciones, pudiendo consistir en cualquier clase de conducta, desde el coito hasta una mera exhibición en ropa interior, no teniendo como finalidad tanto la protección de la libertad sexual, como evitar el abuso en el ejercicio del cargo. Así Feijoo Sánchez, considera que el tipo de relación solicitada, ni siquiera puede

105. Art. 383 del anterior CP.

tener relevancia a efectos de determinación de la pena, pues si el injusto no tiene que ver con la libertad sexual, la intensidad del ataque contra la libertad sexual no puede graduar la gravedad del injusto. En apoyo de este argumento, el propio art. 445 CP 95. En sentido contrario, Orts Berenguer. El segundo elemento, hace posible la distinción del delito del acoso sexual. La doctrina considera que las actuaciones pendientes y realizadas por parte del funcionario deben ser legales, aunque el artículo nada diga sobre ello. El delito se consuma con la simple solicitud sexual, pues no se exige la realización de los actos, ni siquiera la aceptación por parte del particular requerido. En los supuestos en que, tras la solicitud del favor sexual, la víctima accediera al contacto sexual, se estaría en presencia de un concurso ideal medial con el delito contra la libertad sexual cometido, aunque también podrá ser real.

10.6. Abusos contra la libertad sexual solicitada por otros funcionarios. Art. 444 CP

Art. 444 CP:¹⁰⁶

«1. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad».

Este tipo castiga una conducta muy similar a la anterior, teniendo como particularidad propia, referirse expresamente a las situaciones

¹⁰⁶ Art. 384 del anterior CP.

que pueden producirse en las instituciones penitenciarias o centros de corrección.

10.7. Diferenciación de los delitos contra la libertad sexual. Art. 445 CP

*Art. 445 CP:*¹⁰⁷

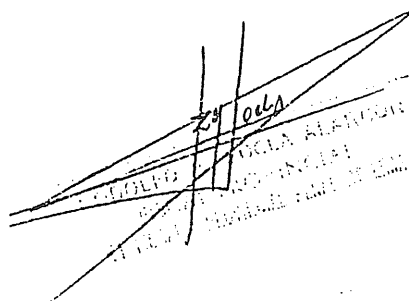
«Las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

La necesidad de este precepto es más que discutible, dado que es principio general, que quien comete varios delitos deberá responder de todos ellos sin perjuicio de que concurra un posible concurso de delitos. Se reconoce expresamente la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre los arts. 443 o 444, y el concreto atentado a la libertad sexual cometido por el funcionario. La sanción por el delito de libertad sexual no contempla el total desvalor de la conducta realizada, y a la inversa. Según la doctrina se confirma legalmente la diversa naturaleza entre los delitos contra la libertad sexual con abuso de función pública y el delito de acoso sexual del art. 183 CP 95.

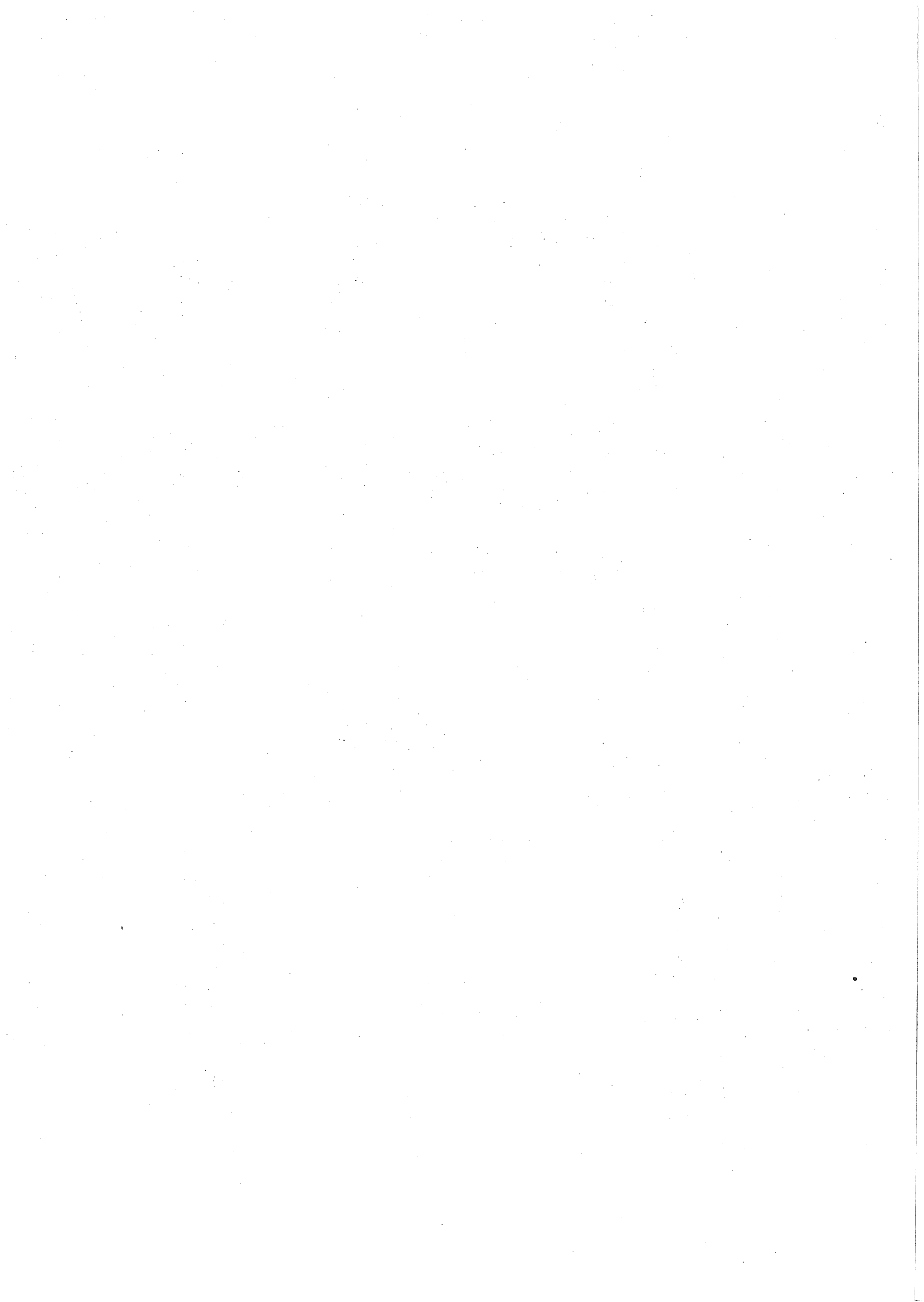
107. Artículo inexistente en el anterior CP.

CAPÍTULO 2.

Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX¹



1. El presente Título ha sido elaborado por Francisco Mares Roger (Secretario Judicial) y Joaquín Martínez Lluesma (Licenciado en Derecho).



«La justicia es algo tan valioso, que nunca puede comprarse demasiado cara.»

(René Lesage).

1. Introducción

El CP 95 dedica el Título XX del Libro II (arts. 446 a 471) a los denominados *«Delitos contra la Administración de Justicia»*. Si comparamos la regulación actual con la del Código anterior (cfr. su Título IV, arts. 325 a 338 bis), siquiera sea someramente, no se evidencia sino el sensible aumento de las conductas que han sido incluidas bajo esta rúbrica, siguiendo, quizá, con lo que podría ser una constante histórica. En efecto, el Código Penal de 1928 fue el primer cuerpo normativo que contempló de forma autónoma la rúbrica que nos ocupa, consolidándose en el Código Penal de 1932, que tan sólo recogía en su Título V los delitos de acusación y denuncias falsas (arts. 331 y 332), falso testimonio (arts. 333 a 340), y quebrantamiento de condena y favorecimiento de la evasión (arts. 341 a 343). Más tarde, el Código Penal de 1944, ya en su Título IV, incluiría en su articulado, la realización arbitraria del propio derecho y la simulación de delito (arts. 337 y 338). Por su parte, sendas Leyes de 17 de julio de 1951 y 28 de diciembre de 1978, añadieron la omisión del deber de impedir determinados delitos, o de ponerlos en conocimiento de la autoridad (art. 338 bis). Y, en último lugar, la L.O. 8/1983, de 25 de junio, introdujo los delitos contra la libertad de las partes, testigos y peritos (art. 325 bis).

Continuando, pues, con lo que supone una costumbre inveterada, el actual Título XX del CP 95, ha pasado a incluir en su seno la prevaricación judicial (arts. 446 a 449), el encubrimiento (arts. 451 a 454), y la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional (arts. 463 a 467), en lo que ha de entenderse, al menos desde una perspectiva general, como una reubicación sistemática, que no tipificación «*ex novo*» de dichas conductas.

En principio, cabría considerar a la «*Administración de Justicia*» como hilo conductor o bien jurídico común a las distintas infracciones incluidas en su rúbrica. Sin embargo, siguiendo a Vives Antón, no parece que pueda afirmarse con total rotundidad que todos los delitos afectan a los intereses en el buen funcionamiento del poder judicial y del proceso, a no ser de un modo muy indirecto en alguno de ellos, motivo por el que diferimos la cuestión al examen concreto de cada tipo. En cuanto a la estructura sistemática, el Título XX se divide en ocho capítulos que, respectivamente, se ocupan de las siguientes rúbricas:

- Capítulo I: De la prevaricación (arts. 446 a 449).
- Capítulo II: De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450).
- Capítulo III: Del encubrimiento (arts. 451 a 454).
- Capítulo IV: De la realización arbitraria del propio derecho (art. 455).
- Capítulo V: De la acusación y denuncias falsas y de la simulación de delitos (arts. 456 a 457).
- Capítulo VI: Del falso testimonio (arts. 458 a 462).
- Capítulo VII: De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional (arts. 463 a 467).
- Capítulo VIII: Del quebrantamiento de condena (arts. 468 a 471).

Así, como diferencias básicas respecto al CP 73, se pueden mencionar:

1.º La regulación de la «*prevaricación específica*», disociada de la prevaricación contemplada en el Capítulo I del Título XIX («*De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*»). En el CP 95, se regula la prevaricación concreta cometida por Juez o Magistra-

do al dictar sentencia o resolución injusta, a diferencia de la prevaricación general ejercitada por cualquier tipo de funcionario público.

2.º Se matiza el delito de «*omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*», fijando una pena más acen- tuada (seis meses a dos años, frente al arresto mayor mayor o multa del CP 73), en caso de delito contra la vida y pena de multa en los de- más casos, estableciéndose una regla correctora en el caso de que el delito no impedido, tuviese asignada igual o menor pena.

3.º Surge el delito de «*encubrimiento*» como figura autónoma, que deja de ser una forma de participación, con las características propias, que se analizarán más adelante.

4.º La «*realización arbitraria del propio derecho*» aparece regulada en un delito específico y en un Capítulo concreto (IV) del presente Tí- tulo, refiriéndose a ella con carácter exclusivo, y conteniéndose un párrafo segundo, que recoge una figura agravada, consistente en el empleo de arma u objeto peligroso. La regulación del CP 95 es más amplia y contempla la fuerza en las cosas como medio para realizar arbitrariamente el propio derecho.

5.º La «*acusación y denuncia falsas*», se regulan en el Capítulo V, incorporándose al mismo, la simulación de delitos anteriormente reco- gida en el Capítulo que se ocupaba de la realización arbitraria del pro- pio derecho. Esta ubicación del delito, resulta más correcta que la del CP 73. Además, el tipo se refiere a la simulación de «*cualquier infrac- ción penal*», lo que determina su aplicación a las faltas.

6.º Se mantiene un Capítulo destinado al «*falso testimonio*», regulando expresamente la responsabilidad de los profesionales (Abo- gados, Procuradores, Graduados Sociales, Ministerio Fiscal) en caso de presentación en juicio de testigos falsos o peritos e incluyendo en estas conductas a los intérpretes.

7.º Se regula un Capítulo relativo a la «*obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional*», con una serie de figuras de nuevo cuño de gran interés para garantizar el normal funcionamiento de la Administración de justicia

8.º El «*quebrantamiento de condena*», presenta agravaciones especí- ficas para casos de motines cuando el autor revista la condición de funcionario público encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido.

Por último, no debe olvidarse que también los Juzgados y Tribunales militares ejercen la potestad jurisdiccional (art. 117.5 CE), aunque, eso sí, limitada, en tiempos de paz, al ámbito estrictamente castrense, en relación con los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula (art. 3.2 LOPJ, y art. 12.1 L.O. 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar). Así las cosas, y dado el carácter restrictivo del Derecho Penal militar, no ha de resultar extraño que el Título VIII – arts. 180 a 188– del Código Penal Militar (L.O. 13/1985, de 9 de diciembre), aborde de forma autónoma los *«Delitos contra la Administración de la Justicia Militar»*, y en concreto, los delitos de: simulación de delito militar (art. 180); omisión del deber de promover la persecución de delitos, o de denunciarlos, siempre y cuando fueran de la competencia de la Jurisdicción castrense (art. 181); obstrucción activa a la Justicia Militar (art. 182); falso testimonio (art. 183); prevaricación (art. 184); cohecho (art. 185); atentado, violencia y coacciones contra cualquier de los integrantes de un Tribunal Militar (art. 186); desacato o desobediencia (art. 187); y quebrantamiento de condena militar (art. 188). Tipos delictuales, todos ellos, que tiene su repercusión en el ámbito castrense, no siendo objeto de examen específico por lo que aquí interesa, sin perjuicio de las similitudes que puedan establecerse.

2. Prevaricación judicial

«Todo hombre, aunque esté cubierto de harapos, es juez para sus semejantes, aunque sean reyes.»

(Solón).

2.1. Cuestiones generales

2.1.1. Concepto

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su 21.ª edición, define la prevaricación como la *«acción y efecto de prevari-*

car»; conducta que, en su acepción jurídica, consiste, bien en el «*incumplimiento malicioso, o por ignorancia culpable, de las funciones públicas que se desempeñan*», bien en la «*injusticia dolosa o culposa cometida por un juez o magistrado*». Por su parte, la doctrina científica ha intentado proporcionar un concepto que, por su generalidad, pudiese acoger las distintas modalidades prevaricantes (de funcionario público, de abogado y procurador, y judicial), con el lastre de que su vocación generalista impide cualquier concreción que se ajuste a las variadas conductas que pretende definir. Sería el caso de «*faltar a las obligaciones del cargo*», o «*faltar un funcionario público a la justicia en actuaciones propias de su cargo*» —ello independientemente de que hayan podido tener cierto reflejo jurisprudencial—, pasando por la caracterización efectuada por Bacigalupo acerca de la esencia de este delito, que no es otra condición, que la «*aplicación torcida del derecho*». Sea como fuere, desde la estricta perspectiva del derecho positivo no cabe duda que la prevaricación judicial consiste en la realización de alguna de las conductas típicas (acciones u omisiones, mediando dolo o culpa) que se recogen en el Capítulo I, del Título XX, del Libro II del CP 95 (arts. 446 al 449).

2.1.2. Regulación legal

El Título VII del anterior Código Penal, bajo la rúbrica «*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*», dedicaba su Capítulo I a la prevaricación, y en él se contemplaba tanto la prevaricación judicial (arts. 351 a 357), como la de funcionarios públicos (arts. 358 y 359) y la de Abogados y Procuradores (arts. 360 y 361). Desde una perspectiva ciertamente distinta, el CP 95 regula la prevaricación judicial en el Capítulo I (arts. 446 a 449), del Título XX («*Delitos contra la Administración de Justicia*»). Su nueva ubicación ha sido, sin duda, un gran acierto por su deslinde respecto de los delitos del Título XIX («*Delitos contra la Administración Pública*»), evitando cualquier confusión entre los bienes jurídicos protegidos que sirven de aglutinantes para cada uno de los títulos en cuestión, esto es, el recto funcionamiento de la Administración del Poder Ejecutivo —de una parte—, y de la Jurisdicción, de otra; a la par que se ha pretendido superar la gran atomización de la vieja regulación de la prevaricación judicial,

como claro exponente de una tradición talionista, difícil de asumir hoy en día, pero que todavía subyace en la retribución punitiva de la modalidad dolosa (cfr. art. 446).

2.1.3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido viene constituido por el recto ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), esto es, conforme a los principios de independencia e imparcialidad, y con sujeción exclusiva a la Ley (art. 117.1 CE).

2.1.4. Sujeto activo

Sujeto activo de las distintas modalidades que contempla el Capítulo que nos ocupa, será el Juez o Magistrado, a salvo el supuesto del art. 449 CP, de «*retardo malicioso en la Administración de Justicia*», en el que también podrá ser sujeto activo el Secretario del Juzgado o Tribunal. Así pues, y sin perjuicio de la alusión que el art. 122.1 CE hace a «*los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único*», debe recordarse que, según dispone el art. 298.2 LOPJ, los Magistrados suplentes, los Jueces en régimen de provisión temporal, los Jueces sustitutos, y los Jueces de Paz y sus respectivos sustitutos, también ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, de modo que, en cuanto ejercientes de la potestad jurisdiccional, siquiera sea con carácter transitorio, ninguna duda ofrece su incardinación como eventuales sujetos activos del tipo. Por lo que respecta a los Secretarios Judiciales, que por imperativo legal están sujetos a las incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y situaciones establecidas para los Jueces y Magistrados (art. 474 LOPJ), cabe considerar no sólo a los de carrera, que integran un sólo cuerpo a tenor del art. 472 LOPJ, sino también a los que sirvan Secretarías de Juzgados en régimen de provisión temporal (art. 482 LOPJ), a los Secretarios sustitutos, siempre que no sean titulares de otra Secretaría (art. 483 LOPJ), ya que de «*lege data*» se encuentran incluidos como sujetos activos del tipo previsto en el art. 449.1 CP, así como a los integrantes del Cuerpo de Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes, declarado a extinguir (D.T.^a 24.^a LOPJ). Cuando

la resolución judicial fuese adoptada por un órgano colegiado, serán sujetos responsables los firmantes de la misma, con excepción de los que hayan formulado voto particular en la forma prevista en el art. 260 LOPJ, que en modo alguno podrán ser considerados sujetos activos del tipo, por más que se evidencie la injusticia de su disenso, dada la falta de idoneidad en el instrumento que la canaliza, que únicamente toma de la resolución judicial «*su forma*».

La STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 1997. Ponente Sr. Guillermo Vidal Ancheu,

«... absuelve al magistrado del juzgado de lo social D. Ángel Juan A.B. del delito de prevaricación de que venía siendo acusado, ya que si bien hizo caso omiso de las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia resolviendo distintos recursos contra resoluciones dictadas a su vez por el acusado, no era consciente de que actuaba en contra de la legalidad, sino que por el contrario creyó haber elegido el camino más adecuado para la satisfacción de la tutela judicial.»

2.1.5. Requisitos procesales

En lo concerniente a los requisitos de procedibilidad, la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y más concretamente, su Disposición Adicional 1.^a, ha procedido a derogar la totalidad del Título II, del Libro IV LECrim., que disciplinaba el privilegio del antejuicio necesario para exigir responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados (arts. 757 a 778) —por lo demás, declarado constitucional según STC 61/1982, de 13 de octubre—, así como el art. 410 LOPJ; de forma que la perseguibilidad de un delito de prevaricación no se encuentra sujeto al cumplimiento del filtro y garantía que suponía el antejuicio, sobre todo, por la drástica consecuencia que puede comportar la admisión de la querrela, ex art. 383.1.^º LOPJ, esto es, la suspensión del Juez o Magistrado,¹ cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder por deli-

1. Vieites Pérez, Carlos. «Delito de prevaricación. Nueva regulación dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Efectos de la supresión del antejuicio». Cuadernos de Derecho Judicial» CGPJ IV 1997, págs. 15 y ss.

to cometido en ejercicio de sus funciones.² No obstante, la cuestión no ha sido enteramente pacífica por lo que se refiere al ámbito militar, ya que el «voto particular» al Auto número 15, de 19 de junio de 1996, dictado por la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, se ha pronunciado a favor de la vigencia de los arts. 442 a 447 de la Ley Procesal Militar, que regulan el modo de proceder contra Jueces Togados Militares, por más que otra Sentencia de la misma Sala Quinta (de 22 de mayo de 1996) ya se hubiese pronunciado, positivamente, sobre la incidencia de la supresión del antejuicio en la jurisdicción ordinaria.³ Cuestión distinta será la utilización de la querella como medio idóneo para la exigencia de la responsabilidad penal de Jueces y Magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo (arts. 405 y 406 LOPJ), sin perjuicio de las facultades que se atribuyen tanto al Tribunal Supremo, como a otras Autoridades Judiciales,

2. Ahora bien, el problema estriba en determinar cuando se entiende declarado que ha lugar a proceder y, en su consecuencia, en qué momento opera el automatismo de la suspensión cautelar a que se refiere el art. 383.1.º LOPJ. Sobre este particular, y sin perjuicio de entender posibles distintas imputaciones, Juan Montero Aroca concluye que debe ser el Magistrado Instructor designado por la Sala competente, a tenor de los arts. 57 y 73 LOPJ, el que, tras las averiguaciones pertinentes, «y asumiendo con plenitud las facultades legales del juez instructor, decida si ha lugar a proceder contra el juez o magistrado realizando una imputación formal. Sólo partiendo de la misma, adquiere sentido la suspensión del juez o magistrado, pues sólo entonces existe realmente pendiente un proceso penal contra él» (así, en «Los privilegios en el Proceso Penal», Revista Poder Judicial, 2.ª época, núm. 39, pág. 273).

3. El Fundamento de Derecho único del voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Baltasar Rodríguez Santos, en el auto número 15, de 19 de junio de 1996, es como sigue: «Entendiendo que el delito cae dentro de la Jurisdicción Militar, así como que se siguió el procedimiento establecido en el Título V, arts. 432 y siguientes de la Ley Procesal Militar, en razón a que se hace mención en el auto la concreción del «acuerdo para proceder contra el titular del Juzgado Togado Militar Central núm. 1», la postura a reflejar es la de que en la Jurisdicción Militar, y mientras no sea expresamente derogada la Ley Procesal Militar (que tiene también su propia Ley Orgánica de Competencia y Organización de Jurisdicción Militar), existe la figura del Antejuicio y la consiguiente validez de los arts. 432 y siguientes, por cuanto que la Disposición Adicional Primera de la Ley 5/1995, del Jurado, deroga exclusivamente el art. 410 de la LOPJ así como los artículos, correspondientes a esta materia, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por tanto, rige en el presente caso el art. 443 de la citada Ley Procesal Militar».

para comunicar al órgano competente la posible comisión de un hecho delictivo a cargo de un Juez o Magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional (arts. 407 y 408 LOPJ). Por lo que respecta a la legitimación activa, ésta queda establecida en términos muy amplios, de modo que no sólo se posibilita la interposición de querrela por parte del Ministerio Fiscal, en su condición de garante del principio de legalidad e independencia de los tribunales (art. 124 CE), sino que también se permite su interposición por los acusadores particular y popular (art. 406 LOPJ, y arts. 101 y 270 LECrim.). De otra parte, y de conformidad con lo que disponían los arts. 758 y 765 LECrim. —hoy derogados en virtud de la Disposición Adicional primera de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado—, será necesario que la sentencia (o resolución) cuyo contenido se reputa injusto, hubiera adquirido firmeza, debiéndose presentar, además, testimonio de la misma junto con el escrito de querrela o, en otro caso, señalar la Secretaría del Juzgado o Tribunal donde radiquen los autos originales. Para la instrucción, enjuiciamiento y fallo de las causas contra Jueces y Magistrados por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, cual es el supuesto de prevaricación, serán órganos competentes, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 57.3.º LOPJ), o las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia respectivo (art. 73.3, b LOPJ), aunque en el bien entendido que el Magistrado designado para la instrucción no formará parte de la Sala para enjuiciarlas, de conformidad con las modificaciones operadas en la LOPJ, según L.O. 7/1988, de 28 de diciembre (arts. 57.2 y 73.4).

2.1.6. Penalidad

Con excepción del tipo previsto en el art. 446 CP —que contempla la pena de prisión para el Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare una sentencia injusta en causa criminal por delito—, el legislador de 1995 ha optado, mayoritariamente, por la pena de inhabilitación (arts. 39 al 42 CP), ya sea con carácter absoluto (únicamente para el precepto anteriormente señalado), ya especial (para el resto de modalidades). Sin embargo, de esta circunstancia no debe colegirse cierta benevolencia por lo que se refiere al tratamiento punitivo de las conductas que examinamos, habida cuenta de la calificación legal de las penas a que

se ha hecho mención, que sólo cabe imponer a los delitos conceptuados como «graves» (arts. 13 y 33 CP).

2.2. Modalidades

En lo atinente a las distintas modalidades de prevaricación judicial, la regulación anterior (arts. 351 a 357 del CP 73) distinguía entre resolución definitiva injusta, auto injusto, sentencia injusta (tanto en contra, como a favor del reo), denegación de justicia, y retardo malicioso. En el CP 95, cuatro son las modalidades que pasamos a referir:

- a) Prevaricación judicial dolosa (art. 446)
- b) Prevaricación judicial culposa (art. 447)
- c) Negativa a juzgar (art. 448)
- d) Retardo malicioso en la Administración de Justicia (art. 449).

2.2.1. Prevaricación judicial dolosa. Art. 446 CP.

El artículo 446 del CP 95 dispone:

Art. 446 CP:

«El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratare de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a

veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas».

En el precepto transcrito, el legislador de 1995 ha venido a resumir y concretar las distintas posibilidades de comisión dolosa a que se referían los arts. 351, 352, 353, 354 y 356 del Código anterior, bien cierto que prescindiendo de gran parte de la casuística que presidía la regulación pretérita, en la que se atendía tanto al orden jurisdiccional y proceso en que pudiera dictarse la resolución injusta, como al hecho perjudicial o benéfico de su contenido para con el reo, pasando por la tipología de la resolución dictada. Con todo, la simplificación actual todavía mantiene los, tan criticados, rasgos talionistas, aspecto que se evidencia por el carácter progresivo del reproche, en función del orden jurisdiccional y del proceso, así como del grado de ejecución de la injusta resolución dictada. A tenor del texto del art. 446 CP, la conducta típica consiste en dictar, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, y sujeto activo de la misma no podrá ser otro que el Juez o Magistrado, en los términos ya expuestos con carácter general, y a cuyo tenor nos remitimos.

En orden a la integración del tipo, la jurisprudencia ha señalado la concurrencia de dos elementos fundamentales –objetivo y subjetivo– para la existencia y punición del delito de prevaricación, aspecto sobre el que resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1986 (Ponente Sr. Cotta Márquez de Prado), cuyos fundamentos tercero y cuarto referimos a la hora de glosar cada elemento.

a) El primero, objetivo, se concreta en la *«injusticia intrínseca de la resolución»*, ya sea esta sentencia, auto, o incluso providencia (a tenor de la redacción del apartado 3.º del art. 446 CP, que ha venido a clarificar cualquier duda acerca de las previsiones contenidas en los arts. 354 y 356 del Código anterior):

«El Tribunal Supremo, a lo largo de una jurisprudencia copiosa, ha venido señalando, respecto al elemento objetivo de la prevaricación, que una resolución es injusta cuando sea contraria a la Ley manifiestamente (Sentencia de 9 de marzo de 1910), patentemente –Sentencias de 19 de febrero de 1891 y 17 de junio de 1950–, o cuando produzca lesión del Derecho (Sentencia de 8 de julio de 1916), ya que el mero error en la

aplicación de las leyes no es base de responsabilidad para el que incurre en él, a menos que sea de tal naturaleza que envuelva una injusticia de aquellas que no puedan explicarse por una interpretación razonable de la Ley y resulte de un modo claro e indiscutible la violación de un precepto legal (Sentencias de 25 de Enero de 1911 y 31 de enero de 1914) y también cuando los términos precisos y categóricos en que se halle redactado un precepto excluyan toda posibilidad de equivocada interpretación (Sentencia de 9 de marzo de 1910), con lo que ha venido a sentar la doctrina de que, de conformidad con la ley, no existe injusticia alguna en sentido legal».

STS de 3 de mayo de 1986, FJ 3.º

b) El segundo elemento, subjetivo, se concreta en la conciencia y voluntad deliberada, en quien dicta la resolución, de faltar a la justicia quebrantando la Ley.⁴

«La propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, en muy numerosas resoluciones, ha establecido también, en lo que se refiere al elemento subjetivo de la prevaricación, que la locución —«a sabiendas»—, de que se hace uso en los preceptos sancionadores de tales ilícitos supone y significa ánimo deliberado de faltar a la justicia (Sentencias de 28 de marzo de 1896, 22 de noviembre de 1901, y 14 de mayo de 1914), es decir, propósito conocido de quebrantar un mandato legal (Sentencias de 29 de enero de 1883 y 16 de mayo de 1910), lo cual exige se justifique, de una manera que no deje lugar a duda, que el agente obró, en el hecho imputado, a ciencia segura (Sentencia de 14 de octubre de 1884), con malicia y verdadera conciencia (Sentencias de 31 de enero de 1914 y 13 de diciembre de 1919), o con intención dolosa y culpable y pleno conocimiento de que ejecutaba un acto injusto (Sentencia de 5 de octubre de 1906), constándole la injusticia del mismo (Sentencia de 14 de marzo de 1914),

4. STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 1997. Ponente Sr. Vidal Andreu. Absuelve del delito de prevaricación, a un magistrado de los Social que desoyó reiteradamente los mandatos del Tribunal Superior referentes a la tramitación del procedimiento sobre el que estaba conociendo, al no ser consciente de que actuaba contra la legalidad, sino que por el contrario creyó haber elegido el camino más adecuado para la satisfacción de la tutela judicial efectiva.

o lo que es igual, que sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la Ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente»

STS de 3 de mayo de 1986, FJ 4.º

Abundando en el aspecto subjetivo desde la perspectiva doctrinal, y en opinión de Conde-Pumpido Ferreiro, no se trata tanto de una aplicación errónea del derecho, que el ordenamiento jurídico prevé como admisible y corregible por la vía de los recursos, como el dictar deliberadamente una resolución contraria a la que, según el propio razonamiento del Juez, debiera ser la procedente. No obstante, a juicio de García Arán, es posible que pueda darse dolo eventual en aquellos casos en que el Juez conoce la probabilidad de que la resolución sea injusta. Cuestión distinta es que este último argumento haya tenido algún contraste jurisprudencial que, por lo expuesto con anterioridad, no parece sea el caso.

La acción («dictar») se entenderá realizada no sólo con la elaboración de la resolución de propia mano, sino también con su aceptación mediante la firma o con su votación afirmativa en los órganos colegiados (J. Queralt).

Sobre el concepto de sentencia y demás resoluciones judiciales (autos y providencias) habrá que estar a cuanto establece la normativa orgánica (arts. 245 y 248 LOPJ), y procesal (arts. 369 LECiv., 141 LECrim. y 49 LPL), debiéndose entender incluidas a los efectos del núm. 3.º del art. 446 CP, las resoluciones judiciales que se dictan oralmente y deben ser documentadas en el acta correspondiente incluyendo la fundamentación que proceda (art. 247 LOPJ). Por el contrario, no tendrán dicha consideración las «*propuestas de resolución*», dictadas por el Secretario Judicial al amparo de lo previsto en el art. 290 LOPJ, habida cuenta que su plena eficacia procesal se vincula a la obtención del correspondiente «conforme» del Juez o Magistrado, que también puede optar por dictar la resolución que proceda, para el supuesto de que no asuma la propuesta de resolución que se deduce (art. 246 LOPJ). Así las cosas, y partiendo de que el contenido sea incardinable en el tipo, tendríamos: a) Si adopta la modalidad del «conforme», prevarica el

Juez o Magistrado; y b) Si el Juez o Magistrado no está conforme con su contenido y dicta la que a su juicio corresponde, la propuesta —su contenido— queda impune, al devenir «inexistente» en términos de eficacia procesal, a pesar de quedar incorporada a los autos. Consideración especial merecen las «diligencias de ordenación» del art. 288 LOPJ que, dictadas por el Secretario Judicial, tiene por objeto «dar a los autos el curso ordenado por la ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites, de conformidad con las leyes procesales». Por más que su apelativo sea el de «diligencias», ninguna duda ofrece su naturaleza de resolución judicial, no sólo por su finalidad, al cumplir el mismo cometido que las providencias (aquellas para el impulso formal, éstas para el impulso material, según dispone el art. 245.1, a LOPJ), sino también por la forma en que se estructuran y exteriorizan: se limitan a la expresión de lo que dispone y son suscritas por el Secretario que las dicta (cfr. los arts. 248.1 y 288 LOPJ), así como por la posibilidad de ser revisadas de oficio o a instancia de parte (art. 289 LOPJ). Pues bien, pese a tratarse de auténticas «resoluciones judiciales», atendida la finalidad que cumplen las referidas diligencias de ordenación, a su través sólo podrá concretarse el delito de prevaricación judicial en su modalidad de retardo malicioso en la Administración de Justicia, toda vez que el delito del art. 449 CP es el único que admite como sujeto activo del tipo al Secretario Judicial, junto a Jueces y otros funcionarios judiciales.

Ni decir tiene, que si no concurren los elementos fundamentales del tipo a que antes hemos hecho referencia (objetivo y subjetivo), incluidas las precisiones realizadas en torno a la acción y al alcance del concepto de «*resolución judicial*», no cabrá condena alguna por el delito del art. 446 CP, aunque nada empece la exigencia de la correspondiente responsabilidad en el ámbito disciplinario, conforme a lo dispuesto en los arts. 414 y ss. LOPJ, con dos únicas precisiones: 1.º Que la declaración de hechos probados de la resolución que ponga término al proceso penal —si la hubiere—, vinculará a la resolución que se dicte en el expediente disciplinario, sin perjuicio de la calificación jurídica que en el mismo pueda merecer; y 2.º Que únicamente podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y bien jurídico protegido (art. 415.2 y 3 LOPJ). Asimismo, tampoco se vislumbra obstáculo alguno para la exi-

gencia de la responsabilidad civil, siempre que se hubieran irrogado los daños y perjuicios a que se refieren los arts. 411 y ss. LOPJ, cuya expresa declaración en sentencia firme supondría, además, falta muy grave a tenor de lo dispuesto en el art. 417.5 LOPJ.

En lo relativo al tema del concurso de delitos, sobre todo detención ilegal y cohecho, la doctrina no se manifiesta unánime. Por lo que respecta al primero, y siguiendo la opinión de Orts Berenguer, no parece que ofrezca duda la posibilidad de concurso entre la prevaricación y la detención ilegal, sobre todo en la modalidad agravada del núm. 1.º del art. 446 CP, esto es, cuando, dictada sentencia injusta contra reo en causa por delito, el penado hubiera comenzado a cumplir la misma. Por contra, en lo que concierne al concurso entre prevaricación y cohecho nos parece más acertada la opinión negativa que mantiene Quintano, en el sentido de que habrá que entender absorbida en éste la modalidad prevaricante.

En fin, las penas para los Jueces y Magistrados que incurren en este delito, vienen establecidas en los tres números del art. 446 CP:

- 1.º Sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito:
 - a) Si la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, se dispone la pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; b) Si la sentencia se ha ejecutado, se contempla la misma pena, pero en su mitad superior, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Sobre el grado de cumplimiento, a juicio de Orts Berenguer, no parece necesario que la sentencia haya sido ya ejecutada, sino que basta con que la pena haya comenzado a cumplirse.
- 2.º Si se trata de una sentencia injusta contra el reo en proceso por falta, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.
- 3.º Cuando se tratara de cualquier otra sentencia (a favor del reo ya sea en proceso por delito o por falta, ya en proceso seguido en otro orden jurisdiccional) o resolución injustas, se impondrá la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años.

2.2.2. Prevaricación judicial imprudente. Art. 447 CP

La forma imprudente del delito de prevaricación judicial se recoge en el art. 447 CP, que dispone:

Art. 447 CP:

«El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Como es de ver, el precepto transcrito se corresponde con el art. 355 del Código anterior, aunque con las siguientes modificaciones:

1.º Se ha operado una sustitución del término *«negligencia»*, por el actual de *«imprudencia grave»*, con lo que se ha venido a calificar todavía más la comisión culposa del tipo, de conformidad con la jurisprudencia que lo venía interpretando.

2.º Se ha extendido el soporte instrumental de la acción, ya que antes la modalidad culposa únicamente venía referida a la sentencia, mientras que ahora engloba a cualquier otra resolución judicial, en los términos ya referidos al abordar la modalidad dolosa. Con esta inclusión se ha venido a recoger aquellas opiniones que auspiciaban la posibilidad de entender subsumidas en el tipo anterior los autos definitivos (no interlocutorios) por identidad de efectos con la sentencia (J. Queralt), aunque, como es de ver, la redacción actual ha traspasado ampliamente esta interpretación de la doctrina, por cuanto el concepto de *«resolución»* alberga todo tipo de autos, providencia e, incluso, aquellas resoluciones orales a que se refiere el art. 247 LOPJ.

3.º Se ha concretado en *«de dos a seis años»* la extensión de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP), con lo que queda a caballo entre pena grave y menos grave (art. 33.2.c y 3.b. CP).

Tanto en el Código anterior, como en el actual, la resolución judicial viene cualificada por su manifiesta injusticia, tal y como ya indicara

desde antiguo la jurisprudencia, de modo que la negligencia y la ignorancia son inexcusables cuando implican una injusticia manifiesta que no puede explicarse por una intervención razonable (SSTS de 25 de enero de 1991 y 24 de abril de 1912), no bastando una legalidad más o menos discutible, debiendo tratarse de una sentencia sobre cuya injusticia no se proyecte el menor atisbo de sombra (STS de 30 de mayo de 1941). De cualquier modo, la manifiesta injusticia habrá de serlo por su contraste con lo que pueda deducirse de una práctica forense general y media, excluyendo la esfera del propio autor de la resolución, ya que si también lo fuera para él nos encontraríamos ante la modalidad dolosa del art. 446 CP («a sabiendas»). En cuanto al orden jurisdiccional o proceso en que se dicta la dicha resolución manifiestamente injusta, ninguna limitación se establece en el precepto, por lo que cabe que se dicte en todos los ordenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social), y también en todos los procesos jurisdiccionales, incluido el proceso de menores. En aquellos supuestos en que la injusticia de la sentencia o resolución no sea manifiesta, y también en los que la imprudencia no sea cualificada, no será posible la exigencia de responsabilidad penal al no concurrir todos los elementos integrantes del tipo, si bien quedará a salvo la posibilidad de exigir la responsabilidad en el ámbito disciplinario (arts. 414 y ss. LOPJ), y también en el civil (arts. 411 y ss. LOPJ).

2.2.3. Negativa a juzgar. Art. 448 CP

El CP, señala que:

Art. 448 CP:

«El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años».

Este precepto se corresponde con la previsión contenida en el párrafo primero del art. 357 del Código anterior, si bien la norma actual, incluye la posibilidad de alegar causa legal para la negativa a juzgar, además de que se concreta el ámbito temporal de la pena de inhabili-

tación especial (antes, pena de suspensión). En el fondo, la conducta que se describe en el art. 448 CP (negativa a juzgar), no es sino el reproche penal al mandato genérico del art. 1.7 C.Civ., que impone a los Jueces y Tribunales «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», mandato reforzado por el tenor del art. 361 LECiv., cuando dispone que «los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito».⁵ Pero es que, además, al decir Quintero Olivares,⁶ la previsión del art. 448 CP cumple una evidente función protectora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, y arts. 7 y 11.3 LOPJ), «del mismo modo que se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que tiene su respuesta penal en el siguiente art. 449 CP».

En cuanto al sujeto activo del tipo, será ese Juez o Magistrado, con la extensión a que hicimos mención en el apartado relativo a las «cuestiones generales», y ello en la medida en que únicamente puede realizar la acción típica —negativa a juzgar— aquél sujeto a quien el ordenamiento jurídico ha otorgado la potestad jurisdiccional (art. 117 CE).

Por lo que respecta a la acción, se discrepa por la doctrina acerca de si la negativa a juzgar constituye un delito de omisión pura o si, por contra, la negativa ha de manifestarse de forma expresa, por un comportamiento activo. Esta última posición —a nuestro juicio más acertada— encontraba respaldo normativo en el tenor literal del art. 759 LE-Crim., al vincular la posibilidad de promover el antejuicio al hecho de que «el Juez o Tribunal hubiese dictado resolución negándose a juzgar», aunque, alternativamente, también se vinculaba al transcurso de quince días desde que hubiese sido «presentada la última solicitud

5. Asimismo, conviene recordar que el art. 5.1 LOPJ establece que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

6. En este sentido, véanse sus Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1288.

pidiendo al Juez o Tribunal que falle o resuelva cualquiera causa, expediente o pretensión judicial que estuviere pendiente, sin que aquél lo hubiese hecho» (recuérdese, en todo caso, que el art. 759 LECrim. ha sido derogado por L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, con los demás preceptos que integraban el Título II del Libro IV LECrim.). Por otra parte, parece que una conducta meramente omisiva encontraría mejor encastre en el tipo de retardo malicioso en la Administración de Justicia, al menos desde una perspectiva clásica, ya que la anterior normativa despachaba en un sólo precepto (art. 357) ambos supuestos. Con todo, la actual inclusión de la negativa a juzgar «*sin alegar causa legal*» parece posibilitar tanto la negativa expresa como la tácita, puesto que, como señala Orts Berenguer,⁷ tanto da que el Juez manifieste su voluntad de no juzgar, como que se limite a omitir el referido deber, cuando no concurre, básicamente, una causa legal que así lo posibilite. Sea como fuere, y partiendo de la disyuntiva que establece el propio art. 448 CP, cabe distinguir entre negativa a juzgar sin alegar causa legal, y negativa a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, por más que se reporte idéntica penalidad para ambos supuestos.

A) **Negativa a juzgar sin alegar causa legal.** Se castiga la conducta omisiva —ya sea expresa, ya tácita— del Juez o Magistrado en quien no concurre causa legal que le imposibilite juzgar el asunto sometido a su consideración. En lo relativo al concepto de causa legal —cuya existencia tornaría en atípica la negativa a juzgar—, cabe entender:

1.º La concurrencia de causa de abstención o recusación, conforme a las disposiciones del Capítulo V, Título II del Libro III de la LOPJ (arts. 217 a 228, inclusives), que, en esta materia, ha venido a derogar, tácitamente, las previsiones de la normativa procesal civil (arts. 188 a 233 LECiv.), penal (arts. 52 a 83 LECrim.) y administrativa (art. 25 LJCA), quedando a salvo el proceso laboral, dados los términos del actual art. 15 LPL.

7. En el sentido indicado, véase a Orts Berenguer, E.; en Comentarios al Código penal de 1995 (Vives Antón, Coord.), De. Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, vol. II, pág. 1886.

2.º La falta de jurisdicción y competencia genérica, de conformidad a lo previsto en la legislación orgánica (arts. 9, 10, 21 a 25 LOPJ); y también la falta de competencia objetiva, funcional y territorial, según la regulación procesal respectiva. No obstante, por lo que hace a la falta de competencia territorial, existirá causa legal a los efectos del art. 448 CP en la medida en que su examen «ex officio» no se encuentra vedado por la norma procesal concreta (cfr. arts. 56 y 74 LECiv.).

B) Negativa a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley. El reproche de esta modalidad prevaricante se encuentra, tal y como indicamos, en la necesidad de observar el mandato genérico del art. 1.7 C.Civ., y también lo dispuesto por la norma fundamental en orden a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Descansa, pues, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un todo a la hora de su interpretación. Aspecto, éste, que ha sido recordado por la jurisprudencia penal en los siguientes términos:

«Prescindiendo de la discusión acerca de la llamada –plenitud del ordenamiento jurídico– como algo lleno y omnicompreensivo, y de la posición que la niega, es lo cierto, que ateniéndose, exclusivamente, a nuestro derecho positivo, cuando en la realidad de la vida emerge una cuestión de derecho, el Juez tiene que resolverla buscando la norma de decisión so pena de incurrir en responsabilidad conforme a lo dispuesto de consuno por el Código Civil y el Penal, hasta el punto de que en el art. 357 de éste –art. 448 en el actual Código– se tipifica como delito de prevaricación el hecho de dejar de juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley».

STS de 2 de julio de 1984. Ponente Sr. García Miguel.

Con todo, parece obvio que la falta de norma jurídica específica no puede tener la misma trascendencia en el orden jurisdiccional civil como en el penal. En el primero, dada la amplitud del sistema de fuentes, el Juez queda obligado a integrar el ordenamiento prácticamente sin posibilidad de excepción, lo que impide cualquier actitud negativa o renuente a juzgar, no sólo desde una perspectiva formal, sino también

material. En el ámbito del derecho penal aunque la exigencia de juzgar debe ser la misma, no lo será el resultado, y ello porque lo impide el principio de legalidad (art. 25 CE, y arts. 1, 2 y 3 CP, y 1 LECrim.). Ante una acción u omisión no penada por la ley, únicamente procederá la absolución del acusado, sin perjuicio de proceder a la exposición razonada al Gobierno del art. 4.2 CP, si estimare la acción y omisión digna de represión.

2.2.4. Retardo malicioso en la Administración de Justicia. Art. 449 CP

Dispone el Texto punitivo que:

Art. 449 CP:

«1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior».

El precepto transcrito se corresponde con el párrafo segundo del art. 357 del Código Penal anterior, aunque sólo en parte, dado que la previsión pretérita refería como único sujeto activo de la acción típica al Juez, siendo, además, que ahora se especifica el concepto de retardo malicioso, a la vez que se da entrada en el tipo, como eventuales sujetos activos, al Secretario Judicial, así como a otros funcionarios, aunque con una penalidad atenuada para los últimos (art. 449.2 CP). Por lo que respecta al reproche punitivo, se ha mantenido el paralelismo ya existente en el antiguo art. 357 CP, de modo que ahora se castiga con la «pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis meses a cuatro años», lo que en el Código anterior se castigaba «con la pena de suspensión» sin más aditamentos. Si en la negativa a juzgar el derecho fundamental digno de protección era el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la modalidad de retardo malicioso en la Administración de Justicia lo constituye el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

En cuanto al sujeto activo, la principal novedad del tipo de retardo malicioso lo constituye la amplitud de sujetos que pueden ser eventualmente responsables de la conducta que se describe en el art. 449 CP. De esta forma, además del Juez o Magistrado, en los términos ya expuestos al abordar algunas cuestiones generales comunes a las distintas modalidades de prevaricación, también lo puede ser el Secretario Judicial, en lo que parece sin duda una razonable decisión del legislador de presente si consideramos las funciones que, para la ordenación y tramitación de los procesos, le atribuye tanto la legislación orgánica como la procesal (sin ánimo exhaustivo, cfr. arts. 283 a 286, y 288 y 290 LOPJ; arts. 250 y ss. LECiv., y arts. 166, 214 y 321 LECrim.). Asimismo, puede ser responsable de la conducta típica *«funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior»*, previsión que debe entenderse en sus justos términos, estos es, referida a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia del Libro VI de la LOPJ, excluido el Secretario Judicial por encontrarse ya comprendido en el tipo básico del art. 449.1 CP. Así pues, podrán ser responsables del delito que nos ocupa, los integrantes de los Cuerpos de Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, así como los miembros de los Cuerpos que puedan crearse, por Ley, para el auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales (art. 454.1 LOPJ), eso sí, dentro de los límites propios de las funciones que respectivamente les atribuye su propia normativa."

En cuanto a la conducta típica:

«El retraso en la Administración de Justicia exige, como presupuesto previo, la existencia de un espacio temporal durante el cual, la autoridad judicial haya mantenido una actitud pasiva u omisiva en relación a la respuesta esperada y exigible a los órganos judiciales, no sólo en virtud de la necesaria tutela judicial que se debe dispensar a todo el que acude a la sede judicial, sino porque es una obligación inherente a los

8. Además del Libro VI de la LOPJ (arts. 454 a 508), y de las normas diseminadas en las distintas leyes procesales, véase el Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia, y el Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses.

que ostenta una potestad jurisdiccional. Pero no es suficiente con que se observe una determinada demora en la actividad judicial, sino que se necesita, como sustento subjetivo inexcusable, que concurre una especial voluntad dolosa concentrada en la típica maliciosidad a la que alude el art. 357, párrafo segundo del Código Penal –hoy, art. 449–.

STS de 19 de octubre de 1995. Ponente Sr. Martín Pallín.

Sobre qué debe entenderse por «malicia», nuestra jurisprudencia ha reiterado que «es obrar a conciencia de que se procede mal». Al menos las figuras que incluyen este elemento subjetivo en el tipo requieren que el autor conozca la significación antijurídica de su comportamiento. Componente subjetivo que como tal no se exterioriza de la misma forma que los objetivos y que ha de deducirse de éstos. Y el actuar externo evidencia sin asomo alguno de duda que el retardo en la administración de Justicia fue malicioso, como se manifestó en el fundamento jurídico primero de la Sentencia: El juez acusado, lejos de abstenerse, como hubiera debido hacer por tratarse de un asunto propio para que interviniera el Juez de Paz sustituto, ordenó retener el exhorto para ganar tiempo, paralizando voluntariamente la tramitación de la reclamación en su contra durante un año, plazo excesivo e injustificado que perjudicó los intereses legítimos de la entidad acreedora, sin que sea posible alegar ignorancia o falta de malicia ya que es hecho probado que el Secretario del Juzgado le recordó en reiteradas ocasiones que debería darse curso al exhorto citado» (STS de 15 de marzo de 1991. Ponente Sr. Barbero Santos). En la actualidad, el concepto de malicia para el tipo que nos ocupa ha de quedar circunscrito a los términos a que se alude en el inciso final del párrafo primero del art. 449 CP; es decir, que se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima, de modo y manera que será esta circunstancia –la consecución de cualquier finalidad ilegítima o, lo que es el mismo, contraria a Derecho–, la que deslinde esta conducta delictual de aquella otra, de carácter disciplinario, como son los retrasos injustificados, sean o no reiterados, en la iniciación, tramitación y resolución de los procesos y causas sometidos al ejercicio de su jurisdicción (arts. 417.9, 418.10 y 464

LOPJ), cuya existencia y constatación generara la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria (arts. 414 y 415 LOPJ). De cualquier modo —y a diferencia del delito tipificado en el art. 448 CP, en el que la doctrina discrepaba acerca de si la acción era puramente omisiva o si, por el contrario, encerraba cierta conducta activa, consistente en la propia negativa a juzgar, a pesar de la solicitud deducida al efecto—, no cabe duda alguna que la conducta del retardo es de carácter netamente omisivo, y si el mismo persistiera después de compelido el órgano judicial para dictar la resolución que proceda, según el estado del procedimiento o causa, parece claro que nos encontraríamos ante el tipo del art. 448 CP.

Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su relación con el volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos jurisdiccionales —de modo que cuando este es considerado abrumador *«puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con los que las decisiones se producen, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes»* (STC 36/1984, de 14 de marzo)—, se venía argumentado cierta situación de fuerza mayor, como causa de exclusión de la tipicidad de la conducta,⁹ que no parece pueda tener cabida con la actual regulación, dado el vigente cuadro de causas de exclusión de la responsabilidad criminal en el CP 95.

En cuanto a la penalidad, el núm. 1 del art. 449 CP, con remisión al precepto inmediatamente anterior, establece para el Juez, Magistrado o Secretario Judicial, culpable del delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años»; pena privativa de derechos (arts. 39, b y 42 CP) que, atendiendo a su extensión, se encuentra a caballo entre las que el nuevo Código clasifica como graves y menos graves (art. 33 núms. 2, c y 3, b CP). Por su parte, el núm. 2 del citado art. 449 CP dispone una penalidad atenuada cuando el responsable del retardo sea funcionario distinto a Juez, Ma-

9. Queralt Jiménez, J.J.; Derecho Penal Español, Parte Especial, De. Bosch, Barcelona 1992, pág. 660.

gistrado o Secretario, al disponer que «se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior».

3. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución

3.1. Introducción

El art. 450 CP, único precepto integrante del Capítulo II del Título XX, se ocupa «*De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución*», en los siguientes términos:

Art. 450 CP:

«1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia».

La previsión transcrita se corresponde, en buena medida, con el art. 338 bis del Código anterior; infracción que, como es sabido, fue introducida por Ley de 17 de julio de 1951, como quinto y último Capítulo al Título IV del Libro II, en el Código Penal de 1944, siguiendo así con el precedente histórico sentado por el Código de 1822 (cfr. arts. 122 y 123). Más tarde, la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, vino a adicionar el invocado art. 338 bis con la segunda figura omisiva, referida a la ausencia de denuncia. Por su parte, las Leyes Orgánicas núm. 8/1983, de 25 de junio, y núm. 3/89, de 21 de julio, únicamente realizaron matizaciones en la cuantía de las multas de la norma que ahora ha sido susti-

tuida. La incardinación sistemática de esta infracción en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia suscitó cierta crítica, por entender que las funciones de la Justicia son meramente represivas, pero no preventivas, correspondiendo estas últimas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, conforme al art. 11, f), L.O. 2/1986, de 13 de marzo, aunque, como recuerda la Sentencia de 8 de octubre de 1991, aparte el problema de su ubicación sistemática, es evidente su similitud con el delito que el anterior Código tipificaba en el art. 489 bis, y que hoy se recogen en los arts. 232 y 233 CP, dado que ambas figuras responden «a la humanización del Derecho punitivo y al robustecimiento del sentimiento de solidaridad entre las personas».

Por lo que hace a las distintas modalidades delictuales, y siguiendo el orden establecido por la norma que nos ocupa, cabe distinguir entre: a) La omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450.1 CP); y b) La omisión del deber de promover la persecución de ciertos delitos (art. 450.2 CP). Así pues, conviene examinar cada figura por separado.

3.2. Omisión del deber de impedir delitos

El apartado número 1 del referido art. 450 CP, castiga a quien «*pu- diendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o aje- no, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél*».

Partiendo de la base de que el bien jurídico protegido es el senti- miento de solidaridad entre las personas, el mismo es por una parte, más peculiar y específico que el defendido por el art. 195 CP 95, ya que sólo se refiere a las situaciones derivadas de hechos constitutivos de delitos, y por otra, más extenso, ya que extiende su ámbito a situacio- nes que derivan de ataques a otros bienes jurídicos distintos de la vida y la integridad física, tales como la libertad o la libertad sexual tam- bién constitutivos de delitos que no se comprenden en el art. 195 CP

95.¹⁰ Por lo tanto bien jurídico protegido, será, el deber de solidaridad referido a los bienes jurídicos reseñados en el art. 450 CP 95, cuando sean objeto de ataques constitutivos de delito; y en palabras de Huerta, «un específico deber de colaboración ciudadana en las tareas de prevención de determinados delitos».

3.2.1. Tipo objetivo

Cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito. No obstante, y en relación con el tema de la denominada «*complicidad omisiva en un delito de comportamiento activo o por comisión*» –de desigual tratamiento en la doctrina científica y en la jurisprudencia–, cabe recordar que a partir de la Sentencia de 3 de diciembre de 1990, nuestra jurisprudencia se ha aproximado a la solución adoptada por la doctrina mayoritaria, admitiendo esta forma de participación únicamente en aquellos supuestos en que el omitente se hallaba en posición de garante, y ello por más que no resulta una solución deseable en términos absolutos, dada su eventual incidencia negativa sobre el principio de legalidad. Así, «*sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético, actuando –como se ha dicho– a modo de «barrera de contención» del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo*» (STS de 9 de abril de 1996, Ponente Sr. Montero Fernández-Cid). El deber de actuar que fundamenta la omisión, viene limitado dualmente: por una parte, por la posibilidad de impedir el delito; por otra, porque esa posibilidad sea con una intervención inmediata y sin riesgo propio ni ajeno:

a) Intervención inmediata, que será aquella con entidad suficiente para impedir el delito, bien de modo personal y directo, bien indirectamente, considerándose irrelevante que el sujeto se encuentre o no en el lugar donde se va a manifestar.

10. Tardón Olmos, María. «Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución. Nueva regulación. Análisis comparativo respecto al texto anterior». Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ IV, 1997, págs. 47 y ss.

b) Posibilidad de evitar el delito, circunstancia que se computa a partir del ingreso de la conducta en la esfera de lo punible, y termina con la consumación (Puig Peña).

c) La ausencia de riesgo propio o ajeno es consecuencia del principio de no exigibilidad de otra conducta, elevado aquí a elemento del tipo, por cuanto el deber de actuar no puede llegar hasta el punto de exigir al sujeto que soporte riesgos o ponga en peligro intereses de terceros de superior o igual valor que el atacado por el delito que se trata de impedir.

Sujeto pasivo del delito, será la persona afectada por alguno de los delitos que la norma compele a impedir o, desde una perspectiva estricta, el titular del bien jurídico protegido en cada caso (vida, integridad o salud, libertad y libertad sexual).

Se trata, evidentemente, de un delito de omisión pura, en el que su autor se abstiene –voluntariamente– de impedir la comisión de alguno de los delitos que el precepto señala, cuando pudo haberlo hecho con su intervención inmediata (directa) y sin riesgo propio ni ajeno. No obstante, la descripción de la conducta típica requiere algunas precisiones:

1.º El catálogo de delitos a impedir es ciertamente ambiguo y, en este sentido, se ha discutido por la doctrina sobre el alcance del término «*vida*», concluyendo al respecto, con Rodríguez Mourullo y Córdoba, que se refiere a la vida humana independiente.¹¹ De otra parte, también resulta equívoco el concepto «*salud*», ya que no se concreta si la referencia es a la pública o a la personal, por más que la ambivalencia «*integridad o salud*» se asemeje a la recogida con ocasión de describir el tipo básico de lesiones (art. 147.1 CP).

11. Contrariamente, la STS de 14 de marzo de 1961 afirmaba que: «El enjuiciado tuvo conocimiento porque así se lo manifestó su mujer, que ésta tenía el propósito de hacerse abortar, es decir, de realizar un hecho delictivo comprendido en el Código Penal y aun cuando por su condición de marido de la embarazada y futuro padre del ser en gestación, podía con su intervención inmediata y sin riesgo impedir el delito que iba a efectuarse, su abstención voluntaria a toda intervención para evitarlo, le coloca dentro del precepto punitivo del art. 338 bis del Código Penal».

2.º Para que el sujeto activo pueda intervenir, impidiendo alguno de los delitos afectados por el mandato de la norma, no debe existir ningún tipo de obstáculo. De otro lado, la existencia de riesgo —sea propio o ajeno— hace atípica la omisión, ya que, como señala Vives Antón, el legislador no ha consignado exigencia alguna respecto a la gravedad del riesgo que determina la exclusión de la responsabilidad criminal.¹²

3.º La norma de presente ha excluido de su tenor la cualificación del antiguo art. 338 bis, que exigía —para el caso de que el delito a impedir no fuese contra la vida— «*que causare grave daño*», mientras que el actual art. 450.1 CP sólo exige que «*afecte a las personas*», de lo que se sigue, que no será necesaria la consumación efectiva del delito que vincula la comisión por omisión del tipo que examinamos.

De otra parte, y aun cuando la omisión del deber de impedir ciertos delitos mantiene una clara similitud con la omisión del deber socorro, en la medida en que ambas infracciones penales surgen en dependencia con una situación anterior, que no es otra que el peligro manifiesto y grave en que otra persona se encuentra, también son claras y evidentes sus diferencias, toda vez que en la infracción que nos ocupa, se comete el delito porque no se evita otro en el que no se tiene participación alguna, mientras que en la figura del art. 195 CP, el delito surge porque deja de prestarse el socorro debido a un tercero en situación de peligro, creado «*ex ante*» (STS de 6 de octubre de 1995). Además, cabe añadir el distinto fundamento señalado por la doctrina para cada uno de los delitos —manifestación del deber de solidaridad para la omisión del deber de socorro, y protección de la seguridad personal para el tipo del art. 450 CP—, amén de su diferenciada incardinación sistemática en el Código actual (cfr. sus Títulos IX y XX).

12. «... y, en su consecuencia, no puede decirse que haya decidido no castigar sólo en aquellos casos en los que obrar de acuerdo con las exigencias dimanantes de la norma representaría una carga insoportable para el hombre medio; sino que, operando con un criterio más drástico, ha excluido del castigo todos los casos en los que la actuación comporte un riesgo». (Así en, Comentarios al Código Penal de 1995 —Tomás S. Vives Antón, Coord.—, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, vol. II, pág. 1890).

3.2.2. Tipo subjetivo

El elemento subjetivo del tipo viene constituido por la voluntad de no actuar, con conocimiento de la necesidad y de la posibilidad de hacerlo. Se trata, pues, de un delito eminentemente doloso, cuya configuración exige el conocimiento de que el sujeto pasivo está siendo objeto (o lo va a ser) de uno de los delitos a que se refiere la norma, unido a la conciencia de la propia posibilidad de impedirlo mediante una intervención inmediata que no reporte riesgo alguno para su persona (STS de 29 de septiembre de 1989). Sin embargo, *«la realización de la conducta descrita en el precepto no exige que el riesgo hubiera desembocado ya en la efectiva producción del delito, ni tampoco se precisa que coincida la infracción a la que va referida dicha situación de peligro con el delito realmente ocasionado, toda vez que el juicio de probabilidad definidor del riesgo, puede tener como objeto una infracción diferente a la realmente producida»* (STS de 8 de octubre de 1991, Ponente Sr. Martínez-Pereda). Y esto es así, en virtud de la doctrina jurisprudencial sentada acerca del distinto tratamiento de: a) la omisión de intervención ante un delito, unido a la voluntad de cooperar, si va acompañada de la posición de garante, surgida de una actuación del sujeto creadora de riesgo o de otra causa, posición que comportaría el deber de impedir que se produzca el resultado dañoso; y b) el mero deber genérico de actuación en solidaridad frente a los delitos que enumera el art. 338 bis, párrafo primero —actual, art. 450.1 CP— (SSTS de 10 de abril de 1981, 10 de diciembre de 1982, 28 de octubre de 1983, y 31 de enero de 1986).

3.2.3. Penalidad

A diferencia del Código anterior —que facultaba al Tribunal en orden a la imposición de penas, entre las distintas posibilidades contempladas en el art. 338 bis (arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, o con ambas penas), sin que su elección fuese discutible vía casación, por integrar una potestad de la que el Tribunal puede hacer uso a su prudente arbitrio, dentro de sus facultades discrecionales (STS de 24 de febrero de 1995)—, el CP 95 ha optado por un sistema específico de penas en función del delito a impedir. En

efecto, la penalidad se establece ahora en atención al bien jurídico lesionado. Así, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses si lo fuera contra la integridad, la salud, la libertad o la libertad sexual, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la inferior en grado a la de aquél.

3.3. Omisión del deber de promover la persecución de delitos

El art. 450.2 CP castiga con las mismas penas señaladas en el número 1 del precepto, al que *«pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia»*.

Así pues, únicamente pueden cometer este delito quienes teniendo conocimiento de la próxima o actual comisión del hecho punible, no lo denuncian ante el Juzgado, el Ministerio Fiscal o la policía, con el fin de evitar su perpetración. En este punto, la norma de presente se aparta de la previsión contenida en el antiguo art. 338 bis, que se limitaba a castigar, en los supuestos que enumeraba, el incumplimiento de la obligación de denunciar, establecida con carácter general en el art. 259 LECrim. Como advierte Luzón Cuesta, la rúbrica del Capítulo II, en el que se incardina el art. 450 CP, ha devenido inexacta, pues con la actual redacción del precepto no se sanciona el incumplimiento de la obligación de promover la *«persecución»* de delitos, sino de promover su *«evitación»*.¹³

En cuanto a los sujetos, téngase en cuenta lo señalado en el epígrafe anterior. Sin perjuicio de lo cual, y para que el mandato de la norma cobre vigencia, se hace necesario que el sujeto activo tenga *«conocimiento cierto y concreto de la comisión de un hecho delictivo»* de los que

13. De todos modos, téngase presente la obligación de denunciar la perpetración de cualquier delito público que tiene el testigo directo (art. 259 LECrim), el testigo indirecto (art. 264 LECrim.) y de quienes por razón de su cargo, profesión u oficio tengan noticia del mismo (art. 262 LECrim. y 408 CP).

se enumeran en el apartado primero del art. 450 CP, ya que de faltar no se dará la nota de la culpabilidad exigible en toda figura delictiva (STS de 23 de diciembre de 1995).

En relación con las dos figuras delictivas que se contiene en el tantas veces citado art. 450 CP, Muñoz Conde, considera al delito inserto en el apartado segundo, como subsidiario del primero. Ahora bien, una cosa es que la modalidad del apartado segundo quede vinculada a la prevista en el apartado primero, extremo que se evidencia por la remisión que se efectúa en orden a la penalidad y delitos que se comete a poner en conocimiento de la autoridad o sus agentes, y otra bien distinta que no se encuentren perfectamente delimitado en lo que concierne a sus respectivas conductas típicas, circunstancia ésta destacada por el Tribunal Supremo, que entendió vulnerado el principio acusatorio, en un supuesto de acusación por omisión del deber de impedir determinados delitos y subsiguiente condena por el tipo de omisión de denunciar delitos, habida cuenta que *«es llano que tal homogeneidad no se produce, bastando para llegar a tal conclusión con la simple lectura de ambas descripciones típicas»* (STS de 23 de diciembre de 1994, Ponente Sr. Montero Fernández-Cid). Por lo que respecta al elemento subjetivo del tipo y penalidad, debe tenerse en cuenta todo lo señalado con ocasión de examinar la omisión del deber de impedir determinados delitos.

4. Encubrimiento

*«No hay serpientes grandes y serpientes pequeñas:
Hay serpientes.»*

(Proverbio hindú).

Art. 451 CP:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1.º *Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.*

2.º *Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.*

3.º *Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, rebelión, terrorismo u homicidio.*

b) *Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave».*

4.1. Normativa legal y bien jurídico protegido

A diferencia de lo que acontecía en el Código anterior, que concebía el encubrimiento como una forma de participación en el delito, el Texto de 1995, con gran acierto sin duda, lo configura como un delito autónomo de los denominados «*contra la Administración de Justicia*» (cfr. Capítulo III del Título XX, arts. 451 al 454). Se ha superado, pues, la sinrazón de considerar al encubridor participe de un hecho perpetrado o consumado antes de su intervención, circunstancia ésta evidenciada tanto por la doctrina unánime, como por la jurisprudencia.¹⁴ En la normativa anterior, tres eran los preceptos que se ocupa-

14. La Sentencia de 20 de junio de 1995, se pronunciaba sobre esta cuestión en los siguientes términos: «Aunque en la actualidad, es doctrina unánimemente admitida que el encubrimiento no puede considerarse como forma de participación delictiva, en cuanto

ban de regular el encubrimiento en sentido estricto. Así, en el art. 17 se describían las tres modalidades o formas de manifestarse la conducta típica. El art. 18 declaraba la exención de la pena prevista a los encubridores que lo fuesen de su cónyuge o de los parientes que se detallaban en la propia norma. Por último, el art. 54 establecía la penalidad para los reos de este delito, pena que habría de ser inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del delito encubierto, amen de la inhabilitación especial, para el supuesto de que el encubridor hubiese intervenido con abuso de funciones públicas. De otra parte, y en virtud de la reforma introducida por Ley de 9 de mayo de 1950, los arts. 546 bis a) á 546 bis g) regulaban el encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, como figura autónoma dentro de los delitos contra la propiedad. El CP 95, regula el encubrimiento en cuatro preceptos (arts. 451 a 454) integrantes del Capítulo III del Título XX, con el epígrafe de la figura que nos ocupa. Por su parte, los arts. 298 a 304, integrantes del Capítulo XIV del Título XIII, se ocupan de la receptación y otras figuras afines, como delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. En cuanto al bien jurídico protegido, parece bastante claro que no es otro que la recta Administración de Justicia, en la medida en que el delito de encubrimiento impide el regular ejercicio de la función jurisdiccional en el orden penal. En términos análogos, nuestra jurisprudencia ha destacado que *«la antijuricidad inherente a todo comportamiento delictivo, y el encubrimiento lo es, se halla constituido no por la propia esencia del delito encubierto, sino por la lesión a la Administración de Justicia, que implica la realización de los actos descritos en el precepto con la finalidad de lograr la impunidad o eludir la acción de la Justicia»* (Sentencia de 15 de febrero de 1993, Ponente Sr. García Miguel).

que no es posible hablar de participación en lo que ya se ha consumado, por lo que supone una contradicción *«in terminis»* hablar de participación postdelictual, criterio éste que ya ha sido recogido en los proyectos legislativos —vide artículo 298 del Anteproyecto de 1994—, es lo cierto que en nuestro vigente Código Penal, con la excepción de la participación lucrativa o receptación regulada como delito autónomo, se sigue reputando al encubrimiento como una forma de participación delictiva en sus dos formas de favorecimiento real y personal, incluyéndose a los encubridores en el art. 12 entre los criminalmente responsables del delito o falta» (Ponente Sr. Mórner Muñoz).

4.2. Requisitos comunes

Establece el art. 451 CP, en su párrafo primero, los cuatro requisitos comunes a las otras tantas modalidades de encubrimiento:¹⁵ a) Perpetración anterior de un delito; b) Conocimiento de la comisión de un delito; c) No haber tenido participación en el mismo, ni como autor, ni como cómplice; y d) Una intervención posterior a su ejecución, de alguno de los modos que se detallan en dicho precepto. Requisitos que también han sido destacados por la jurisprudencia. Así, la Sentencia de 10 de noviembre de 1995 refiere que, en el encubrimiento, nos hallamos ante una intervención postejecutiva que cuenta con unas premisas de ineludible comprobación: conocimiento de la existencia del delito sin haber participado previamente de algún modo en su realización, e intervención del encubridor, tras la consumación de aquél, encaminada a la prestación de un favorecimiento real o personal de los descritos en el tipo. De forma análoga, la Sentencia de 20 de junio de 1995, hace necesaria la concurrencia de cuatro requisitos «*sine qua non*» en el encubrimiento: 1.º) Tener, después de cometido el delito, noticia o conocimiento de que se ha perpetrado; 2.º) No haber tenido participación alguna en él, en tanto que se resolvía, o cometía, ni como autor ni como cómplice; 3.º) Intervenir con posterioridad a su ejecución; y 4.º) Que esta intervención sea en los modos que taxativamente se establecen en la norma.

4.2.1. Conocimiento de la comisión de un delito

Es indubitable que con la nueva redacción han quedado excluidas las faltas, implícitas en el concepto de «*hecho punible*» del art. 17 CP anterior. En relación con el concepto legal de «*delito*», habrá que estar al que se establece en el art. 10 CP, comprensivo tanto de los graves, como de los menos graves (art. 13.1 y 2 CP). También queda claramente zanjada —a favor de la segunda posición—, la vieja polémica en torno a la exigencia de una accesoriedad «*de carácter máximo*», en el sentido de requerir que el hecho anterior reúna todos y cada uno de los requisitos del tipo, u

15. Cadenas Cortina, Cristina. «El encubrimiento en el nuevo Código Penal». Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1997, págs. 87 y ss.

otra «*de carácter limitado*» que, al decir de la doctrina mayoritaria y también de la jurisprudencia (v.g., STS de 8 de febrero de 1991), no requería el elemento de la culpabilidad, habida cuenta que la referencia a «*hecho punible*» tan sólo exigía la perpetración de un hecho típico y antijurídico. En efecto, tal y como advierte Cuerda Arnau,¹⁶ las referencias que contiene el art. 453 CP, al respecto que las disposiciones del Capítulo III se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea «*irresponsable*» o esté «*personalmente exento de pena*», deben entenderse como sinónimos de amparado por una causa de inculpabilidad o por una causa personal de exclusión de la pena, respectivamente. En otro orden de cosas, la jurisprudencia ha conectado este requisito con el elemento subjetivo del tipo, de forma que el dolo del encubrimiento requiere el conocimiento de los elementos del hecho punible al momento de realizar cualquiera de la acciones que el precepto refleja. «*La falta de dicho conocimiento —ex ante— de la intervención favorecedora no puede compensarse ni entenderse suplido con el conocimiento adquirido con posterioridad a la consumación del tipo objetivo, lo que contradiría y empañaría el principio de culpabilidad. Un dolo «subsequens», capaz de teñir de anti-juricidad actos realizados sin la malicia propia del que procede consciente de su enfrentamiento con el orden jurídico, es rechazado sin reservas como anómalo y contrario a la esencia ontológica de la figura del encubrimiento. También se resalta que aunque la exigencia de concreción del dolo no llegue hasta el punto del «cabal conocimiento» del hecho típico y antijurídico encubierto, no obstante el dolo no se refiere a hechos delictivos en abstracto, sino que, como explícita la Ley, su punto de referencia es un hecho punible concreto, es decir, un hecho típico y antijurídico, definido en su contrastada realidad*» (STS de 11 de noviembre de 1995, Ponente Sr. Soto Nieto). Con la anterior doctrina, cabe concluir que el conocimiento exigido en el art. 451 CP comporta una comisión eminentemente dolosa, pero que no excluye la modalidad de dolo eventual. Asimismo, resulta aplicable a la actual regulación la jurisprudencia sentada en torno al grado de certeza (SSTS 10-3-89, 20-6-92, 25-6-91, 20-6-92 y 25-10-91), contenido (STS 15-6-89) y momento del conocimiento (SSTS 10-7-90 y 10-5-89), a cuyo tenor nos remitimos.

16. Así, en Comentarios al Código Penal de 1995 (Vives Antón, Coordinad.), pág. 1895.

4.2.2. No haber intervenido en el delito como autor o cómplice

En torno a este requisito, la jurisprudencia venía matizando que si los actos posteriores han sido concertados o convenidos previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan «*ex post*», son reprochables «*ex ante*», según doctrina unánime y una constante jurisprudencia, que va desde la Sentencia de 10 de julio de 1902, hasta las más recientes de 28 de febrero de 1959 o 27 de abril de 1971 (STS de 20 de junio de 1995). La promesa previa de auxilio posterior es, de este modo, una forma de participación en el delito, con la que cuentan los demás partícipes, que así ven reforzada su voluntad delictiva y que en el orden, de la causalidad moral y de la conciencia culpabilística, se produce en el momento en que, expresa o tácitamente, tal auxilio es ofrecido y tomado en cuenta por los restantes codeincentes (STS de 21 enero 1993). Sin embargo, cabe plantearse si la doctrina jurisprudencial transcrita encuentra virtualidad práctica una vez en vigor el CP 95, ya que la redacción del precepto que nos ocupa – versión Proyecto de Ley – exigía que el sujeto no se hubiese concertado previamente con los autores o cómplices, exigencia que, como es de ver, no ha obtenido respaldo en el texto definitivo y que, como mínimo, suscita ciertas dudas¹⁷ en torno a una cuestión de indudable calado y tradición histórica, cuando no una evidente y clara infracción de la legalidad, caso de continuar sustentando la doctrina del acuerdo previo, ya que, como destaca Quintero Olivares,¹⁸ no es posible transformar esa promesa en fundamento subjetivo de una participación en el hecho.

4.2.3. Intervención posterior a la ejecución del delito en cualquiera de los modos legalmente previstos

En concreto, el encubridor tendrá que llevar a cabo alguno o algunos de los comportamientos descritos en el art. 451 CP, de modo y manera que si la intervención no se ajusta a los modos que taxativamente

17. En este sentido, véase a M.^a Luisa Cuerda Arnau, op. cit., pág. 1899.

18. Op. cit., pág. 1298.

establece el precepto, la conducta será atípica y, por tanto, sin reproche penal. Se sigue, pues, examinar por separado cada una de estas modalidades comisivas, ya sea en sus especies de favorecimiento real (núms. 1.º y 2.º del art. 451 CP), ya en la personal (núm. 3 del art. 451 CP).

4.3. Modalidades de encubrimiento

Las modalidades de encubrimiento que se recogen en el art. 451 CP, que en este punto sigue a su antecesor art. 17, no son sino formas de favorecimiento o auxilio al que ha cometido el delito. En este sentido, se ha distinguido clásicamente entre:

a) «Favorecimiento real» (supuestos 1.º y 2.º del precepto invocado), por cuanto que la conducta típica consiste, precisamente, en prestar ayuda al delincuente para que pueda aprovechar los frutos y efectos del delito.

b) «Favorecimiento personal» (supuesto 3.º), porque el auxilio que se presta va dirigido a lograr la impunidad de los responsables del delito.

No obstante, tanto en la redacción anterior, como en la actual, resulta diáfano que la conducta descrita en el ordinal segundo —que consiste en la ocultación o alteración del cuerpo, efectos o instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento— también persigue, por su propia etiología, la impunidad del responsable o responsables, de modo tal que su naturaleza bien podría ser considerada como híbrida.

4.3.1. Auxilio para el beneficio o provecho de los autores o cómplices

Conforme al art. 451 CP, la primera modalidad de favorecimiento real (también denominado auxilio complementario o complemento) se concreta en una intervención del encubridor:

«1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio».

El auxilio puede prestarse a través de todo tipo de actos, incluidos los omisivos, pero siempre concebidos para contribuir al aprovechamiento de los efectos del delito por parte de los ejecutores del hecho, por más que el aprovechamiento no suponga beneficio económico evaluable para estos.¹⁹

Sea como fuere, el encubridor no ha de recibir beneficio para sí como consecuencia de su conducta auxiliadora, puesto que en tal supuesto nos encontraríamos ante el delito de receptación del art. 298 CP. Ahora bien, debe recordarse que el encubrimiento puede ser gratuito o retribuido sin que por tal circunstancia pase a constituir delito de receptación,²⁰ toda vez que la distinción entre ambas figuras radica en que en el encubrimiento se ayuda por quien no ha participado en el delito con «animus adiuvandi», mientras que en la receptación lo es con «animus lucrandi» (STS de 3 de febrero de 1992). De otra parte, la jurisprudencia ha señalado que si la esencia de esta modalidad de encubrimiento radica en «auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen del delito», no cabe reproche por la mera pasividad, a no ser que al sujeto corresponda un especial deber de garante frente al supuesto

19. «Ahora bien, del relato fáctico de la sentencia se desprende claramente que el médico recurrente, con conocimiento de la perpetración del hecho punible (las interrupciones de embarazo practicadas en las personas de Manuela y M.ª del Pilar), sin haber intervenido en ellas como autor ni cómplice, intervino con posterioridad a su ejecución auxiliando a los delincuentes para que se aprovecharan de los efectos del delito, previniendo y evitando las temidas complicaciones posteriores a aquellas intervenciones (extremo que interesaba notoriamente a los autores de las mismas), y percibiendo al igual que éstos la pertinente compensación económica» (STS de 7 de julio de 1993, Ponente Sr. Puerta Luis).

20. «El procesado intervino con posterioridad a la perpetración del delito de robo que había sido realizado por los otros procesados, recibiendo de éstos joyas de las que habían sustraído para que gestionara su venta, como así lo hizo, sabiendo que eran producto de sustracción, recibiendo una cassette y una sortija a cambio de la gestión efectuada, claro resulta, que en aplicación de la doctrina expuesta en el anterior considerando, los hechos han de entenderse enmarcables en el art. 17 y no en el 546 bis a) del Código Penal, en cuanto que si bien resulta que el encubridor percibió una remuneración por su gestión de intermediación y, en consecuencia, que se aprovechó y obtuvo un beneficio, lo que no aparece del relato fáctico es que los efectos con los que fue retribuido fueran de los procedentes de los robos cometidos por los otros procesados» (STS de 14 de diciembre de 1981).

aprovechamiento de los efectos del hecho delictivo (STS de 10 de noviembre de 1995). El elemento subjetivo del tipo —eminentemente interno y personal—, ha de inferirse mediante una operación lógica que exige una pluralidad indiciaria, que debe encontrarse debidamente acreditada por la prueba, confluyente y convergente, de modo tal que haga aflorar la convicción sin faltar a la lógica y a las reglas y máximas de la experiencia.²¹ Se exige, así, un conocimiento de la transgresión punible cometida, aunque pueda ser imprecisa en relación a circunstancias de lugar, tiempo y modo (SSTS de 28 de mayo de 1981 y 3 de mayo de 1985).

4.3.2. Ocultación del cuerpo, efectos o instrumentos del delito

La segunda modalidad encubridora supone una intervención:

«2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento».

Como ha señalado abundante jurisprudencia —STS de 20 de junio de 1995, por todas—, la palabra «ocultar» ha de interpretarse en su acepción gramatical de esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa; por «efectos del delito» habrá que entender todos aquellos que en el delito encuentren su causa y que sirvan o puedan servir para describirlo.²² Además, la destrucción u ocultación de los

21. «Ni el acusado manifestó tal conocimiento en su colaboración con el transporte de la caja, ni lo ha afirmado tampoco el recurrente en ninguna de sus declaraciones. La Sala «a quo», se limita a recoger en el fundamento jurídico cuarto: «Felipe B.B. responsable de la misma (falta) como encubridor del art. 17.1 del Código Penal ya que colaboró en el aprovechamiento de los efectos ayudando a su autor a transportar y a comerciar con ellos la adquisición de heroína», pero omite toda referencia al conocimiento del hecho punible en el acusado como encubridor y no explicita juicio lógico alguno que le lleve a tal conclusión» (STS de 29 de marzo de 1996, Ponente Sr. Martínez-Pereda).

22. «... por lo que se ha de concluir en el sentido de que la camisa y las ropas manchadas de sangre de la víctima constituyen cuerpo del delito y, en todo caso, efectos del mismo, por lo que su ocultación coincide total y absolutamente con la descripción típica, como así lo entendió, acertadamente, el Tribunal de instancia, constituyendo el elemento objetivo de la figura punible de la que se viene tratando, y no siendo exacto

efectos o instrumento ha de resultar relevante desde el punto de vista jurídico penal,²³ amén de ir dirigida a la consecución del fin perseguido, que no es otro que impedir el descubrimiento del delito, siquiera sea en forma imperfecta.²⁴

4.3.3. Favorecimiento personal

Conforme al apartado 3º del art. 451 CP, esta modalidad se concreta:

«3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes»:

que en la sentencia recurrida no aparezca descrito el elemento subjetivo, como dice el recurrente, en cuanto que si bien en uno de los párrafos de la sentencia se dice que ocultó el cargador de la pistola para evitar fuese descubierto el delito de tenencia ilícita, también se dice en la sentencia, «P. intervino con posterioridad, ocultando las ropas y las toallas utilizadas, ensangrentadas al intentar tapar la herida de Esperanza, así como desprendiendo del cargador de la pistola de común acuerdo con Antonio para impedir que se descubriera la forma en la que habían ocurrido los hechos», por todas cuyas razones procede la desestimación del motivo» (STS de 15 de febrero de 1993, Ponente Sr. García Miguel).

23. De forma que no encarnará la conducta que se describe en el tipo del art. 451.2.º CP, la destrucción u ocultación de medicamentos y prospectos, cuando ninguno de los medicamentos administrados fue el determinante de la muerte de la fallecida (STS de 10 de febrero de 1995).

24. «De los hechos resulta que José, su hermana y su madre sentaron al herido en una silla y le limpiaron y vendaron la mano y luego los tres hombres sacaron a la calle el seguramente ya cadáver y lo trasladaron delante de otro portal a 13 metros del suyo. La sentencia ha razonado que lo primero nada tiene ver con la figura del art. 17 y lo segundo que podría inicialmente haber perseguido el fin de encubrir el hecho, lo pierde al dejar el cuerpo a la vista en la vía pública y tan cerca de su casa que mal podría dificultar su hallazgo y relacionarlo con las casas inmediatas, cuya inclusive, a efectos de investigación policial. Con lo que el hecho no podría lograr los fines del número 2º del art. 17, ni en forma imperfecta cabe calificarlo de ocultación como exige aquella figura. En efecto, no dificultó nada las gestiones de esclarecimiento del delito y su autor» (STS de 27 de diciembre de 1994, Ponente Sr. Carrero Ramos).

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición (art. 581), homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona (art. 485), genocidio (art. 607), rebelión (arts. 472 y ss.), terrorismo (arts. 571 y ss.) u homicidio (arts. 138 y 139).

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas.

Como es de ver, y con las debidas modificaciones, esta modalidad de favorecimiento personal se corresponde con la del número 3.º del art. 17 del Código anterior. Así pues, mantiene plena vigencia su diferencia con las modalidades a que se refieren los ordinales precedentes, no sólo por lo que concierne al contenido exacto de la conducta típica, sino en la medida en que, en las dos modalidades de favorecimiento real, se referían conductas reprochables con carácter general, estos es, independientemente del delito encubierto (que sí tiene incidencia a los efectos del art. 452 CP), mientras que la modalidad de favorecimiento personal se encuentra acotada por dos circunstancias: relación taxativa de delitos o abuso de funciones públicas.

Sin embargo, la existencia de las circunstancias previstas en la norma, en modo alguno deben considerarse como privilegio injustificado o agravio comparativo²⁵ en relación a las conductas de los números 1.º y 2.º, ya que, como advierte M.ª Luisa Cuerda Arnau,²⁶ una consideración tal, olvidaría lo verdaderamente importante, esto es, que lo que debe justificarse es el por qué se castiga una conducta, no la decisión contraria, amen de que tampoco debe olvidarse que en la modalidad

25. Es clásica la cita de Quintano, en el sentido de que podría darse «el caso grotesco de que quien, ocultando al malhechor armado, tuviera que responder como encubridor al ocultar el arma, con arreglo al número 2.º del artículo, quedando impune hacer lo mismo con el autor». Desde una perspectiva actual, para Vidales Rodríguez resulta un despropósito el que «sea atípica la conducta de ocultar al autor de un robo con el fin de impedir su captura, mientras que si el sujeto lleva consigo los efectos o instrumentos del delito, el favorecedor será reo de favorecimiento real, cuando lo cierto es que (-) ambos comportamientos lesionan por igual el bien jurídico Administración de Justicia» —cita extraída de la obra, *Comentarios al Código Penal de 1995* (Vives Antón, coord.), Valencia, 1996, pág. 1904.

26. *Comentarios...*, op. cit., pág. 1905.

encubridora que nos ocupa «*concurren factores humanos que afectan a la posibilidad de exigir siempre y a todas las personas una colaboración con la justicia*»,²⁷ motivo por el que sólo se castiga respecto determinados delitos, muy graves, y, en todo caso, para el que abuse de las funciones públicas.

La conducta típica es de carácter eminentemente activo, y consiste en realizar alguno de los actos de favorecimiento que se incluyen en la norma, de forma que una conducta meramente pasiva no resulta apta para ser reputada como típica, sin perjuicio de que pueda encuadrarse, bien en el quebrantamiento de la obligación de denunciar a que se refiere el art. 259 LECrim., bien en el supuesto del art. 450.2 CP, como así lo ha entendido la jurisprudencia.²⁸

En relación con el delito de terrorismo, cabe señalar la especialidad que supone el delito del art. 576 CP, en el que se castiga cualquier acto de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, y que en su apartado segundo describe algunas conductas típicamente encuadrables como favorecimiento personal (ocultación o traslado de personas) pero que, no obstante, se califican como delito autónomo de la Sección 2.ª del capítulo V, Título XXII, en la medida en que los responsables del delito encubierto sean personas vinculadas a las dichas organizaciones terroristas.

27. Quintero Olivares, op. cit., pág. 1300.

28. «Pues bien, atendiendo al cauce procesal seleccionado por la recurrente, hay que estar al relato de hechos probados que hace la sentencia impugnada: Severino (*), «que se encontraba a cierta distancia, sin mediar en la discusión y sin presenciar los hechos relatados, al oír los disparos se acercó a sus acompañantes, comprobando lo acontecido y, sin denunciar el hecho, se ausentó del lugar en su propio vehículo, yendo hacia su domicilio, donde descendió del coche, dentro del cual quedó Serafin». Es evidente que este comportamiento, no habiendo concierto de voluntades previo, no es delictivo, como señala con acierto el Ministerio Fiscal en su informe, pues no aparecen actos de favorecimiento incluíbles o dignos de encuadrarse, no ya en el número 3 del art. 17 CP 95, sino ni siquiera en el segundo, como se propone ahora por la acusación particular, por lo que el hecho denunciado determinaría la sanción prevista en el art. 259 LECrim. por no haber puesto en conocimiento de la autoridad o de sus agentes lo acaecido, pero no la condición de encubridor de un delito de homicidio» (STS de 17 de febrero de 1995, Ponente Sr. Ruiz Vadillo).

A los efectos previstos en el apartado b) del art. 451.3 CP, «abusar» no es sino usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo; en este caso, la función pública que se detenta. Ninguna duda ofrece el hecho de que el sujeto activo de la conducta reprochable debe ser un funcionario público en los términos a que se contrae el art. 24 CP. De otro lado, resulta obvio que ante un supuesto de favorecimiento personal en que únicamente concurre la circunstancia de abuso de funciones públicas, no resultará de aplicación la agravante del art. 22.7.º CP, posibilidad que sí parece posible aplicar (o al menos, plantearse su aplicación) cuando concurren ambas.

4.4. Penalidad

Con carácter general, el art. 451 CP castiga al encubridor con la pena de prisión de seis meses a tres años. Ahora bien, si en el «favorecimiento personal» ha mediado abuso de funciones públicas, habrá de imponerse al favorecedor —además de la pena de privación de libertad antes referida— la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años, si el delito encubierto fuere de carácter menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, si aquél fuera grave (cfr. el párrafo segundo del art. 54 del Código anterior). Continuando con la punición del encubrimiento, y aún a pesar de que, siguiendo a nuestra jurisprudencia (STS de 8 de febrero de 1991), resulte evidente que «el fundamento de la pena en el encubridor es independiente del fundamento de la del autor», el art. 452 CP evidencia su dependencia con el delito encubierto:

Art. 452 CP:

«En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

Esta previsión no guarda correspondencia concreta con la normativa derogada, ya que el art. 54 del Código anterior establecía de modo lacónico, que *«a los encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo delito»*.

Sea como fuere, el contenido del art. 453 CP relativiza la dependencia señalada respecto del delito encubierto, al afirmar que *«las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté exento de pena»*, reforzando, de este modo, el distinto fundamento de la punición en uno y otro caso.

Finalmente, en el art. 454 CP se contiene una importante exención a cuanto ha quedado dicho:

Art. 454 CP:

«Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1 del artículo 451».

Este precepto se corresponde en un todo con el anterior art. 18, cuyo contenido es idéntico, a salvo la concreción acerca de la situación de hecho asimilada al matrimonio, exigiendo la previsión de presente que la relación de afectividad sea de carácter *«estable»*.

Acercas de la naturaleza jurídica de la denominada *«exención»* se han defendido las más dispares posiciones. Hubo y hay quienes la consideraron como excusa absolutoria (Silvela, Quintano, Bajo Fernández, Luzón Cuesta); como causa de inculpabilidad (Rodríguez Muñoz, Saenz Cantero o Rodríguez Devesa). Para Rodríguez Mourullo, resulta posible reconocer que el anterior art. 18 se inspiraba en la no exigibilidad, y atribuir al mismo tiempo a la exención el carácter de excusa absolutoria. Por su parte, el Tribunal Supremo la ha venido considerando como una excusa absolutoria (SSTS de 2 de julio de 1949 y 27 de enero de 1995). Sin embargo, en alguna

otra ocasión ha merecido la calificación de «causa de inexigibilidad de otra conducta». La STS de 20 de junio de 1995 argumenta en este sentido:

«Por las razones expuestas, los hechos realizados por la procesada Purificación M.G., han de integrarse en una participación en el delito de malversación de caudales públicos cometido por el otro procesado Vicente C. V., cónyuge de aquélla, integrante del encubrimiento del artículo 17.2.º del Código Penal, en el que concurre la causa de exención del artículo 218 del propio texto legal, supuesto legal de la doctrina de inexigibilidad de otra conducta en que los lazos de parentesco impiden la reprochabilidad de quienes así actúan —Sentencias del Tribunal supremo de 24 de febrero de 1976 y 26 de diciembre de 1986—, procediendo la libre absolución del delito de malversación de caudales públicos, de que le acusaba el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado».

4.5. Autoencubrimiento

En relación con el denominado «autoencubrimiento», debe señalarse, con la jurisprudencia que lo ha interpretado, que en términos generales, no hace impunes los ilícitos cometidos para conseguirlo, de forma que «el principio de no exigibilidad de otra conducta», no tiene aplicación como causa genérica de inculpabilidad en nuestro ordenamiento penal, que sólo la admite en casos excepciones y configurada específicamente a través de supuestos tasados, o inserta también en algunos delitos para circunscribir, como elemento negativo, el tipo del injusto, toda vez que la sociedad tiene el poder de exigir la obediencia del Derecho incluso en situaciones difíciles de la vida aun a costa de onerosos sacrificios (STS de 5 de junio de 1995. Ponente Sr. Hernández Hernández). Desde esta perspectiva de excepcionalidad, la STS de 23 de diciembre de 1995, consideró impune la actuación autoencubridora de una procesada, consistente en el ocultamiento de un cadáver, ya que en la sentencia de instancia había sido condenada como encubridora del homicidio que había motivado dicha actuación, autoencubrimiento impune que, por otra parte, también le fue aplicado al autor material del homicidio.

5. Realización arbitraria del propio derecho

Según Fernández García y López Moreno,²⁹ en los pueblos primitivos, las contiendas se solucionaban acudiendo al uso de la fuerza, primero de modo indiscriminado, y en un momento posterior, el más fuerte imponía permanentemente su voluntad a los demás. Posteriormente, la Ley del Talión, autorizaba a ocasionar al ofensor la misma lesión producida por aquél a la víctima que podía renunciar al ejercicio de la venganza mediante una composición, primero voluntaria, y más tarde legal. Asimismo, la Ley *Plautia de vi publica et privata*, negaba la usucapión de las cosas tomadas con violencia y sancionaba la retención y utilización de armas, como no fuese en legítima defensa. Por su parte, la Ley 14 del Título XIV, de la Partida V, aconseja que los hombres demanden sus deudas «*llanamente e sin braveza*». De este modo, nuestros CP de 1822, 1848, 1932, 1944 y 1973 recogieron con diversas alternativas esta figura jurídica.

5.1. Normativa legal y bien jurídico protegido

El art. 455 CP (único precepto que integra el capítulo IV del Título XX), ha venido a ampliar de forma notable el contenido del art. 337 del antiguo Código, que tan sólo contemplaba el supuesto concreto del acreedor que con violencia o intimidación se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella. Este es su tenor literal:

Art. 455 CP:

«1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos».

29. Fernández García, F.M. y López Moreno, J. «Consideraciones sobre el delito de realización arbitraria del propio derecho». *Actualidad Penal* n.º 27, de 30 de junio de 1997, págs. 605 y ss.

Tanto la jurisprudencia (por ejemplo, STS 14 noviembre 1984), como la doctrina (Bajo Fernández y Muñoz Conde), han caracterizado esta conducta como un delito pluriofensivo en el que el bien jurídico protegido es, además de la Administración de Justicia, la libertad, la propiedad o la seguridad. Frente a esta concepción, determinada jurisprudencia, ya clásica, había puesto en duda que el bien jurídico lesionado fuese realmente la Administración de Justicia, «*todavía no interviniente*» o, de forma más clara y ostensible, la libertad y seguridad del afectado, dado que con la realización arbitraria del propio derecho que no se ataca a la Administración de Justicia, sino que, más bien, se prescinde de ella, como comúnmente se dice, «*tomándose la justicia por la mano*», actuando sin su intervención (STS de 1 de febrero de 1971); habiéndose llegado al punto de encuadrar la infracción como «*delito contra la propiedad*», por tratarse de una hipótesis similar a la del robo, si bien atenuada por el menor disvalor de la acción, pero coincidente en el momento consumativo.³⁰ Sin embargo, como ha señalado Vives Antón,³¹ si consideramos que la conducta típica puede estar ausente de cualquier lesión patrimonial (así, el apoderamiento que recae específicamente sobre la cosa debida), parece obvio que el bien jurídico en la realización arbitraria del propio derecho es «*el interés del Estado en monopolizar el uso de la fuerza para resolver los conflictos*», siendo, precisamente, esta resolución de conflictos el cometido básico de la potestad jurisdiccional. De ahí, el estrecho parentesco entre el bien jurídico y la Administración de Justicia.

30. «El delito del art. 337 CP es en realidad, un delito contra la propiedad, pues, aunque se encuentra entre los delitos contra la Administración de Justicia, es evidente que este delito «sin perjuicio de eminentes opiniones contrarias en la doctrina» en modo alguno afecta al ordenado desarrollo de la actividad judicial. Por el contrario, se trata de una hipótesis similar a la del robo que resulta atenuada por el menor disvalor de la acción que se pone de manifiesto cuando el autor persigue el fin de hacerse pago de una deuda pendiente. La significación positiva de esta finalidad debe determinar, como es lógico, una menor desaprobación, pues el orden jurídico desaprueba sólo el medio, pero no el fin perseguido por el autor. De ello se deduce que el momento consumativo no puede ser otro que el del robo, pues el tipo objetivo de ambos delitos coincide totalmente» (STS de 15 de marzo de 1991, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater).

31. Así, en Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit., pág. 1913.

5.2. Elementos del tipo

Sujeto activo del delito lo será la persona que ostenta el derecho para cuyo ejercicio utiliza vías no legales, circunstancia que en modo alguno es obstáculo para que personas extrañas, esto es, no titulares del derecho que arbitrariamente se realiza, puedan ser copartícipes del mismo, ya sea como cooperadores necesarios (art. 28, b CP), ya sea como cómplices (art. 29 CP), siempre y cuando su conducta sea subsumible en la que se describe en el tipo. Por ello, la jurisprudencia no ha estimado vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) en aquellos casos en que los comportamientos de los coacusados son diferentes, siendo perfectamente admisible la condena del titular del derecho, como inductor de un delito del antiguo art. 337 CP, y la del coacusado que ejecuta el encargo propio de la inducción, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación, al probarse la existencia de un exceso notorio en la ejecución del encargo recibido por aquél (STS de 9 de mayo de 1996), y ello, por cuanto la igualdad de la Ley únicamente se vulnera cuando a situaciones idénticas, se reportan consecuencias jurídicas distintas.

La acción típica consiste en realizar un derecho propio, fuera de las vías legales, empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas, esto es, en «tomarse la justicia por su mano». El actuar con ánimo de realizar un derecho propio es un elemento subjetivo del injusto que impide cualquier posibilidad de comisión culposa. Ahora bien, como señala la Sentencia de 14 de noviembre de 1984, si el acreedor estuviera en la racional creencia de hallarse en el ejercicio legítimo de un derecho, habría un error de prohibición.

Aunque la actual previsión ha superado el binomio acreedor/deudor, del que se infería la necesidad de que la deuda fuese lícita, cabe recordar, no obstante, que la exigibilidad de la deuda (hoy, la posibilidad de realizar un derecho propio) debe proceder de modo lícito y ser exigible, y en modo alguno contraria a la ley, la moral y orden público. Así, desde la esfera del derecho privado, resulta evidente que la deuda tiene que ser exigible por previa existencia de una relación jurídica obligacional, requisito que forma parte del tipo (STS de 14 de noviembre de 1984). Además, *«la sola palabra propio derecho está afirmando una situación jurídica, conforme al Derecho positivo y no*

puede haber tal cuando lo pactado no lo es» (STS de 15 de noviembre de 1991).

El Tribunal Supremo considera necesario el previo requerimiento al cumplimiento de la obligación por parte del acreedor al deudor. Así la STS de 4 de diciembre de 1991, señala: «... *ese acometimiento o intimidación para realizar su derecho, exige y necesita de un previo requerimiento, directo y personal, más o menos pacífico aunque después se torne violento*».

De cualquier modo, el problema reside en la amplitud del concepto «*derecho propio*», aun cuando su exclusivo referente no pueda ser otro que el derecho positivo, así público como privado, de carácter originario o derivado (en virtud de instrumentos internacionales eficaces en nuestro país), aunque con exclusión de aquellas admoniciones referidas a derechos más o menos genéricos, que para su efectiva tutela y concreción necesitan de un ulterior desarrollo legislativo. Sea como fuere, la necesidad de actuar «*fuera de las vías legales*» es indiciaria de que el derecho propio debe ser susceptible de tutela, bien por la vía extrajudicial (reclamación particular, conciliación o arbitraje), bien por la jurisdiccional, cualquiera que sea su orden (civil, penal, laboral o contencioso-administrativo).

Sobre los conceptos de «*violencia, intimidación y fuerza en las cosas*», habrá que estar al tratamiento que la jurisprudencia les ha reportado con ocasión de abordar el delito de robo, esencialmente. De esta forma, resulta que la violencia en la conducta del art. 455 CP ha de ser «*propia*», es decir, resultante de la aplicación de la fuerza física, y «*directa*», esto es, ejercida sobre la persona, máxime si consideramos el paralelismo de los conceptos utilizados por el precepto que examinamos y el tipo previsto en el art. 242 CP (robo con violencia o intimidación en las personas). Por lo que respecta al concepto de intimidación (o fuerza moral), la jurisprudencia ha señalado que viene constituida por el anuncio de un mal inmediato, grave, personal y posible, que despierta o inspira en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (SSTS de 24 de septiembre y 27 de octubre de 1986).

En cuanto al concepto de «*fuerza en las cosas*», el actual Código lo ha definido, de forma genérica, como el necesariamente utilizado para

acceder al lugar donde se encuentran las cosas muebles ajenas objeto del robo (art. 237 CP), aunque acto seguido ha venido a concretar cinco circunstancias en las que debe entenderse ejecutado el robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP), circunstancias que, como ha señalado Luzón Cuesta, no coinciden con el concepto gramatical de fuerza. Así las cosas –y ante el hecho evidente de que el concepto no se halla definido normativamente en el precepto que comentamos–, Vives Antón³² se decanta por entender como fuerza en las cosas la que naturalmente se concibe como tal, no siendo preciso que haya de servir para el acceso a lugar cerrado alguno.

5.3. Subtipo agravado

En último lugar, el número 2 del art. 455 CP, manda imponer la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se usaran «*armas u objetos peligrosos*», estableciendo, de esta forma, un subtipo agravado en atención a los objetos empleados en la acción. La jurisprudencia, se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de lo que debe entenderse por armas u objetos peligrosos, revelándose fundamental y decisivo a efectos penales, «*que se erijan en instrumentos idóneos para atemorizar o suscitar pavor o espanto, siéndoles insita una evidente y apreciable peligrosidad, facilitándose así el ilícito propósito perseguido*» (STS de 2 de julio de 1986). Así pues, bajo esta definición, han de quedar comprendidas no sólo las armas de fuego –capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora–, incluidas las no aptas para el uso, pero que son consideradas «*medio peligroso*», sino también las denominadas «*armas blancas*» (cuchillos, puñales, estoques, navajas), así como aquellos otros instrumentos y útiles de trabajo que en un momento dado son destinados a usos no lícitos (destornilladores, martillos), incluidas las jeringuillas (SSTS de 25 de enero, 25 de junio, 11 de noviembre y 10 de diciembre de 1985, 12 de mayo de 1986, y 18 de febrero y 22 de mayo de 1992, entre muchas otras).

32. Ibidem.

Por lo que respecta a un eventual concurso de delitos, ninguna duda ofrece el hecho de que si el arma de fuego tiene la consideración legal de prohibida, o es portada careciendo de las licencias o permisos necesarios, el sujeto incurrirá, además, en las conductas tipificadas para la tenencia (arts. 563 o 564 CP). Asimismo —como señala Luzón Cuesta,³³ con ocasión de tratar el tipo de robo con violencia e intimidación—, el uso de armas u objetos peligrosos se comunica a los copartícipes no portadores, siempre y cuando tuviesen conocimiento de su existencia y empleo (SSTS de 28 de abril de 1987, 12 de febrero, 11 de junio, 2 de julio, y 14 y 20 de octubre de 1988). Fernández García y López Moreno, señalan asimismo la posibilidad de concurso con los delitos de robo, coacciones, usurpación, y con infracciones contra la vida e integridad corporal.

6. Acusación y denuncia falsas y simulación de delitos

«El hielo y la falsedad terminan en el barro.»

(Proverbio inglés).

6.1. Introducción

El Capítulo V del Título XX CP 95, lo integran los arts. 456 y 457, que se corresponden con los antiguos 325 y 338. En cada uno de ellos se presenta una diferente figura delictiva. En efecto, de una parte, el art. 456 CP regula el delito de acusación y denuncia falsas; de otra, el art. 457 CP hace lo propio con la simulación de delitos y denuncia de una infracción penal inexistente, figura ésta de nuevo cuño en nuestro ordenamiento punitivo. A pesar de que ambos tipos penales presentan características que los diferencian, el legislador ha optado por agruparlos en un mismo capítulo, al considerar, quizá, que presentan un mismo denominador común, esto es, la indebida actuación de la auto-

33. Véase, Compendio de derecho penal (Parte Especial), Ed. Dykinson, Madrid 1996, págs. 131

ridad administrativa y/o de los órganos jurisdiccionales como consecuencia de la falsa imputación de la comisión de un hecho punible, bien fingiendo o simulando su perpetración, cuando no denunciando una infracción penal inexistente.

6.2. Acusación y denuncia falsas

Art. 456 CP:

«1. Los que con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal,³⁴ si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.

2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.

3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara un falta

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido».

34. Fernández Espinar, G. «La acusación y denuncia falsas en el marco de los delitos contra la Administración de Justicia». Actualidad Penal n.º 28, de 7 de julio de 1997, págs 629 y ss. Señala el mencionado autor, que con la utilización del término «infracción penal», se ha ampliado el objeto de la acción insita en el tipo objetivo al englobar no sólo, como antaño, la falsa imputación de delitos o faltas de naturaleza pública y por ello perseguibles de oficio, sino, asimismo, los delitos privados y semipúblicos o semiprivados, y las faltas privadas.

6.2.1. Normativa legal y bien jurídico protegido

El art. 456.1 CP castiga a quienes «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación», estableciendo, a continuación, un sistema de penas en función de la mayor o menor entidad jurídico-penal del hecho imputado (delito grave, menos grave y falta). Su tenor, que se corresponde en gran medida con el art. 325 del Código anterior, ha sido sensiblemente depurado. En efecto, la norma de presente concreta notablemente el elemento subjetivo del tipo (el dolo), por cuanto que la acción (la imputación) habrá realizarse «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», de conformidad con la jurisprudencia que había interpretado este elemento intencional, integrado exclusivamente por el dolo que ha de ser específico y con plena conciencia de falsedad por parte del denunciante, de tal forma que el conocimiento propio del dolo debe proyectarse sobre los elementos integrantes de la parte objetiva del tipo (STS de 24 de septiembre de 1992). De otra parte, se recoge en el núm. 2 del art. 456 CP el sentir general acerca de la ambivalencia del auto de archivo (frente al de sobreseimiento) como requisito de procedibilidad, además de la posibilidad que se reconoce al ofendido, en orden a la persecución del delito, con independencia de que el Juez o Tribunal ordene proceder de oficio. En cuanto al bien jurídico protegido, no cabe duda que la acusación y denuncia falsas pertenece a la categoría de delitos «*pluriofensivos*», por lo que además de la Administración de Justicia, también lo será el honor del denunciado o acusado falsamente,³⁵ si bien no existe absoluta coincidencia sobre la concreción y alcance de los bienes tutelados.³⁶

35. «En este caso y antes de resolver el recurso, es procedente hacer una referencia al tema de cuál sea el bien jurídico protegido con el delito de acusación y denuncia falsa, importante para describir la esencia del tipo penal y, pese a su ubicación en el Código, se trata de un delito de los denominados *pluriofensivos*, es decir, de aquellos que protegen al mismo tiempo varios bienes jurídicos, en este caso, probablemente con análoga intensidad, la correcta actuación, el buen hacer de la Administración de Justicia, por una parte, y el honor de la persona afectada, por otro, bienes que se vulneran

6.2.2. Tipo objetivo

- Sujeto activo puede ser cualquier persona que haga la falsa acusación o denuncia, incluidos los funcionarios públicos, posibilidad ésta que conecta con la cuestión relativa al móvil y, consecuentemente, con la constatación del elemento subjetivo del tipo. De cualquier forma, y con independencia de la variada calificación que pueda merecer la conducta de un funcionario público como sujeto activo de este delito, le será de aplicación la agravante del art. 22.7.º CP.

Sujeto pasivo lo será la persona física que hubiese sido falsamente acusada o denunciada, toda vez que «*societas delinquere non potest*».

Como requisitos y notas características de la conducta propia del tipo de acusación y denuncia falsas, cabe destacar las siguientes:

1.º Prescindiendo del elemento intencional, que será examinado más adelante, la acción consiste en imputar o atribuir a otro un hecho punible, un delito o falta, debiendo ser falsa tal imputación, es decir, contraria a la verdad (STS de 23 de septiembre de 1993). Los hechos imputados han de ser concretos (STS de 11 de octubre de 1895), y la imputación debe estar dirigida contra persona determinada (STS de 11 de junio de 1877), aunque no se la designe por su nombre (STS de 20 de octubre de 1971).

2.º La imputación de los hechos ha de ser falsa (bien sea porque los hechos son inexistentes, bien porque el imputado no hubiese participado en ellos). Ahora bien, la necesidad de constatar que la imputación es falsa nos conduce a su vez, a otro problema importante, tal y como destaca la STS de 23 de septiembre de 1993, «*cual es el de determinar a qué verdad se refiere la Ley, si a la verdad objetiva —comparar lo que es con lo que se dice que es en la denuncia o acusación— o a la subjetiva, es decir, lo que el denunciante o acusa-*

con la denuncia o acusación falsa» (STS de 23 de septiembre de 1993, Ponente Sr. Ruiz Vadillo).

36. Palomo del Arco, Andrés. «Acusación y denuncias falsas. Nueva regulación. Examen de estos delitos. Especial referencia a la simulación de delitos dentro de este Capítulo». Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1997, págs. 149 y ss.

dor entendía razonablemente que era», aspecto en el que recobra especial relevancia la problemática acerca de la frontera entre el derecho a la libertad de expresión y de información, de una parte, y el derecho al honor de las personas y a la dignidad de la función pública, de otra. No obstante, si observamos la jurisprudencia sentada con relación al elemento subjetivo, esto es, la intención de faltar a la verdad, parece que en este punto la solución es evidente, debiéndonos decantar por el ámbito subjetivo de lo que ha de reputarse como verdad, ya que «otra solución conduciría a hacer prácticamente inefectivo el derecho a la denuncia como una manifestación muy decisiva del derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta que, en general, en abstracto, el denunciante, cuando hace la correspondiente declaración, casi nunca tiene la certeza de que el hecho que denuncia y, sobre todo, que la participación en él de una determinada persona son ciertas; casi siempre se estará en presencia de probabilidades y no de certezas» (STS de 23 de septiembre de 1993, Ponente Sr. Ruiz Vadillo). En cuanto a la imputación parcialmente falsa, y siguiendo a Muñoz Conde, ningún problema se vislumbra para que pueda y deba encuadrarse en el tipo que nos ocupa, siempre que la parte falsa de los hechos imputados sea constitutiva de delito o falta.

3.º Los hechos, de ser ciertos, constituirían infracción penal, así delito o falta, siendo irrelevante la calificación jurídica que de los mismos pueda realizar el sujeto activo del delito (STS de 22 de octubre de 1974).

4.º La imputación deberá efectuarse ante un funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación. Así pues, y visto nuestro ordenamiento procesal, los medios disponibles no son otros que la denuncia y la querrela (arts. 259 a 269, y 270 a 281 LECrim.); no así la posibilidad de iniciación de oficio del proceso penal (art. 308 LECrim.). De otro lado, cabe recordar que los atestados y las manifestaciones de los funcionarios de policía judicial, que se redactaren a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, sólo tienen la consideración legal de denuncias (art. 297 I LECrim.), siendo reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de esta cuestión (SSTC de 28 de julio de 1981 y 30 de noviembre de 1989. por todas).

6.2.3. Tipo subjetivo

La tradicional conceptualización del presente delito como estrictamente intencional, tanto por la doctrina mayoritaria, como por la jurisprudencia, ha redundado inconcusamente en la exigencia de dolo directo y la identificación de la falsedad como específico elemento subjetivo típico, acompañado de la necesidad de existencia de animus difamandi y perjudicandi, excluyéndose de tal suerte, la posibilidad de comisión y subsiguiente imputación por dolo eventual o condicionado e imprudencia. En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el Tribunal Supremo viene exigiéndole al sujeto activo conciencia de la falsedad, y que la acusación o denuncia la haya hecho con ánimo deliberado de perjudicar,³⁷ por lo que este delito sólo puede atribuirse a título de dolo, siempre y cuando se pruebe o se infiera razonable y razonadamente que el sujeto llevó a cabo su acusación o denuncia con malicia, con conocimiento de la falsedad o con manifiesto desprecio hacia la verdad (STS de 23 de septiembre de 1993). En definitiva, la parte subjetiva del tipo se integra exclusivamente por el dolo, que ha de ser específico y con plena conciencia de falsedad por parte del denunciante, de tal forma que el conocimiento propio del dolo debe proyectarse sobre los elementos integrantes de la parte objetiva del tipo (STS de 24 de septiembre de 1992, Ponente Sr. Móner Muñoz). Por el contrario, no se cometerá este delito cuando el denunciador o acusador actúa provisto de buena fe,³⁸ bien por que estime verdaderos los hechos, ya sea obran-

37. «La falsa imputación de hechos que, a ser ciertos, constituirán delito perseguible de oficio no la determina solamente la no justificación o inexactitud de aquélla, sino también, y muy principalmente, el ánimo deliberado de perjudicar con la denuncia a determinada persona; la plena conciencia en el denunciador de que el hecho imputado es contrario a la verdad; su manifiesto propósito, en fin, de hacer recaer sobre una o más personas, de cuya inocencia está convencido, una acusación que le consta ser notoriamente falsa» (STS de 28 de abril de 1897).

38. «Pese a lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su recurso ciertamente muy fundado, sin embargo, no permite llegar a la conclusión por él pretendida de que la procesada conocía perfectamente lo falaz de su incriminación, pese a lo cual insistió en ella, sino que la denuncia se verificó de buena fe aunque erróneamente, no obrando aquélla con dolo sino con conciencia de la verdad de su imputación, y

do presa de una errónea interpretación.³⁹ En último lugar, cabe mencionar que el móvil suele ser un inequívoco exponente del que inferir el elemento intencional del delito que nos ocupa, habiéndose constatado su comisión como medio para ocultar un delito de lesiones en el curso de un arresto violento, calificado posteriormente como delito de detención ilegal,⁴⁰ o con el propósito de suspender o paralizar el curso de la ejecución civil iniciada,⁴¹ cuando no desvirtuar el desarrollo de un contrato de arrendamiento en sus propios términos (STS de 18 de junio de 1993).

ello le hizo mantener tenazmente su imputación. No puede, pues, mantenerse que se cumple el presupuesto previsto en el primer párrafo del art. 325 del Código Penal, y en consecuencia, no debe ser sancionada la procesada» (STS de 24 de septiembre de 1992).

39. «En este caso el acusado deja constancia de unos hechos que él estimaba contrarios a derecho, posiblemente a su juicio, conformadores de una ilicitud penal y, al actuar así, no quebrantó en absoluto el bien jurídico al que acabamos de hacer referencia, mejor, ninguno de los bienes jurídicos protegidos por el citado art. 325 pues no faltó a la verdad, al menos no lo hizo subjetivamente sino que describió hechos que eran sustancialmente ciertos, lo que se dice sin prejuzgar en absoluto nada de lo que esté o pueda estar «sub iudice» (STS de 23 de septiembre de 1993).

40. «En la presente causa consta en el relato de hechos declarados probados que los recurrentes imputaron falsamente la comisión de unos hechos constitutivos de delito —de atentado—, por lo que se inició un procedimiento judicial que finalizó en auto de sobreseimiento. Pudiendo inferirse el dolo específico, por cuanto que los hechos ocurrieron de forma diferente a como se contiene en el atestado y cuya justificación se encuentra en que de esta forma se pretendía ocultar el comportamiento violento que habían tenido con las personas que presentaron en calidad de detenidas» (STS de 25 de septiembre de 1996, Ponente Sr. De Vega Ruiz).

41. «... la materia y contenido de la acusación, afirmando la sustracción de su despacho de unas cambiales en blanco que habían sido por él entregadas, aceptadas e impagadas y estaban en vías de ejecución, es incomprensible con cualquier alegación de error o sospecha que pudieran excluir aquella conciencia de la incerteza de la acusación formulada. Por lo que es evidente que quien acude a ejercitar una acción penal en forma de querrela, cuyo hecho acusa a los querellados de actos delictivos que por su propia naturaleza debe conocerse y se conoce que no son ciertos, y guiado por el propósito de obtener un efecto procesal suspensivo de un ejecutivo en curso, está actuando con el dolo propio de delito de acusación y denuncia falsa previsto en el art. 325 del CP, por el que fue penado el recurrente» (STS de 20 de enero de 1993, Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro).

6.2.4. Requisitos de procedibilidad

En el apartado núm. 2 del art. 456 CP se establece un requisito para la perseguibilidad del delito de acusación y denuncia falsas, al disponer, que *«no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada»*.

Como es sabido, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1983, quedaron resueltas las dudas suscitadas respecto al sobreseimiento, al declarar que el auto de sobreseimiento puede ser libre o provisional,⁴² siendo también que el Tribunal Supremo había considerado de naturaleza única tanto al auto de archivo como al de sobreseimiento, ya que ambos constituyen decisiones judiciales que ponen fin a la causa, sin que, por tanto, tenga trascendencia la distinta terminología empleada por nuestra LECrim. (v.g.: arts. 789.5.1.º y 790.3), dado que *«el archivo es, en todo caso, la consecuencia de un sobreseimiento, toda vez que una causa criminal no se puede interrumpir sin una decisión relativa al carácter no delictivo del hecho o a la insuficiencia de las pruebas para demostrarlo»* (STS de 18 de junio de 1993, Ponente Sr. Bacigalupo). Pues bien, resulta evidente que las circunstancias antes referidas se encuentran perfectamente incorporadas a la norma de presente, ya sea en orden a una mejor tutela efectiva de los derechos fundamentales, ya en la recta aplicación de la Ley. Finalmente, el mismo art. 456.2 CP dispone que el Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada *«mandará proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la cau-*

42. «En materia de derechos fundamentales, como reiteradamente ha señalado este T.C., la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos, lo que conduce en este caso a la conclusión de que el auto firme de sobreseimiento corresponde tanto al de carácter definitivo como al provisional, pues firmes formalmente son los autos de sobreseimiento, cuando ya no procede contra ellos recurso alguno («). De no darse esta interpretación resultaría que el auto de sobreseimiento provisional vendría a impedir el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, por lo que sería incompatible con la misma, al impedir al recurrente el ejercicio del mencionado derecho fundamental frente a acusaciones que califica de falsas» (STC de 6 de mayo de 1983).

sa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido». Así pues, una vez alcance firmeza la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento –provisional o definitivo–, o el auto de archivo, podrá el ofendido ejercitar las acciones que estime pertinentes, haya acordado o no el órgano proceder de oficio. Entendemos, con Vives Antón, que cualquier interpretación que vincule el ejercicio de la acción penal del ofendido por el delito a un eventual mandato por parte del Juez o Tribunal, resultaría incompatible con el contenido del art. 24.1 CE, por venir a obstaculizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

6.2.5. Penalidad

Como se señaló al inicio de este comentario, el art. 456.1 CP dispone una penalidad gradual, en función del mayor o menor contenido penal de la falsa imputación, distinguiendo entre la imputación de un delito grave, menos grave o mera falta, por lo que, para su concreción, cabrá que acudir a los arts. 13 y 33 CP. Sea como fuere, estas son las sanciones que el precepto establece:

- a) Prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave;
- b) Multa de doce a veinticuatro meses, si se imputare un delito menos grave; y
- c) Multa de tres a seis meses, si lo imputado fuera una falta.

Como es de ver, la actual redacción mejora el régimen sancionatorio del anterior art. 325 CP, que sólo distinguía entre la falsa imputación de un delito o falta. Sin embargo, cabe destacar el paralelismo que el legislador ha procurado entre la penalidad de la acusación y denuncia falsas (art. 456 CP) y la calumnia (arts. 205 y 206 CP), que no deja de resultar ciertamente paradójico, ya que si bien es cierto que ambas figuras delictivas comparten en su esencia la imputación de un hecho delictivo, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, también lo es que atienden a la protección de distintos bienes y valores, quedando el tipo de calumnia en la exclusiva esfera pri-

vada, tal y como se evidencia por el requisito de perseguibilidad exigido en el art. 215 CP.

6.2.6. Problemas concursales

Cuando en una misma denuncia se imputan falsamente varios delitos a una misma persona, integra un sólo delito (Córdoba Roda); pero la solución no es tan evidente en el supuesto de que en una única denuncia se atribuya un delito a varias personas; dada la ubicación de la norma y la mayor relevancia del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, en la que los bienes individuales en juego, determinará que nos encontremos ante un sólo delito de acusación y denuncia falsa (STS de 17 de diciembre de 1992). Sin embargo, los principales problemas concursales viene determinados por su parentesco con otras figuras delictivas como la calumnia, la falsedad documental, el falso testimonio, la simulación, la detención ilegal, o el encubrimiento.

6.3. Simulación de delitos

6.3.1. Normativa legal y bien jurídico protegido

Art. 457 CP:

«El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simularse ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una inexistente, provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses».

El precepto transcrito, que se corresponde con el art. 338 del Código anterior, presenta la novedad consistente en ampliar la conducta punible a la denuncia de una infracción penal inexistente, posibilidad no incluida en las descritas por el tipo del art. 456 CP, habida cuenta la necesidad de que esa acusación o denuncia falsas se impute a persona determinada, de modo que cuando la denuncia de una infracción penal inexistente señale a sujeto determinado no nos encontraremos ante el supuesto de hecho previsto en el art. 457 CP, sino en el del art. 456 CP.

De otra parte, cabe advertir que la rúbrica del tipo no se corresponde con la conducta reprochable, toda vez que la simulación lo puede ser tanto de un delito como de una falta, pues ambas quedan comprendidas en el concepto de «*infracción penal*». En cuanto al bien jurídico protegido, es el regular funcionamiento de la Administración de Justicia, de forma que la inclusión de este delito en el Código no pretende sino evitar actuaciones inadecuadas o inútiles.⁴³

6.3.2. Elementos del tipo

Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluidos los funcionarios públicos o las autoridades a que se refiere el art. 24 CP, siempre y cuando concurren los demás requisitos esenciales relativos a la comisión del ilícito penal, y sin perjuicio de estimar la concurrencia de la agravante 7.º del art. 22 CP. En cuanto al sujeto pasivo, la jurisprudencia ha señalado «*que sólo puede serlo el Estado, y más concretamente, la Administración de justicia*» (STS de 18 de febrero de 1989, Ponente Sr. García Ancos).

La acción típica consiste en fingir ser responsable (arts. 27 a 31 CP) o víctima de una infracción penal (delito o falta) o denunciar una inexistente. En todo caso, el elemento intencional —dolo específico, en los términos ya expuestos para la acusación y denuncia falsas— exige que la simulación, fingimiento, o denuncia de delito inexistente, se realice a sabiendas de que es medio idóneo para provocar la actuación procesal a que va dirigida la acción típica, conectando, de esta forma, con la finalidad u objetivo (móvil) perseguido por el sujeto activo que, por lo general, no será otro que ocultar o dificultar el curso de una investigación policial o judicial contra su persona,⁴⁴ o también responsabilizarse

43. «La necesidad de evitar que no se distraiga inútilmente ni perturbe la actividad de aquellos funcionarios que tienen a su cargo la persecución y el castigo de los verdaderos delinquentes, fue indudablemente la razón que inspiró la inclusión en el vigente Código Penal, en su artículo 338, de esta nueva figura delictiva, o sea la simulación de delito» (STS de 10 de diciembre de 1954).

44. «El normal funcionamiento de la Administración de Justicia, que constituye el bien jurídico protegido con esta figura delictiva, ha sido quebrantado, provocando actuaciones judiciales inútiles, salvo para el turbio fin que perseguía el recurrente cual era

de un hecho delictivo que no ha cometido, con la finalidad de exculpar a su auténtico autor.

De otra parte, debe advertirse que cuando el delito que se presume simulado, ha sido sentenciado y juzgado como tal delito, habiendo ganado firmeza la resolución que así lo declara, no será posible la perseguibilidad del tipo de simulación hasta tanto no conste revisada la sentencia anterior, ya que, en otro caso, *«el Tribunal que dictara la sentencia por la simulación del delito establecido en una sentencia anterior y firme se arrogaría facultades de revisión que no le corresponden, pues carece de competencia para desconocer lo establecido en la primera sentencia»* (STS de 22 de marzo de 1994, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater).

Pero, para que exista el delito, deberán cumplirse, además, estos dos requisitos:

A) Que se realice ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación. Con la remisión que se efectúa, *«alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior»* (esto es, al art. 456 CP), la previsión de presente ha actualizado, a la vez que ampliado, el término de *«Autoridad competente»*, demasiado equívoco por su generalidad, por más que la jurisprudencia lo hubiese concretado por exclusión.⁴⁵ Y es que, como magníficamente ha señalado el Tribunal Supremo: *«la circunstancia de que el delito del art. 338 CP proteja la administración de justicia no permite deducir de ello que el hecho se incrimina sólo cuando es ejecutado ante jueces, fiscales y tribunales, es decir, que sólo éstos son «autoridad competente» en el sentido de aquella disposición. En efecto, la administración de justicia se*

ocultar o dificultar la investigación que se estaba verificando sobre la indebida disposición realizada respecto de parte del dinero que había recibido como Recaudador del Ayuntamiento de la Unión» (STS de 24 de enero de 1994).

45. «La tipicidad delictiva de la simulación de delito descansa en dos presupuestos recogidos en el mismo precepto penal que se supone infringido; que la auto-acusación se haga ante Autoridad competente, no ante agentes de Policía o Guardia Civil, según tiene declarado esta Sala, y que esa simulación de delito vaya seguida o motive como dice el Código, una actuación procesal; presupuesto el primero, básico del delito, que no se da en el caso contemplado» (STS de 6 de octubre de 1969).

vería inexplicablemente desprotegida si se permitiera la realización de acciones con capacidad para repercutir en su actividad específica, simplemente por haber sido realizadas ante funcionarios ajenos al Poder Judicial en sentido estricto. Por el contrario, la administración de justicia se debe proteger funcionalmente también en aquellas zonas marginales en las que puede tener lugar un procedimiento judicial, toda vez que la policía judicial es también, en este sentido, una autoridad de persecución del delito dependiente, a estos efectos, de los jueces y magistrados (cfr. art. 282 LECrim.)» (STS de 17 de mayo de 1993, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater).

b) Que motive actuaciones procesales. En relación con este requisito conviene realizar dos precisiones:

1.º Por actuación procesal deberá entenderse la llevada a cabo por órganos jurisdiccionales exclusivamente, de forma que no merecerán dicho calificativo ni las efectuadas por la Policía Judicial o Guardia Civil (STS de 20 de septiembre de 1991), ni tampoco las investigaciones previas del Ministerio Fiscal (art. 5 EOMF), pues su práctica no se produce en el seno de un proceso judicial y por autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales (cfr. arts. 117 y 124 CE). Además, en opinión de Mora Alarcón, tampoco las denominadas «diligencias indeterminadas» pueden ser consideradas como actuaciones procesales.⁴⁶ Sea como fuere, especial consideración merece la previsión contenida en el art. 789.3 LECrim. que —en sede del Procedimiento Penal Abreviado— auspicia la posibilidad de formular acusación con fundamento exclusivo en las diligencias practicadas por la Policía Judicial, habida cuenta que sólo en el caso de no estimarlas suficientes, el Juez «practicará por sí» aquellas que estime necesarias, encaminadas siempre a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas intervinientes y órgano competente para el enjuiciamiento. A la luz de una previsión de estas características, no parece descabellado que pueda considerarse como «actuación procesal», aquella que no siéndolo en origen, justifique por sí misma el contenido de la acusación, sin otra actuación jurisdiccional que la mera valoración acerca de su suficiencia, a los efectos que dispone el invocado precepto.

46. Véase, Mora Alarcón, J.A., Suma de Derecho Penal, Parte General y Especial, Madrid, 1996, pág. 629.

2.ª Alguna jurisprudencia (STS de 17 de mayo de 1993) y parte de la doctrina (Rodríguez Mourullo), entienden que el ocasionar una actuación procesal es el resultado del delito de simulación que nos ocupa y, por ello, admiten las formas imperfectas en su ejecución. Por contra, Vives Antón ha considerado que se trata de una condición objetiva de punibilidad y, en consecuencia, niega la posibilidad de castigo para la ejecución imperfecta. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, de forma reiterada, ha venido exigiendo, para la consumación del delito que nos ocupa, que se haya practicado actuación procesal (STS de 15 de marzo de 1958), sin que, por lo tanto, quepa la tentativa ni la frustración (STS de 31 de octubre de 1973). Sin embargo, la cuestión no está lejos de encontrarse resuelta vistos los argumentos de la STS de 17 de mayo de 1993, inicialmente apuntada, y que a continuación transcribimos en atención a la doctrina que sienta:

«La segunda cuestión que aquí se presenta concierne al significado de la «motivación de una actuación procesal», que requiere el art. 338 CP. Es sabido que («) ocasionalmente se ha sostenido que se trata de una condición objetiva de punibilidad. Este punto de vista tendría por consecuencia que el tipo penal quedaría reducido a la pura actividad de realizar la denuncia del delito simulado, lo que impediría, a quienes piensan que los delitos de estas características excluyen la tentativa, reprimir el simple intento de denuncia de delito simulado. Dicho de otra manera: la acción de denunciar un delito simulado sería ya constitutiva de toda la ilicitud y sólo resultaría punible si se producen actuaciones procesales. En el presente caso, este punto de vista determinaría la absolución del procesado. En efecto, si la «motivación de actuación procesal» fuera una condición de punibilidad, en el caso que ahora se juzga no se habría producido y, en consecuencia, el hecho, aunque típico, antijurídico y culpable, no resultaría punible...

Pero, la única razón que podría fundamentar la tesis de la condición objetiva de punibilidad en este delito se vincula con una cierta «interrupción de la causalidad», entre la acción (denuncia) y el resultado (la actuación procesal), producida por la necesaria intervención de la autoridad que debe ordenar la actuación. Si este punto de vista se aceptara, con la generalidad que refleja dicha argumentación es indudable que la disposición patrimonial en la estafa (art. 528 CP) se debería considerar una condición objetiva de punibilidad de la estafa y la ejecución del hecho por el inducido, una condición de punibilidad de la inducción. Pero, el propio derecho positivo desautoriza tales puntos de vista, dado que nadie ha propuesto que la estafa sea considerada un delito de pura ac-

tividad sometido a una condición de punibilidad, y el propio texto de la ley sanciona en la provocación sin éxito (art. 4, II CP) que, en verdad, es una inducción tentada o frustrada...

Consecuentemente, nada se opone a que la actuación procesal que debe haber motivado la denuncia del delito simulado sea considerada como el resultado de la acción. Esta tesis se ve apoyada, por lo demás, por razones materiales, que, en última instancia, son las que deben decidir sobre esta cuestión. En este sentido resulta claramente comprensible que la necesidad político criminal de la pena de este delito no depende de que se haya producido o no actuaciones procesales, pues el peligro de que éstas tengan lugar tiene ya relevancia social suficiente como para atacar la confianza en la vigencia de la norma. Por lo tanto, el legislador no ha tenido ninguna razón para condicionar la punibilidad a la producción de actuaciones procesales y renunciar, por consiguiente, a la punibilidad de la tentativa y la frustración (coincidentemente SSTs 2-5-1970 y 31-10-1973) en el art. 338 CP»

STS de 17 de mayo de 1993. Ponente Sr. Bacigalupo Zapater.⁴⁷

Sin perjuicio de lo anterior, habrá de considerarse intrascendente a los efectos de la concurrencia o no del requisito que examinamos, el hecho de que la denuncia que motiva las actuaciones procesales sea presentada por persona distinta al sujeto activo (por ejemplo, una empleada de éste), siempre que —realizada la conducta típica de simulación o fingimiento— ratifique los hechos ante la policía encargada de su investigación, o ante el Juzgado que haya incoado el procedimiento para la averiguación de los hechos, y ni decir tiene que mucho menos trascendente será el hecho de la denuncia de propia mano cuando se llegue al punto que se haya ofrecido el procedimiento al simulador (arts. 109 y 110 LECrim.), como consecuencia, precisamente, de la actuación judicial por él generada.⁴⁸

47. Obviamente, todas las referencias que la sentencia hace a artículos concretos del Código Penal lo son en relación con el derogado.

48. «A estos efectos, resulta intrascendente que el atestado policial se hubiese incoado por la información suministrada por la empleada a la Guardia Civil. Es el recu-

6.3.3. Penalidad y concurso de delitos

Por lo que respecta a la penalidad, no se ha mantenido el paralelismo existente entre los anteriores arts. 338 y 325, en la medida que el primero sustituía la pena privativa de libertad por la inmediatamente inferior en grado, pero manteniendo la cuantía de la multa, todo ello en referencia con la señalada para el supuesto de falsa imputación de un delito grave.⁴⁹ La norma de presente castiga el delito de simulación con la pena de multa de seis a doce meses, pena de carácter menos grave a tenor del art. 33.3 CP. Por último, y en materia de concurso de delitos, cabe distinguir las siguientes posibilidades:

a) Si la simulación de ser víctima o la denuncia de un delito o falta inexistentes van acompañados de imputación, aquéllos quedan desplazados por la acusación o denuncia falsa (art. 456 CP).

b) Cuando la simulación se aprovecha como medio para cometer otro delito, será de aplicación el art. 77 CP, que establece reglas específicas para al concurso medial.

c) Si, por el contrario, es utilizada para ocultar un delito ya cometido, será de aplicación el art. 73 CP, como norma que establece la regla general en la penalidad de los concursos.

rrente el que con su denuncia y ratificación ante la autoridad policial provoca la actuación procesal en el Juzgado de Instrucción, en el que igualmente se ratifica. En todo caso, la simulación del delito se produce cuando se llevan a cabo determinados actos que se sabe, y a ellos destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente judicial, incoándose las correspondientes diligencias procesales, como sucedió en este caso, fingiendo, a sabiendas, de modo idóneo, ser víctima de un presunto hecho delictivo, en detrimento del buen servicio de la Administración de Justicia, al provocar una instrucción judicial que no debía haber nacido» (STS de 24 de enero de 1994, Ponente Sr. Granados Pérez).

49. El art. 338 del Código anterior castigaba la simulación de delitos con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, mientras que el art. 325 del mismo Cuerpo legal, fijaba en su art. 325, apartado 1.º, la de prisión menor y multa en cuantía idéntica a la anteriormente referida.

7. Falso testimonio

«Aleja la falsedad de tus labios, para que tus ojos puedan mirar de frente.»

(Biblia, Proverbios).

Art. 458 CP:

«El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realiza en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero».

7.1. Introducción y modalidades

El deber constitucional de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) lleva consigo como rasgo fundamental el de la objetividad de quienes participan en el mismo en calidad testigos, peritos o intérpretes. Sin embargo, la desconfianza generalizada de los Tribunales de Justicia en la fiabilidad de la prueba testifical, se ha traducido en muchos casos en la ineficacia a efectos probatorios de las declaraciones de los testigos. La pérdida de confianza del ciudadano en la maquinaria «jurisdiccional», el sentimiento de su ineficacia, las prácticas habituales de las partes o de su Abogados para «preparar la espontaneidad de los testigos», han determinado junto a otros factores, que se venga reclamando una menor indulgencia judicial

hacia el falso testimonio.⁵⁰ Buena prueba de la preocupación del legislador por esta exigencia de veracidad lo constituye el Capítulo VI del Título XX del Código Penal (*«Del falso testimonio»*) o, también, la «Ley de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales» (L.O. 19/1994, de 23 de diciembre). Visto desde esta perspectiva, el falso testimonio se configura como un delito contra la Administración de Justicia, y concretamente –apunta Muñoz Conde– contra la pureza de la fase probatoria en un proceso judicial. No es, en ningún caso, un delito contra las partes. La nueva regulación dada al falso testimonio (arts. 458 a 462 CP) ha conseguido, en primer término, unificar en el art. 458 (falso testimonio de testigo) la farragosa estructura que componían los antiguos arts. 326, 327, 328 y 329. Por su parte, el art. 459 CP hace extensivas, pero agravándolas, las penas del art. 458 a los peritos e intérpretes. De un modo bastante similar al art. 332 del anterior Código, el actual art. 460 CP recoge un tipo atenuado para las alteraciones no substanciales de la verdad. Por lo que respecta al art. 461 CP, éste encuentra sus precedentes en los arts. 333, 304 y 307 del derogado Código y criminaliza la conducta de quienes presentan testigos, peritos, intérpretes o elementos documentales falsos. Para cerrar el capítulo, el art. 462 introduce la excusa absolutoria de retractación.

7.2. Falso testimonio de testigo

El nuevo art. 458 CP contempla un tipo básico; dos supuestos de agravación dependientes entre sí; y, por último, una extensión de las conductas punibles al ámbito de los Tribunales Internacionales y extranjeros.

El tipo básico –válido para cualquier tipo de proceso judicial–⁵¹ se encuentra en el apartado número 1 del aludido artículo:

50. Viera Morante. Francisco Javier. *«El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código Penal de 1995 e influencia de la Ley del Tribunal del Jurado»*. Cuadernos de Derecho Judicial IV 1997, págs. 235 y ss.

51. Ya sea un proceso civil, penal, contencioso administrativo o laboral, pero no para los denominados expedientes de jurisdicción voluntaria de los arts. 1811 LECiv., dada la inexistencia de una auténtica contienda entre partes (cfr. art. 1817 LECiv.).

«El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses».

Indudablemente, sujeto activo sólo pueden serlo los testigos. Y «testigo» debe ser considerado toda persona física, ajena al proceso, que presta declaración sobre hechos pasados que conoce por haberlos percibido directamente, o por habérselos relatado otra persona.⁵² Sobre la prueba de testigos versan, de un lado, los arts. 637 y ss. LECiv. y, de otro, los arts. 410 y ss. y 701 y ss. LECrim. Entre los preceptos señalados se encuentran matizaciones a la obligación general de comparecer ante el órgano judicial (cfr. arts. 655 y 656 LECiv., art. 400 LOPJ y arts. 412, 419, 702, 703 y 718 LECrim.) y, lo que es más importante, exoneraciones del deber de declarar (cfr. arts. 437.2 y 438.2 LOPJ y arts. 411, 416, 417, 418 y 707 LECrim.). También vale la pena recordar que en el proceso penal resulta indispensable la reproducción en el juicio oral de la prueba testifical (véanse, no obstante, los arts. 448, 449 y 790.5.º LECrim. sobre la prueba testifical anticipada, así como el art. 730 LECrim. como vehículo para su acceso al juicio como prueba reconstituida). Acerca de la intervención de los Jueces y Magistrados y de los representantes del Ministerio Fiscal como testigos en el proceso, se debe tener en cuenta que, para los primeros, el art. 219.5.º LOPJ la recoge como una causa de abstención o de recusación y que el art. 96 LECrim., en relación con el art. 54.4.º, obliga a los últimos a abstenerse de intervenir en los actos judiciales en tal supuesto (véase también el art. 28 EOMF).

Pues bien, a todo ello ha de añadirse, desde un punto de vista más general, que el derecho a no declarar contra sí mismo reconocido en el art. 24.2 CE dispensa a cualquier persona de realizar manifestaciones que puedan incriminarle.⁵³

52. El art. 649. II LECiv. exige al testigo que en cada una de las contestaciones exprese «la razón de ciencia de su dicho» y, por otra parte, el art. 710 LECrim. dispone que «los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado».

53. «... la conducta de los acusados no es sancionable penalmente, pues para que el testimonio inveraz causado en fase -preprocesal- (o sumarial), pueda merecer el repro-

No pueden ser testigos, y por tanto sujetos activos del delito, las partes acusadas (STS de 23 de diciembre de 1.980). En cambio, en opinión de Moreno Catena, sí se coloca en la «*órbita de los testigos*»⁵⁴ el acusador-ofendido; es más, la utilización del testimonio de la víctima, aun cuando sea el único, puede ser hábil para desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia.⁵⁵

La acción consiste en prestar deliberadamente una declaración falsa en un proceso judicial. La contradicción debe darse entre lo declarado por el testigo y los hechos de los que ha tenido conocimiento previo. Así pues, el aserto debe ser conscientemente falso o, como ya destacó la STS de 3 febrero 1967, «*el falso testimonio requiere la intención maliciosa de faltar a la verdad*». Se trata, en definitiva, de un delito que únicamente puede ser perpetrado por dolo directo y que no requiere un especial elemento subjetivo de la autoría diverso del dolo» (STS de 5 de junio de 1995, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater). A pesar de lo cual, se ha mantenido por cierto sector doctrinal, que el juicio sobre la veracidad de la declaración es un juicio objetivo que debe realizarse con un criterio objetivo también, a saber: la comparación entre lo declarado y

che punitivo es condición «sine qua non» que la mendacidad sea vertida en el solemne acto de plenario, como se deriva de lo prevenido en el art. 715 de la Ley ritaria criminal citada, y cuando los encartados comparecieron ante el Tribunal Provincial, no lo hicieron como testigos y sí como acusados y, por ello, amparados por el derecho constitucional, recogido en el art. 24.2 de la Carta Magna, de «no declarar contra sí mismos» ni de «confesarse culpables» (STS de 5 de junio de 1995, Ponente Sr. Hernández Hernández).

54. Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, Derecho Procesal Penal, Madrid, 1996, p. 400.

55. «Para que pueda ser utilizado en este sentido es necesario que concurren las siguientes notas: 1.º) Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones procesado-víctima o denunciante que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad o de otra índole que privase al testimonio de la aptitud necesaria para generar ese estado subjetivo de certidumbre que es necesario exigir a la convicción judicial; 2.º) Verosimilitud del testimonio, que nos es propiamente tal, en cuanto la víctima puede mostrarse parte en el procedimiento, por lo que ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo, que lo doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo fundamental es la constatación de la real existencia de un hecho; 3.º) Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones» (STS de 23 de marzo de 1997, Ponente Sr. Martín Pallín).

la realidad. En cualquier caso, la falsa declaración ha de resultar trascendente a los fines de la acción punible perseguida, de modo que no existirá falso testimonio cuando las frases o conceptos vertidos no pasen de ser «*meras manifestaciones que, verídicas o no, son carentes de objetividad procesal*» (STS de 29 de marzo de 1954). En el mismo sentido, apunta el art. 421 LECrim. al referirse a quienes «*supieren hechos o circunstancias o poseyeren datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente*».

En el número 2 del art. 458 CP, se establece una agravación (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses) para el caso de que «*el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito*»; supuesto éste para el que también se prevé la posibilidad de una agravación más: «*si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado*». Lógicamente, en este último caso, deberá ser en la propia motivación de la sentencia donde se muestre de forma evidente la relación causal entre el falso testimonio y el fallo condenatorio.⁵⁶

Según dispone el art. 458.3 CP, iguales penas se impondrán a los testigos que presten falso testimonio en cualquiera de estas dos situaciones:

a) Ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española,⁵⁷ ejerzan competencias derivadas de ella.

b) Al declarar ante un órgano jurisdiccional español en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.

Por último, no debe olvidarse que con la STC de 30 de septiembre de 1985, ha desaparecido el antiguo criterio jurisprudencial que exigía, como requisito de perseguibilidad de los delitos de falso testimonio, la previa autorización del Juez o Tribunal ante el que se prestó la declaración presuntamente falsa, ya que con tal exigencia se «*vulnera el*

56. Téngase en cuenta que el art. 120 CE impone a Jueces y Magistrados la obligación de motivar las sentencias y que en el art. 9 de la misma se proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

57. Arts. 93 a 96 CE.

derecho fundamental a una tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE, que no puede verse trabado por decisiones judiciales no apoyadas en normas legales».

7.3. Falso testimonio de peritos e intérpretes

Art. 459 CP:

«Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años»

A tenor de lo dispuesto en el art. 459 CP, además de ser castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años, se impondrán las penas previstas en el art. 458, en su mitad superior, a *«los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción»*. Sujetos activos de este delito sólo pueden ser, pues, los peritos o los intérpretes. «Perito» es la persona poseedora de conocimientos científicos, artísticos o prácticos y que los aporta al proceso con la finalidad de ilustrar al Juez.⁵⁸ El «intérprete» es un auxiliar del órgano judicial que traduce de una lengua a otra el texto de un documento o las manifestaciones orales realizadas por las partes, peritos o testigos.⁵⁹ En cualquier caso, para que exista falso testimonio, se exige que la pericia o la obra del traductor hayan sido elaboradas dolosamente. Sin embargo, vale la pena recordar que por los daños y perjuicios derivados de la actuación culposa o negligente sí existirá una responsabilidad extracontractual del art. 1902 C.Civ. «La dificultad de este precepto —afirma Quintero Olivares—, en cuanto a su aplicación, es superior a la que

58. La jurisprudencia ha hecho hincapié en la inadmisibilidad de informes periciales sobre materias que sean conocidas por el común de las gentes, así como en materias jurídicas (cfr. STS. de 29 de abril de 1982).

59. Sobre la utilización de la lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma en las actuaciones judiciales y en los documentos, véase el art. 231 LOPJ.

reviste el falso testimonio común, toda vez que la detección de la falsedad resultará difícil en muchos casos, al requerir a su vez conocimientos técnicos para poder apreciar esa falsedad, que comenzará a partir de la línea que separa lo científica o pericialmente opinable de lo que es insostenible bajo cualquier óptica». Pensamos, sin embargo, que menos dificultades se presentarán cuando la conducta consista en la omisión u ocultación maliciosa de determinados datos que necesariamente deberían figurar en el dictamen.⁶⁰

7.4. Alteración no sustancial de la verdad

El art. 460 CP contiene un tipo atenuado muy similar al del antiguo art. 332, al que amplía en dos ámbitos: en el de los posibles sujetos activos (incluyendo a los intérpretes) y en el de las posibles conductas (añadiendo el «silenciamiento» de hechos o datos relevantes). Establece el art. 460 CP:

Art. 460 CP:

«Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años».

De la expresión legal parece desprenderse que ha de tratarse de una declaración esencialmente verdadera, pero acompañada de ciertas reticencias, inexactitudes u omisiones tendentes a crear en el Juez una duda o una errónea opinión. Por lo tanto, como bien señala Vives An-

60. «... pues no se ha considerado falsedad penal una desacertada opinión científica. Lo que se ha reputado falsedad, es la censurable, y según la sentencia impugnada, intencionada falta de verdad en la constatación de las bases fácticas sobre las que la opinión científica se emite. Omitir el estado de los árboles, o si estaban sometidos a cultivo o producción, o si estos estaban, no es materia opinable o discutible, sino ocultación de lo que era esencial para la emisión del informe» (STS de 25 de mayo de 1992, Ponente Sr. Mórner Muñoz).

tón, deben quedar impunes las alteraciones de la verdad que no afecten al correcto desenvolvimiento del proceso. Sujetos activos de este tipo atenuado pueden serlo los testigos, peritos o intérpretes.

7.5. Presentación de testigos, peritos, intérpretes o elementos documentales falsos

Según dispone el CP:

Art. 461 CP:

«1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

2. La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior

3. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años».

Este precepto se corresponde, en cierta medida, con las previsiones contenidas en los arts. 304, 307 y 333 del Código anterior, referidos, los dos primeros, a la presentación en juicio de documentos falsos, mientras que el último, de forma lacónica, establecía que, *«el que presentare a sabiendas testigos falsos en juicio, será castigado como reo de falso testimonio»*. Como es de ver, la normativa de presente ha unificado, a la vez que ha aumentado la conducta típica, que ahora comprende no sólo la presentación de testigos falsos, sino también la de peritos, intérpretes y elementos documentales, entendidos estos, no sólo como documentos en su sentido más clásico, sino como aquel soporte distinto del papel, pero con aptitud de contener y reproducir texto, imagen, sonido, código binario, etc. Con todo, conviene deslindar las previsiones contenidas en cada uno de los tres apartados de la norma.

A) Será sujeto activo de la conducta descrita en el apartado primero, la persona o personas que efectivamente puedan presentar —proponer— alguno de los medios probatorios torcidos a que se hace mención, es decir, la parte o partes en un proceso jurisdiccional, incluidas las eventuales o no necesarias; concepto de parte material que comprende tanto a la persona física, como a la jurídica, si bien, por lo que afecta a esta última, la autoría recaerá sobre la persona o personas que legalmente las representen (así, administrador, factor mercantil, etc.), dada la referencia específica del apartado tercero, cuando el delito es cometido por los profesionales que tienen encomendada la representación y defensa de las partes en el proceso.

Por lo que respecta a la punición de esta figura delictiva, además de la presentación del testigo, perito o intérprete, es necesario que se lleve a cabo su práctica, ya que al decir de Vives Antón, «*estamos ante una forma de participación elevada a delito independiente*» (STS de 25 de septiembre de 1974).

B) En cuanto a la conducta que se describe en el apartado segundo, y con Quintero Olivares,⁶¹ cabe distinguir dos posibilidades:

1.º Presentación por el falsificador. En este caso no se produce un concurso de leyes, sino un concurso de delitos, estableciéndose, en orden a su punición, que se castigará con la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior; así pues, habrá que atender a la condición del documento falsificado (arts. 392 y 395 CP).

2.º Presentación del documento por persona que no ha intervenido en la falsificación. En este caso sí parece que exista un claro concurso de leyes, a la vista de la previsión que nos ocupa y las contenidas en los arts. 393 y 396 CP; concurso que habrá que resolver a favor del tipo del art. 461.2 CP en atención a su mayor penalidad (cfr. art. 8.4.º CP).

No obstante, cabe recordar, con Vives Antón,⁶² la desaparición de la denominada «*falsedad ideológica de particulares*», lo que supon-

61. Así, en sus Comentarios..., op. cit. 1331-1332.

62. En este sentido, véanse sus comentarios..., op. cit., pág. 1921.

drá, en cuanto a la conducta que analizamos, la impunidad de la presentación de aquel documento que incorpora una falsa declaración de las partes.

C) El apartado tercero del art. 461 CP constituye un subtipo agravado en atención a la cualidad del sujeto activo del delito que, por ley, se encuentra vinculado a la Administración de Justicia, ya sea en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos o del interés público tutelado por la ley (arts. 124 CE, 435 LOPJ, y 1 EOMF), ya como personas que colaboran con la Administración de Justicia realizando funciones de postulación procesal cualificada (arts. 436 y ss. LOPJ, y art. 1.º de la Orden de 28 de agosto de 1970, del Ministerio de Trabajo, por la que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales), siendo, por lo demás, que todos ellos deben proceder con estricta sujeción a las normas de procedimiento, respetando las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ). De cualquier modo, no alcanzamos a comprender los motivos del legislador, a buen seguro, meramente graciabiles, para que en este subtipo agravado se relacione como sujeto activo al Graduado Social, cuando, al propio tiempo, se omite toda referencia en figuras en las que, de propio, también colabora o participa en el desarrollo del proceso (cfr. arts. 463.2, 465.1 o 467.1 CP).

En fin, el elemento subjetivo del tipo viene constituido por el dolo que ha de ser específico, vistos los términos en que se describen las conductas típicas de los apartados primero y segundo del art. 461 CP, esto es, «a sabiendas» o «conscientemente».

7.6. Retracción

Art. 462 CP:

«Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado».

Si se compara con el anterior Código Penal, la excusa absolutoria contenida en el art. 462 CP 95 representa una total innovación que, a la vez, sirve para depurar una previsión contenida en la LECrim., cuyo art. 715 dispone:

«Siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio, cuando éste sea dado en dicho juicio.

Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, en los demás podrá exigirse a los testigos la responsabilidad en que incurran, con arreglo a las disposiciones del Código Penal».

En efecto, a tenor del vigente art. 462 CP, resulta impune la conducta de *«quien, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate»*. No obstante, ello será así si y sólo si como consecuencia del falso testimonio no se ha producido la privación de libertad del reo, ya que, en el caso contrario, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado. Con todo, llama la atención, que el legislador penal haya restringido el alcance de este comportamiento postdelictivo tanto en la esfera de los sujetos —sólo testigos—, como en la de los procesos —únicamente en las causas criminales—.

8. Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional

8.1. Introducción

El Capítulo VII del Título XX del Libro II del Código Penal, intitulado como *«De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional»*, encierra, en los cinco artículos que comprende (arts. 463 al 467), figuras delictivas ciertamente distintas, pero que, sin embargo, mantienen el denominador común de coadyuvar —desde el reproche penal— al normal funcionamiento de la Administración de Justicia, ya sea en su

vertiente de servicio público, ya como manifestación de uno de los tres poderes básicos de todo Estado democrático que, en más ocasiones de las necesarias, ve truncado su propio fin por conductas obstructivas (meramente dilatantes o con incidencia en cuantos participan en el proceso), además de otras que cabe encuadrar en el marco genérico de la denominada «*deslealtad profesional*» que, como se verá, engloba conductas que no sólo repercuten en el binomio profesional-cliente (cfr. art. 465 CP). En opinión de García Arán,⁶³ se continúa una historia legislativa caracterizada por la movilidad de los tipos penales destinados a la protección de la Administración de Justicia, que ha conducido a calificar este Título como «*permanentemente abierto*». De los distintos capítulos que comprende el Título XX, el que ahora se examina es, con seguridad, el que más novedades presenta en relación con la normativa anterior que, por lo pronto, no reconocía de forma autónoma los delitos que ahora encuadra el Capítulo VII, aunque sí trataba conductas aisladas en el ámbito de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (prevaricación de abogado y procurador), o al hilo de tratar la acusación y denuncias falsas (cfr. art. 325 bis).

Desde una óptica reduccionista, pero evidentemente sistemática, cabe distinguir, con Luzón Cuesta,⁶⁴ dos grupos diferenciados de conductas:

- a) Obstrucción a la Justicia, como concepto genérico que encuadraría la incomparecencia injustificada en causa criminal (art. 463), obstrucción activa (art. 464.1), y represalias (art. 464.2).
- b) Conductas encuadrables en la deslealtad profesional, «tales como la apropiación de documentos (art. 465), revelación de secretos (art. 466), y prevaricación de abogados y procuradores (art. 467).

Sea como fuere, examinaremos cada uno de estos delitos siguiendo el orden fijado en el Código.

63. García Arán, Mercedes. «Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995». Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1997, págs. 279 y ss.

64. En este sentido, Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, op. cit., pág. 298-300.

8.2. Incomparecencia injustificada que provoca la suspensión del juicio oral en causa criminal

Art. 463 CP:

«1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de arresto de doce a dieciocho fines de semana y multa de seis a nueve meses. En la pena de multa de seis a nueve meses incurrirá el que, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.»

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana, multa de seis a doce meses de inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años».

8.2.1. Tipo básico

En el apartado primero del art. 463 CP se contienen dos supuestos. En el primero de ellos es castigado con la pena de arresto de doce a dieciocho fines de semana y multa de seis a nueve meses *«el que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral»*. A la vista de lo transcrito, resulta claro que en este caso se castiga la conducta omisiva de quien, debiéndolo hacer, no comparece en un proceso penal. De este modo, puede ser sujeto activo el testigo, perito, intérprete, o también un acusado, siempre que a consecuencia del mismo procedimiento

permanezca en prisión otro coencausado. No obstante, serán necesarios los siguientes requisitos:

A) Que el sujeto haya sido citado en legal forma, es decir, con plena observancia de cuantas formalidades establece a dicho fin el ordenamiento procesal penal (especialmente, arts. 175 a 178 LECrim.), incluidos aquellos preceptos que regulan la obligación genérica de concurrir al llamamiento judicial para declarar como testigos, o bien verificarlo por escrito (arts. 410 al 412, y 702 y 703 LECrim.).

B) Que haya dejado de asistir voluntariamente, sin justa causa; lo que supondrá, en todo caso, una actividad ulterior del Juzgado o Tribunal con el fin de comprobar los concretos términos de la incomparecencia, ya que en muchas ocasiones la justificación, pese a existir, no ha sido comunicada al órgano de enjuiciamiento, aún conociendo los apercibimientos cursados en relación con dicha circunstancia y la consiguiente posibilidad de incurrir en responsabilidad penal. De cualquier forma, la valoración acerca de la concurrencia o no de este requisito implicará un juicio de derecho, pero también de equidad, en relación con el supuesto de hecho concreto, dado el término empleado por el legislador «*justa causa*», frente a la alternativa más estricta de «*causa legal*». Por otra parte, en todos aquellos casos en que la cédula de citación haya sido entregada a persona distinta del citado, surgirá el problema añadido de constatar (probar) el efectivo conocimiento por parte del sujeto activo del llamamiento judicial cursado.

C) Que se trate de un proceso penal en su fase de juicio oral, ya sea el procedimiento ordinario (arts. 680 y ss. LECrim.), abreviado, en cualquiera de sus modalidades (arts. 779 y ss. LECrim.), o incluso, ante el Tribunal del Jurado (arts. 42 y ss. LOTJ), en el que, además, el sujeto pasivo del proceso se encuentre en situación de prisión provisional (arts. 503 y 504 LECrim.), por lo que deben quedar descartados, tanto el juicio de faltas (arts. 962 y ss. LECrim.), como el proceso de menores (L.O. 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de menores).

D) Que la falta de comparecencia provoque la suspensión del juicio oral, circunstancia que habrá de conectarse con el carácter fun-

damental de la presencia e importancia en el proceso del llamado y no comparecido. En este sentido, la LECrim., establece que procederá la suspensión del juicio oral, «cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos» (art. 746.3.^o),⁶⁵ pero no ante la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados (a salvo aquella que tuviera consideración de repentina), siempre y cuando se razone la existencia de elementos suficientes para juzgarles con independencia (art. 746, párrafo último).⁶⁶

En el segundo de los supuestos que el art. 463.1 CP contiene, sólo es delictiva la incomparecencia «por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión». De su tenor, se infiere que el sujeto activo no debe haber comparecido a la primera citación y que se le hicieran las pertinentes advertencias. Aquí, la expresión «causa criminal» puede referirse tanto a un juicio por delito como a un juicio por faltas, por cuanto desaparece la exigencia de que exista «reo en prisión», resultando indiferente, como enuncia el propio artículo, que la incomparecencia haya provocado o no la suspensión. En cualquier caso, la pena será de multa de seis a nueve meses.

8.2.2. Tipo agravado

El apartado segundo del art. 463 CP incorpora una agravación en atención a la condición del sujeto activo, al disponer que: «Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial

65. Sobre el concepto de necesidad, véanse las SSTs de 30 de enero de 1987, 1 de febrero de 1988 y 10 de abril de 1989, y también la STC 116/1983, de 7 de diciembre.

66. Véanse los arts. 793 LECrim. y 42 LOTJ; además, téngase en cuenta que, conforme a los arts. 749 y 793.4 LECrim., la suspensión del juicio oral puede comportar la nulidad de los actos realizados en el mismo, posibilidad que se agrava en los juicios a realizar ante el Tribunal del Jurado, dado que el art. 47 LOTJ dispone la disolución del Jurado, siempre que la suspensión del juicio haya de prolongarse durante cinco días o más

para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años». En cuanto al concepto jurídico de los distintos sujetos (profesionales liberales y funcionarios públicos) aludidos por la norma, habrá que estar a lo que se establece en su respectiva normativa orgánica.⁶⁷ Sin embargo, no bastará con que el sujeto goce de la condición prevista en el tipo agravado, sino que, además, será necesario que la conducta típica se produzca como consecuencia del desempeño de su profesión o función pública en la causa cuya incomparecencia ha provocado la suspensión del juicio oral. La existencia de este tipo agravado se justifica en la necesidad de reprochar más severamente las conductas obstructivas a la Justicia, cuando éstas corren a cargo de aquellos profesionales o funcionarios públicos que, por ley, se encuentran obligados a colaborar con su buena administración y funcionamiento; y parece que este reproche ha de ser todavía más severo, cuanto mas cerca se encuentra el sujeto del núcleo de la función judicial, ya que no puede merecer otra opinión el hecho de que en el apartado núm. 3 del artículo que nos ocupa, se sancione con distinta penalidad (un poco más elevada) la conducta básica primeramente descrita, por el solo hecho de que la suspensión hubiera tenido lugar como consecuencia de la incomparecencia del Juez, Magistrado o Secretario Judicial.

8.2.3. Tipo específico

En efecto, tal y como referíamos, el apartado núm. 3 del art. 463 CP establece un tipo específico (y también agravado) por la condición judicial del sujeto que provoca la suspensión del juicio. Este es su tenor:

«3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de arresto de dieciocho a veinticuatro

67. Cfr. arts. 14 al 17 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía; arts. 5 al 7 del Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales; y arts. 42 al 46 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

finde semana, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años».

Dejando al margen, el aspecto retributivo del reproche penal, como justificación, quizá, de la existencia de esta modalidad *«ad hoc»*, resultan necesarias ciertas consideraciones al hilo de tan escueta previsión legal:

A) Por más que la incomparecencia del *«sujeto judicial»* comporte la suspensión del juicio oral, con reo en prisión, resulta evidente que faltará tipicidad en la conducta (por ausencia del elemento culpabilístico) en todos los supuestos en los que la ausencia se encuentre justificada, ya sea desde la perspectiva meramente legal, ya cuando lo fuese por causa sobrevenida de fuerza mayor.

B) En cuanto a la condición requerida (Juez, miembro del Tribunal, o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial), cabe reiterar aquí lo señalado con ocasión de examinar la cuestión relativa al sujeto activo de la prevaricación judicial, además de considerar como incluidos en la norma a los jurados titulares, dado el contenido jurisdiccional de su función, aunque incompleta, siendo, además, que en su ejercicio actúan con sujeción a los principios y garantías que la Constitución predica en relación con los Jueces y Magistrados (cfr. art. 3 LOTJ y 117 CE). Por lo demás, resulta ciertamente chocante la inclusión del Secretario Judicial, no tanto por la entidad de las funciones que el ordenamiento procesal y orgánico le atribuyen, sino por el hecho de que es costumbre de nuestro legislador equiparar ambas carreras en aspectos tan poco gratos como el de la responsabilidad disciplinaria (y penal: arts. 449.1 o 463.3 CP), jubilación, etc., mientras que para otras cuestiones continúan por caminos cada vez más separados.

C) Con independencia de la responsabilidad penal a tenor del artículo que nos ocupa, la conducta descrita en el tipo puede generar la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria (cfr. arts. 417.10, 418.8 y 419.4 LOPJ, para Jueces y Magistrados; arts. 94, b y c, 95, e y f, y 96.4 del Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales; y art. 39.2 LOTJ, para los miembros del Jurado), y también civil (arts. 411 v ss. LOPJ).

D) Por último, destacar la paradoja que encierra la propia conducta a que nos venimos refiriendo, por la sencilla razón de que, faltando el Juez o Magistrado que presida las sesiones del juicio oral, nada se dice acerca de la Autoridad que debe acordar la suspensión del acto, función atribuida de ordinario al propio Juez o Tribunal, que, de esta forma, y en palabras de Quintero Olivares, «sería, según eso, dueño de la propia condición objetiva de punibilidad, lo cual produce un retorcimiento insoportable en la interpretación».⁶⁸

8.3. Coacción o intimidación de sujetos intervinientes en la causa

Art. 464 CP:

«1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos».

8.3.1. Normativa legal y bien jurídico protegido

Dos son las figuras delictivas que recoge el art. 464 CP. De una parte, en su apartado número 1 se tipifica la coacción o intimidación en relación con distintos sujetos intervinientes en la causa. De otra, el número 2 hace lo propio con el delito de «represalias», que examinare-

68. Op. cit., pág. 1338.

mos en el epígrafe siguiente. En relación con el tipo que ahora nos ocupa, establece el art. 464 CP:

«1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior».

A diferencia del precepto que encabezaba el Capítulo VII (art. 463), novedoso en nuestro ordenamiento penal, el art. 464.1 se corresponde, en gran medida, con el párrafo primero del art. 325 bis del Código anterior, que fue introducido por L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, justo a continuación de la acusación y denuncia falsas, en cuyo capítulo quedó incluido, más por un problema de estricta numeración, que por que ese fuese el deseo del legislador, ya que la enmienda que propuso su adición en el Código carecía de justificación, a la par que proponía la «nueva redacción» de un artículo que todavía no figuraba en la Ley penal.

En cuanto al bien jurídico protegido, y considerando que el tipo del art. 464.1 contempla acciones violentas (violencia física) o intimidatorias (violencia psíquica), proyectadas sobre denunciantes, partes, abogados, procuradores, testigos, intérpretes o peritos, para provocar una reacción favorable, desde el punto de vista procesal, como lo es retirar la denuncia, desistir de la acción, prestar declaración, informe o traducción, o prestarlas desviadamente, resulta obvio que con la tipificación de estas conductas no se pretende otra cosa que proteger los derechos de las partes respecto del proceso, y también la libre manifestación de los testigos o peritos, frente, generalmente, a los acusados, familiares, o demandados en procesos no penales (STS de 29-11-1994), y la libre actuación de los profesionales que coadyuvan en la administración de justicia (abogados y procuradores).

Pero, además, se tutela también la propia independencia judicial, en la medida en que esa independencia «no radica sólo en la libertad interna del Juez para llegar a su decisión, sino también en la libertad de

desarrollo de todo el proceso y actuación de los Tribunales para que nadie se sienta coaccionado por su intervención ante ellos, privándoles de su necesaria espontaneidad» (STS de 15 de noviembre de 1993, Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro). Así las cosas, no cabe duda que nos encontramos ante un delito de los denominados «*pluriofensivos*», máxime si consideramos la previsión contenida en su número 2 (represalias), en el que se protegen bienes jurídicos individuales, es decir, los predicables en relación con los sujetos pasivos que se relacionan en la norma, y también el bien colectivo público de la Administración de Justicia.

Sea como fuere, la regulación de presente ha venido a concretar —por su generalización— la conducta típica, que antaño guardaba relación con la condición del sujeto que padecía la violencia o intimidación, de modo que si se trataba del denunciante, la acción iba dirigida a que éste desistiese de la acción penal (y así, sucesivamente), mientras que ahora se resume en el intento de influir directa o indirectamente —mediante el ejercicio de esa violencia o intimidación— con el fin de que el sujeto modifique la actuación procesal de que se trate.

8.3.2. Elementos del tipo

Sujeto activo podrá ser cualquier persona, mientras que sujeto pasivo sólo los expresamente mencionados en el artículo comentado. No obstante, y por lo que hace a la inclusión nominativa de abogados y procuradores en el elenco de sujetos pasivos, cabe recordar, con nuestra jurisprudencia, que la protección del tipo del art. 325 bis del Código anterior, ya se extendía a estos, habida cuenta su consideración de partes en el proceso, los primeros como defensores técnicos, y los segundos como representantes, «*pues en otro caso la finalidad perseguida por el legislador quedaría truncada, teniendo en cuenta la incidencia decisiva que estos ilustres profesionales del Derecho tienen en la realización de la Justicia*» (STS de 29 de noviembre de 1994, Ponente Sr. Ruiz Vadillo).

Como referimos, la conducta típica consiste en intentar influir, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de la violencia o intimidación, en el sujeto de que se trate (siempre, de los relacionados en la norma) para que modifique su actuación en el proceso, ello con independencia de que el autor alcance su objetivo, circunstancia que únicamente tiene relevancia en el aspecto de la penalidad (a tenor de la

previsión contenida en el párrafo segundo del art. 461.1 CP), evidenciando el carácter tendencial, o de simple actividad, del delito que examinamos, que se consuma aunque el sujeto pasivo no llegue a efectuar el acto exigido (SSTS de 11 de febrero de 1991, 13 de junio de 1992 y 16 de julio de 1993).

Así pues, cabe reiterar la doctrina sentada por la Sala Segunda, en el sentido de que este delito sólo acoge conductas tendentes a perturbar *«la buena marcha de un proceso ya iniciado»*, es decir, el *«ya incoado y que se encuentra en tramitación»*, de forma que una primera amenaza *«ex ante proceso»* que no es reproducida durante las actuaciones sumariales o en el momento del juicio oral, no revela inequívocamente el propósito delictivo que animaba a su autor (SSTS de 1 de febrero de 1990, 11 de febrero de 1991, y 21 de febrero y 13 de junio de 1992); en cuanto al tipo y clase de proceso, resultará indiferente el orden jurisdiccional que lo acoja, habida cuenta que la norma no especifica nada sobre el particular.

Sin embargo, lo anterior no significa que las conductas descritas en el tipo queden impunes por la mera inidoneidad del sujeto pasivo, y ello por cuanto que el delito que nos ocupa es sólo un precepto especial de los tipos base y generales de atentado a la libertad personal (coacciones o amenazas condicionales de los arts. 172 y 169 CP, respectivamente), frente a cuyas hipótesis generales de comportamiento el art. 464.1 introduce elementos especializantes, por lo que, faltando alguno, debe entrar automáticamente en juego el precepto general que comprende también en su hipótesis típica más amplia, la conducta contemplada en el precepto especial (STS de 15 de noviembre de 1993).

Por lo que respecta al medio utilizado —violencia o intimidación—, la jurisprudencia ha reiterado que *«será adecuado al tipo de este delito todo comportamiento que implique la exteriorización no sólo de violencia, sino de toda amenaza de un mal que sea idóneo para motivar al testigo, perito, etc. En este sentido el mal amenazado puede ser cualquier perjuicio no irrelevante para los intereses del sujeto pasivo; y por otra parte la amenaza del mal que produce la intimidación puede ser concluyente»* (STS de 15 de septiembre de 1992).⁶⁹

69. «En el presente caso se pone de manifiesto la presencia del elemento necesario para la perfección del tipo penal recogido en el art. 325 bis 1.º del CP, al existir la intimidación cuestionada por el recurrente y que configura el tipo penal, ya que el contenido de

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, ninguna duda ofrece que se trata de un delito de comisión eminentemente dolosa, habiendo declarado el Tribunal Supremo que el dolo de este delito sólo requiere que el autor tenga conocimiento del efecto intimidante de su amenaza y que persiga la finalidad de que un testigo (o cualquiera de las otras personas que señala el precepto) se aparte de sus manifestaciones, careciendo de relevancia que el autor o autores hayan ejecutado la acción convencidos de favorecer a un inocente, o movidos por la obcecación del momento, sin perjuicio de que esta última pueda ser apreciada como circunstancia atenuante (STS de 15 de abril de 1993, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater).

8.3.3. Penalidad y concursos

Con carácter general, el art. 464.1 CP castiga este delito con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses; pero si el autor del hecho hubiera alcanzado su objetivo, se impondrá la pena en su mitad superior. En este punto, la previsión de presente ha superado el subtipo agravado del antiguo art. 325 bis, que contemplaba una penalidad específica –prisión menor en su grado máximo–, tratándose de procesos penales por delito. Sea como fuere, este delito no consume los resultados de la violencia o intimidación (lesiones o daños), por lo que comportará un concurso ideal, en opinión de Conde-Pumpido, si bien, y con relación a las coacciones y amenazas, la juris-

la carta remitida a la testigo es objeto de reflexión por el Tribunal sentenciador que, encuadrándola en el marco del tiempo y lugar en que se produjo, la entiende como inequívoca y precisa respecto de su trascendencia y gravedad, ya que conociendo el recurrente la ascendencia que ejercía sobre la testigo y conociendo ésta las intenciones de aquél, el Tribunal llega a esta conclusión conforme a las normas de la lógica y de la experiencia humana, con la base de la prueba practicada» (Auto TS de 25 de octubre de 1995, Ponente Sr. Martínez-Pereda). «En el presente caso, el procesado puso de manifiesto a los testigos su intención de perjudicar laboralmente a la mujer, y de infligirle un daño corporal al otro testigo. Ambas amenazas tienen aptitud para motivar a los testigos en contra de sus deberes procesales, pues en modo alguno son irrelevantes. Tanto el perjuicio laboral como el daño corporal tienen entidad suficiente para intimidar a los testigos pues sus consecuencias son indudablemente considerables» (STS de 15 de septiembre de 1992, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater).

prudencia se ha inclinado por el concurso de normas a resolver por el principio de especialidad (STS de 2 febrero de 1990).

8.4. Represalias

8.4.1. Normativa legal y bien jurídico protegido

En el art. 464.2 CP se castiga la venganza por la actuación procesal de cualquiera de las personas mencionadas en el número 1 del artículo citado:

*«2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos».*⁷⁰

El precepto se corresponde, en buena medida, con el contenido en el párrafo segundo del art. 325 bis del Código anterior, sobre todo por lo que se refiere a la conducta típica, remarcada ahora por la necesidad de que el acto sea «atentatorio» contra alguno o varios de los bienes que se protegen.

En cuanto a la relación existente entre las dos figuras delictivas que ahora incluye el actual art. 464 CP, y antes el art. 325 bis, cabe recordar la doctrina jurisprudencial sentada (STS de 21 de diciembre de

70. ST AP de Barcelona de 30 de mayo de 1997. Ponente Sr. Miguel Ángel Gimeno Jubero. Absuelve del delito de obstrucción a la justicia y falta de amenazas, y condena por falta de vejación injusta a unos sujetos que dirigen expresiones vejatorias a un testigo tras declarar en un juicio, al considerar que el delito requiere que la acción contra la persona que actuó procesalmente sea atentatoria contra la vida, la integridad, la libertad sexual o los bienes, lo que no se produjo, mientras que la falta de amenazas requiere que el anuncio de un mal futuro dependa de la voluntad del que las profiere, lo que tampoco concurre, pues no existe dato alguno que indique cuál era el mal y qué voluntad la desencadenante.

1988), en el sentido de que no guardan la menor relación ni por su estructura típica ni por el objeto de protección, ya que, como señalamos, el delito recogido en el apartado número 1, es un delito tendencial o de peligro, que se consuma por el mero hecho de intentar la acción, con independencia de que se produzca o no el resultado perseguido, mientras que el delito que nos ocupa (art. 464.2), es un delito de resultado que requiere la realización de un acto contra la vida, o cualesquiera de los otros bienes recogidos en la norma,...

«... lo que de suyo constituyen comportamientos subsumibles en otros preceptos del Código Penal, de manera, que atendiendo al aspecto temporal del momento en el que se producen las acciones integrantes de las respectivas figuras típicas, aparece, que la primera ha de producirse durante la sustanciación del proceso ya que solamente en ese momento puede producirse la lesión al bien jurídico protegido, cual es, evitar que se pueda obstaculizar la acción de la justicia obligando a retractarse o a desistir de la acción a las partes o a que los peritos, intérpretes o testigos, dejen de prestar declaración, informe o traducción, o a realizarlos desviadamente, impidiendo, con ello, el normal desenvolvimiento del proceso y de la actividad jurisdiccional, mientras que el supuesto previsto en el segundo párrafo presupone que el proceso ya hubiese concluido, o sea, cuando ya no puede producirse la lesión al bien supuesta o pretendidamente protegido en cuanto que en el proceso ya había intervenido con absoluta libertad las personas que en el precepto se mencionan, de manera que lo que se sanciona, en realidad, es el móvil vindicativo por el que se produjo el atentado a los bienes a los que se refiere el precepto, lo que, ciertamente, únicamente podría justificar una especial agravación por el plus de desvalor que implica el que las acciones mencionadas haya sido realizadas por venganza o represalia, por la actuación de la víctima en un determinado proceso, mas es lo cierto, que el Código Penal parifica ambas conductas a efectos de tipificación o de su inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia, sin duda por la intención del legislador de dotar de especial protección penal al hecho que pudieran tener relación con el proceso que es el instrumento mediante el cual se realiza la función jurisdiccional, para lo cual se vio obligado a elevar el móvil como elemento esencial del tipo, de modo, que su colocación sistemática conjunta y la identidad entre lo que se quiso ser objeto de protección en la «mens legis», es lo que explica que se haya establecido igual penal para los delitos comprendidos en el prime-

ro y segundo de los párrafos del precitado art. 325 bis del Código Penal».

STS de 11 de febrero de 1991. Ponente Sr. García Miguel.

La ST AP de Barcelona de 30 de mayo de 1997, ponente Sr. Miguel Ángel Gimeno Jubero, en un supuesto en que varios sujetos dirigen expresiones vejatorias a un testigo tras declarar en juicio,

«... condena a Adoración V.O., Isabel R.C. y José S.P. como autores de una falta de vejación injusta del art. 620.2 del CP de 1995, absolviéndoles del delito de obstrucción a la justicia del art. 464.2 y de la falta de amenazas por los que fueron acusados, al considerar que el delito requiere que la acción contra la persona que actuó procesalmente sea atentatoria contra la vida, la integridad, la libertad sexual o los bienes, lo que no se produjo, mientras que la falta de amenazas requiere el anuncio de un mal futuro que dependa de la voluntad del que las profiere, lo que tampoco ocurre, pues no existe daño alguno que indique cuál era el mal y qué voluntad la desencadenante.»

8.4.2. Elementos del tipo

En cuanto a los sujetos —activo y pasivo— de este delito, cabe reiterar cuanto referimos al tratar el tipo de coacción o intimidación sobre los sujetos intervinientes en la causa, habida cuenta la expresa remisión que se hace respecto a los sujetos pasivos, que será alguno o algunos de los relacionados en el apartado anterior (art. 464.1), siendo, por lo demás, que sujeto activo lo podrá ser cualquiera, siempre que actúe por el móvil de la represalia en los términos que se indica en el tipo. No obstante, y por lo que se refiere al elenco de los sujetos pasivos, Muñoz Conde lamenta que no se haya extendido el tipo a las represalias contra parientes o allegados de las personas citadas en el art. 464.1, habida cuenta que éstas pueden ser igual o más eficaces que aquéllas, lamento que desde luego suscribimos. Dada la generalidad de la expresión «*cualquier acto*», cabe entender tanto los que son constitutivos de delito, como los que lo son de falta, tesis que se refuerza por el

empleo del término «infracción» en la referencia que se hace a la penalidad de dichos actos. Empero, si examinamos el Libro III del actual Código Penal (*«De las faltas y sus penas»*), parece evidente que algunos actos atentatorios sólo pueden tener la consideración de delito (así: contra la vida y contra la libertad sexual). De cualquier modo, el acto debe ser atentatorio, esto es, que agreda u ofenda al bien contra el que se dirige, sin perjuicio de que se logre el total resultado perseguido por el autor.

Por lo que respecta a los bienes merecedores de especial protección en la norma, nada cabe objetar a los relacionados, a salvo la utilización algo equívoca del término «bienes», que cabe interpretar en el sentido añadido de patrimonial, con independencia de que el acto atentatorio se proyecte sobre una cosa o derecho, siempre que pertenezca al sujeto pasivo. En relación con el elemento subjetivo, obviamente nos encontramos con un delito de comisión eminentemente dolosa, lo que se evidencia por el móvil que genera la acción, que no es otro que la represalia o, lo que es lo mismo, un ataque en venganza por la actuación de quien, como es su deber u obligación, ha intervenido en un proceso jurisdiccional. Sin embargo, para la consumación del delito que examinamos no será imprescindible que se consume o perfeccione el ataque contra cualquiera de los bienes referidos en el art. 464.2, sino que bastará con la realización de actos suficientes para integrar un tipo en grado de tentativa, conforme al art. 16 CP.

8.4.3. Penalidad

Con carácter general, el art. 464.2 CP establece la misma penalidad descrita en el número 1 del invocado precepto —esto es, pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses—, para quienes realicen la conducta típica de la represalia, «sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos», en previsión del todo coherente con el art. 77 CP.

8.5. Destrucción, inutilización u ocultación de documentos

El art. CP 95, establece:

Art. 465 CP:

«1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses».

Este precepto no tiene correspondencia con el Código Penal anterior, tratándose de una figura delictiva de nuevo cuño, tal y como se advertía al iniciar el Capítulo VII del Título XX. Así pues, conviene delimitar el ámbito de actuación al que viene referido la conducta que se describe en el tipo.

Con carácter general, el ordenamiento orgánico y procesal establece como una de las funciones propias del Secretario Judicial, la conservación y custodia de las actuaciones judiciales, salvo que por ley se disponga otra cosa (art. 287 LOPJ), extendiéndose, dicha función, a la guarda y depósito de la documentación, su archivo, y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, incluidos las cantidades en metálico, valores, consignaciones y fianzas, que habrán de depositarse en los órganos destinados al efecto (art. 473.3 LOPJ), estableciéndose, de forma paralela, un mecanismo adecuado para informar a los interesados sobre el curso de las actuaciones, siempre que no hubiesen sido declaradas secretas o la ley disponga otra cosa (art. 234 LOPJ), con acceso a libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado (art. 235 LOPJ).

Empero lo anterior, en ocasiones, las leyes procesales establecen que determinadas actuaciones judiciales, o documentación aneja a las mismas, sean entregadas a los representantes de las partes, ya sea para evacuar un trámite específico dentro del proceso en que se acuerda (v.g.: cfr. arts. 669, 672 o 673 LECiv., y art. 654 LECrim.), ya para cuidar del diligenciamiento de determinado trámite, en el que la propia parte pueda haber sido designada portadora, a la par

que facultada para intervenir en las diligencias de su cumplimiento, especialmente en el ámbito del proceso civil (cfr. arts. 289 a 293 y 295 LECiv., y 188, II y 189 LECrim.). Pues bien, es precisamente en estas situaciones y actuaciones donde cabe exigir un mayor cuidado y celo de los profesionales que representan o dirigen a las partes (Abogados y Procuradores), en la medida que bajo su responsabilidad quedan las actuaciones judiciales, o cierta documentación de vital importancia para el proceso de que se trata, de suerte tal que su destrucción, inutilización u ocultación, puede tornar estéril la continuación del procedimiento en curso o, incluso, su reproducción ulterior. Así las cosas, no puede resultar extraño que el Código haya previsto una respuesta desde la órbita del Derecho penal, a lo que no puede ser otra cosa, que un ataque frontal a la confianza depositada en los profesionales que coadyuvan con la Administración de Justicia, ya que, en su actuación, los abogados y procuradores deben sujetarse al principio de la buena fe, en su vertiente procesal, (arts. 11.1 y 437.1 y 439.1 LOPJ), y a la exigencia de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, según proceda (art. 442.1 LOPJ).

Entrando ya en los elementos del tipo, no cabe duda que sujeto activo del mismo sólo puede serlo el Abogado y Procurador⁷¹ que intervenga en el proceso jurisdiccional.⁷² Sin embargo, el apartado segundo del tipo que nos ocupa, extiende esta posibilidad a cualquier particular, eso sí, con una penalidad más atenuada, ámbito en el que habrá que entender incluido al Graduado Social, pese a su consideración como profesional del Derecho que actúa en la rama Social del mismo, pero no incluido en el apartado primero, siendo así que no se acota el proceso o procesos que pueden generar la acción típica, con lo que puede aconte-

71. Cfr. arts. 436 y 438 LOPJ; arts. 14 al 17 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía; y arts. 5 al 7 del Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales.

72. Habida cuenta su naturaleza específica, cabría reflexionar acerca de si es posible la comisión del tipo del art. 465 CP en los procedimientos de jurisdicción voluntaria (arts. 1811 y ss. LECiv.), en los que, como es sabido, no existe contienda entre partes, esto es, un proceso en sentido jurisdiccional.

cer que la misma ocultación de un documento en un proceso laboral, efectuada por la representación técnica de una de las partes, sea penada de forma bien distinta, no tanto por la especial cualificación del sujeto que la perpetra, sino por el título exacto de la profesión que desempeña.

Desde otra perspectiva, es posible que en este apartado segundo del art. 465 CP, el legislador haya pensado en todas aquellas personas que desempeñan su función cerca de los despachos profesionales de abogados y procuradores, ya sea en calidad de oficiales habilitados de estos últimos, ya en calidad de pasante, pero sin ostentar la condición del titular del despacho (abogado o procurador), hipótesis nada desdeñable si observamos efectiva disposición que estas personas tienen en relación con la documentación del despacho en el que prestan sus funciones, además del vínculo que les une con sus respectivos titulares, bajo cuyas ordenes actúan, circunstancia que podría justificar la distinta penalidad en un régimen de coautoría.

La acción típica consiste en la destrucción, inutilización u ocultación de aquellos documentos o actuaciones, ya sean totales o parciales, recibidos por el sujeto activo en virtud traslado conferido por el Juzgado o Tribunal, en atención, precisamente, a su condición de abogado o procurador de una de las partes del proceso. En cuanto a las distintas posibilidades que se describen, habrá que entenderlas en su sentido usual, aunque referidas al objeto físico del procedimiento, incluidas sus piezas documentales, para las que parece estar pensada la posibilidad de inutilización, especialmente por lo que se refiere a cualquier soporte distinto del papel, pero con aptitud de reproducir imagen, sonido, código binario, etc.

Condena de Procurador por delito contra la Administración de Justicia. Falta de entrega de documentos. «El tipo del art. 465.1 CP 95 ha aparecido por primera vez en tal norma, ya que la infidelidad en la custodia de documentos, bajo la antigua legalidad, era un delito especial que sólo podía ser cometido, en principio por funcionario público, si bien el art. 366.2. CP extendía a los particulares, en determinados casos —entre los cuales se encontraban los procuradores—, las penas que en dicho precepto y en los dos anteriores se establecían para los funcionarios infieles. La novedad del art. 465.1 CP 95 obliga a iniciar una tarea interpretativa para la que, lógicamente, hay que aprovechar

la doctrina elaborada en torno al art. 364. De acuerdo con dichos precedentes, la forma comisiva de la infidelidad en la custodia de documentos o actuaciones, descrita en el verbo «ocultare», no sólo debe abarcar la acción del abogado o procurador consistente en esconder un documento en algún lugar donde difícilmente pueda ser hallado, sino también la que adopta la forma más sinuosa de guardar o no entregar o, incluso, dilatar indefinida e insensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino. Venía a aceptarse por la jurisprudencia, de esta forma, la comisión por omisión del delito cuestionado, y esta posibilidad debe entenderse que hoy subsiste a la luz del art. 11 CP 95, puesto que el resultado característico de la infidelidad en la custodia de actuaciones o documentos –la obstrucción a la Administración de Justicia– puede producirse o causarse por la mera falta de entrega de aquéllos, siempre que se infrinja el deber jurídico especial que pesa sobre abogados y procuradores. Por otra parte es evidente, que la inexistencia en el art. 465 de toda alusión a una eventual forma de comisión culposa, puesta en relación con el mandato del art. 12 CP 95, ha venido a confirmar la corriente últimamente dominante en la jurisprudencia, que sostiene la índole constitutivamente dolosa de delito de infidelidad en la custodia de documentos... En el caso, el acusado que recibió en su momento los autos de un juicio de testamentaria, en su condición de procurador de una de las partes, con el encargo expreso de que los entregase a quien había sido designado contador, se abstuvo de realizar la entrega debida y retuvo en su poder la documentación de forma indefinida, sin que los jueces de instancia hayan dado crédito, razonablemente, a la alegación del acusado, formulada en el juicio oral en términos dubitativos, de que «fue posible» que entregase los autos a su cliente, entrega que, por otra parte, y de ser cierta, tampoco sería suficiente para eliminar la malicia de la conducta enjuiciada habida cuenta del grave quebranto del deber profesional que la misma hubiese implicado. Teniendo en cuenta la indiscutible objetividad de estos hechos, es decir que el acusado recibió las actuaciones con un determinado encargo, que el mismo no fue cumplido, ni inmediatamente después de asumirlo, ni en momento alguno, que era consciente, por su cualificación profesional, de que con su comportamiento violaba un elemental deber de lealtad y colaboración con la Administración de Justicia, y que, en fin, no ha sido capaz de ofrecer una explicación de lo ocurrido que por su seriedad y coherencia lógica merezca acogida, cabe concluir que juzgó correctamente el Tribunal a quo al estimar dolosa la conducta

del procesado, lo que quiere decir que no se aplicó indebidamente a los hechos enjuiciados en el art. 465.1 CP 95». ⁷³

STS de 12 de enero de 1998. Ponente Sr. Jiménez Villarejo.

En cuanto al elemento subjetivo, la exigencia de que la acción típica se realice «*con abuso de función*», unido a la propio carácter y naturaleza de las conductas que se describen, denota la necesidad de dolo específico, sin que, en consecuencia, sea posible modalidad culposa alguna. Por lo que respecta a la penalidad, resulta adecuada a la gravedad de la conducta que el delito configura, hecha la salvedad del apartado número 2, que atiende, bien a la autoría, bien al concurso de terceros que no tienen la condición exigida en el apartado primero.

8.6. Revelación de actuaciones procesales secretas

Conforme al art. 232.1 LOPJ, las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento, aunque en su apartado segundo establece que, excepcionalmente, y por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los órganos judiciales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.

Ya en el ámbito procesal, la LECiv., dispone que las diligencias de prueba y las vistas de pleitos se practicarán en audiencia pública, sin perjuicio de la facultad del Juez o Tribunal para acordar, oídas en su caso las partes, que se practiquen a puerta cerrada en los asuntos en que así lo exija la moral o el decoro (arts. 313 y 314 LEC). En sentido bien distinto, y por imperativo legal, se establece por la LECrim., que «*las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral*» (art. 301.I LECrim), si bien, «*las partes personadas podrán tomar*

73. En esta misma resolución, se manifiesta que a los presentes hechos, no se les puede aplicar el art. 467.2 CP 95, por falta de perjuicio manifiesto a los intereses encomendados.

conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento» (art. 302.I LECrim.), aunque, si el delito fuere público, el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, puede declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo que no será superior al mes, debiéndolo alzar, en todo caso, diez días antes a que se decrete la conclusión del sumario (art. 302. II LECrim.). Una vez acordada la apertura del juicio oral, son públicos todos los actos del proceso (art. 649 LECrim.).

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores premisas, el art. 466 CP tipifica la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas en los siguientes términos:

Art. 466 CP:

«1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior».

Este precepto guarda cierta correspondencia con los arts. 360 y 367 del Código Penal anterior, por cuanto que, el primero, castigaba al Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o bien por negligencia inexcusable, descubriese secretos relativos a su cliente, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión, mientras que el art. 367 se ocupaba de la modalidad genérica de la revelación de secretos en el ámbito de la función pública, aunque perfectamente trasladable a la norma que nos ocupa, por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 1928, que ya advertía que el que-

brantamiento del art. 301 LECrim. tiene una mayor gravedad y trascendencia cuando el secreto sumarial se quebranta o viola por un funcionario público (judicial), supuesto en el que habría de entenderse cometido el delito del art. 367 CP (STS de 14 de abril de 1973). No obstante, repárese en que la revelación del secreto lo era con la totalidad de las actuaciones sumariales, mientras que el actual art. 466 únicamente hace mención a las actuaciones procesales declaradas secretas.

Sin embargo, el legislador de presente ha optado por disciplinar una sola conducta típica, pero atribuible a tres grupos diferenciados de sujetos activos que, precisamente por esa razón, merecen sanciones diferenciadas, aunque siempre bajo el prisma del proceso, habida cuenta que sólo merece castigo la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas, esto es, las así acordadas en el curso de un proceso penal, con independencia de su modalidad (ordinario, abreviado o ante el Jurado).

La acción típica, como se ha dicho, consiste en descubrir, manifestar o comunicar a terceras personas, no autorizadas, el contenido total o parcial de unas actuaciones declaradas secretas por la autoridad judicial, mediante auto motivado dictado al efecto (art. 302. II LECrim.), de modo que cuando la revelación afecte al contenido de un sumario, cuyo contenido no hubiera sido declarado secreto, no se incurrirá en la acción típica que se describe, a pesar de que las diligencias sumariales sean secretas hasta que se decrete la apertura del juicio oral (arts. 301 y 649 LECrim.).

Partiendo de la distinción que la propia norma efectúa, el tipo básico u ordinario lo constituye la revelación de actuaciones secretas a cargo de abogado o procurador, que será castigada con las penas que se indican en el apartado primero del precepto. En cuanto a los conceptos de abogado y procurador, habrá que estar a lo que establece la LOPJ (arts. 436 a 442), y los respectivos Estatutos Orgánicos que desarrollan las dichas profesiones jurídicas, ya referenciados al hilo de tratar esta cuestión con anterioridad.

Conforme al apartado número 2, será sujeto activo, el Juez, miembro de un Tribunal —concepto en el que cabrá incluir no sólo a los Magistrados que integren un órgano colegiado, sino también a los miembros del Jurado, en los términos ya expuestos al tratar la incomparecencia injustificada que provoca la suspensión de un juicio oral en causa penal, del art. 463.3 CP, —a cuyo tenor nos remitimos—, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial —cuyos conceptos

igualmente han sido tratados con anterioridad—, o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, que, de conformidad con lo que establece la LOPJ, serán los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, Médicos Forenses, así como los miembros de los Cuerpos que puedan crearse para el auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales (art. 454.1 LOPJ). En este supuesto, la misma acción descrita en el art. 463.1 CP, se castiga ahora de forma agravada, por cuanto deberán imponerse las penas previstas en el art. 417 CP (revelación de secretos por autoridad o funcionario público), «*en su mitad superior*».

Por último, el apartado 3.º establece una penalidad atenuada para el caso que la conducta típica fuere realizada por particular, en cuyo supuesto se impondrá la pena del apartado primero, pero en su mitad inferior. Nada dice la norma acerca del concepto jurídico que deba reportarse al término «*particular*», aunque en buena lógica cabrá entender al que, por exclusión de los apartados anteriores, pueda tener conocimiento del contenido de un sumario declarado secreto, precisamente por su participación o actuación en el mismo, siquiera sea de forma temporal o transitoria.

Ni decir tiene que en otros lugares del nuevo Código Penal se castiga el descubrimiento y revelación de secretos, ya no desde el prisma del buen curso del proceso penal, sino desde otras perspectivas, a saber:

- a) como un ataque a la intimidad y al derecho a la propia imagen (cfr. Capítulo I del Título X, arts. 197 al 201);
- b) como delito relativo al mercado y al consumo (arts. 278 al 280); y
- c) como relativo a la defensa nacional (arts. 598 y ss.).

8.7. Deslealtad de abogados y procuradores frente a sus clientes

8.7.1. Normativa legal, bien jurídico protegido y sujeto activo

Art. 467 CP:

«1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento

de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años».

El precepto transcrito guarda correspondencia con los arts. 360 y 361 del Código Penal anterior, dedicados a regular la denominada prevaricación de Abogados y Procuradores. En efecto, en el apartado segundo del actual art. 467 CP se describe una de las conductas típicas a que hacía referencia el antiguo art. 360,⁷⁴ esto es, la del abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudica de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados por su cliente, mientras que el apartado primero castiga la conducta a que se refería el anterior art. 361, es decir, la del abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defendiere o representare después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o también la aconsejare; bien cierto que con las matizaciones que se han estimado necesarias para la descripción de los distintos elementos del tipo.

En cuanto al bien jurídico al que se dirige la protección de la norma, será la Administración de Justicia en un sentido genérico, globalizadora así tanto del derecho de acción, como del de defensa, o, desde un plano formal, de la adecuada prestación de la postulación procesal, aunque sin

74. La ST AP de Baleares de 28 de enero de 1997. Ponente Sr. Juan Catany Mut, condena a una Letrada que, encargada de un asunto civil, engaña a su cliente haciéndole creer que presentó la demanda, aun a pesar de no haber mediado provisión de fondos de clase alguna, no constituyendo excusa suficiente el padecimiento de una acreditada enfermedad, pues contaba con otros compañeros de despacho capaces de ayudarla o sustituirla en dicho menester.

olvidar el vínculo relacional que une a abogados y procuradores, con sus respectivos clientes, ámbito de actuación en el que deviene como obligación primordial la misión de defensa encomendada, que debe realizarse con el máximo celo y diligencia (art. 53 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía; y art. 14.2, 3 y 4, del Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales), ni tampoco, que el deber fundamental de estos profesionales, como participantes en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados, sin que, en ningún caso, la tutela de tales intereses pueda justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía o la Procuraduría se hallan vinculadas (arts. 39 EGA y 11 EGPT), habiéndose llegado a reconocer por el Tribunal Supremo, como base fundamental y primaria de la figura delictiva que nos ocupa, «el principio esencial de lealtad» entre profesional y cliente.⁷⁵

Será sujeto activo de este delito el abogado o procurador incorporado, en calidad de ejerciente, a alguno de los colegios profesionales reconocidos oficialmente en nuestro país (arts. 10 EGA y 1.º EGPT), circunstancia (la de la incorporación), que comporta la previa acreditación de los requisitos y condiciones exigidos para el ejercicio de la respectiva profesión jurídica (arts. 14 al 17 del EGA, y arts. 1.º, 5.º al 7.º del EGPT).

8.7.2. Conductas típicas

Con el precepto que se comenta, cabe distinguir dos modalidades que, a su vez, se corresponden con cada uno de los dos apartados del

75. «... lo cierto es que con su actuación faltó a un principio esencial de lealtad que es la base fundamental y primaria de esta figura delictiva, pues no otra cosa significa (y sus propias alegaciones así lo demuestran) que, teniendo la cualidad de mandatario del Organismo público denunciante para la defensa de sus intereses, no sólo hizo caso omiso del mandato, sino que, además, procuró la defensa (o al menos el consejo) en favor de personas particulares en litigios interpuestos contra su mandante, valiéndose para ello de la colaboración de otro profesional de la curia» (STS de 11 de mayo de 1989, Ponente Sr. García Ancos).

artículo; la primera, se concreta en el asesoramiento, defensa o representación —en un mismo procedimiento, de personas con intereses contrapuestos; la segunda, en el perjuicio manifiesto ocasionado, ya por acción, ya por omisión.

A) Defensa o representación de intereses contrapuestos

El número 1 del art. 467 CP castiga, con la pena que allí se indica, la conducta del abogado o procurador que —en un mismo asunto— defiende o representa a personas con intereses contrapuestos, sin el consentimiento de la inicialmente asesorada, defendida o representada.

Esta figura delictiva se corresponde con el tipo del art. 361 del Código anterior, aunque con la importante precisión que supone la sustitución del término «*parte*», de marca eminentemente procesal, por el claramente más ambiguo de «*persona*», siguiendo, quizás, aquella jurisprudencia que había distinguido entre un concepto formal y material de lo que debe entenderse por intereses contrapuestos en la interpretación de este requisito del tipo objetivo de la norma que se examina, para decantarse por el material, ya que desde esta perspectiva se atiende a la finalidad de la norma, en cuanto que «*es necesario que la contrariedad de intereses se manifieste de tal manera que la estimación de la pretensión de una de las partes importe necesariamente el rechazo de la pretensión de la otra*» (STS de 25 de mayo de 1996, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater), momento, a partir del cual, es válido admitir que las partes tienen intereses contrapuestos.⁷⁶

76. También, desde una perspectiva ya clásica, la STS de 6 de julio de 1970 señalaba, en relación con el anterior art. 361 CP que, «no instituye una infracción meramente formal sino que, como cobertura o garantía punitiva de la exigencia legal y ética de lealtad profesional, con su anejas incompatibilidades peculiares inherentes a estos postulantes técnicos, implica un quebranto, siquiera fuere potencial, de los intereses del primitivo cliente, por aprovechamiento en su contra de datos y ventajas adquiridos por aquél por razón de su oficio, de suerte que si falta toda contraposición de intereses —presumible, por lo demás, en principio, en tales cambios de patrocinio— por concreta ausencia de riesgo, en lo objetivo, y de ánimo perjudicial, en lo subjetivo, es de entender que falta, con ello, la imprescindible esencia delictiva, con lo que necesariamente decae la «ratio legis» determinante de la represión penal en estos supuestos».

Conforme con la jurisprudencia que los ha venido interpretando (STS de 29 de diciembre de 1973, por todas), son requisitos de esta modalidad:

- a) Que el abogado o procurador hayan llegado a asesorar, defender o representar a alguna persona.
- b) Que después o simultáneamente defienda o represente a otra que mantiene intereses contrarios. La norma de presente no dice nada respecto del asesoramiento, que sí se encuentra presente en el primer tramo de la conducta típica, pese a lo cual no parece incongruente entender el concepto de asesoramiento como incluido en el más genérico de defensa (así resulta en opinión de Orts Berenguer, que suscribimos, con cita de la STS de 11 de mayo de 1989).
- c) Que lo haga en el mismo proceso o asunto.
- d) Que carezca del consentimiento de la persona asesorada, defendida o representada en primer lugar, aunque no parece nada desdeñable, desde el plano deontológico, la exigencia del doble consentimiento, ya que de lo contrario, cabría reflexionar en torno a la deslealtad profesional para con el segundo patrocinado.

Como delito de peligro que es, no resulta imprescindible la causación de un efectivo perjuicio al cliente; bastará con que el autor haya creado, al menos, un peligro concreto para los intereses de la parte que defiende. Así, y siguiendo la doctrina sentada por la STS de 25 de mayo de 1996, *«este elemento no surge directamente del texto, pero es esencial si el mismo es entendido teleológicamente, es decir, en relación a la salvaguardia de los intereses de la parte defendida por el Abogado. Por otra parte, el contenido del tipo debe ser proporcionado a la gravedad de la pena y ésta tiene una gravedad que superaría manifiestamente la correspondiente a una infracción meramente formal, es decir, de la cual no se hubiera derivado ningún peligro de perjuicio para la parte afectada. En este punto es indudable que el principio de proporcionalidad, que se deriva del art. 1 CE, tiene una significación decisiva en la interpretación de la Ley Penal y, junto a la finalidad de la misma, fundamentan la exigencia de un peligro de perjuicio de los intereses de la parte representada por el Abogado»* (STS de 25 de mayo de 1996).

Por lo que respecta al elemento subjetivo del tipo, no cabe duda que la conducta típica es de comisión eminentemente dolosa, aspecto este que debe proyectarse sobre todos los elementos del tipo objetivo, y en especial, sobre el ya aludido de contraposición de intereses.

En relación con las formas de aparición de este delito, se ha estimado la coautoría, por cooperación necesaria (art. 28 CP), del abogado que en los actos del juicio sustituye al realmente encargado por los trabajadores, para la defensa de sus intereses, para no delatar la doble y simultánea defensa y representación de ambas partes litigantes, siempre que medie el acuerdo entre ambos letrados o, desde luego, el conocimiento del sustituto acerca de la circunstancia que origina su actuación.⁷⁷

B) Perjuicio manifiesto a los intereses encomendados

El número 2 del art. 467 castiga con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años, *«al abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados»*.

Como es de ver, la conducta típica consiste en perjudicar, de forma manifiesta, los intereses encomendados, punto en el que la norma actual difiere de la derogada (art. 360), que vinculaba el perjuicio con el cliente, mientras que, hoy, el art. 467 lo vincula a los intereses encomendados, por supuesto que por el cliente de que se trate en cada caso. Además, la norma ha venido a explicitar las dos formas en que es posible realizar la conducta punible (por acción u omisión), recogiendo, en

77. «Basta una simple lectura de los hechos que se declaran probados por la sentencia de instancia, a los que necesariamente nos hemos de ceñir, dadas las vías casacionales empleadas, para comprender que la pretensión absolutoria que se solicita ha de ser desestimada, ya que la comisión del delito enjuiciado nunca podría haberse llevado a cabo, en la forma en que se hizo, sin la intervención del ahora recurrente, cuando puso a disposición del otro procesado su firma y la apariencia de su intervención en los respectivos procedimientos judiciales, lo que conlleva los requisitos, tanto objetivos, como subjetivos, del concepto de «cooperación necesaria» que define el apartado 3.º del referido artículo 14 —hoy, art. 28—, como una de las tres formas de autoría» (STS de 11 de mayo de 1989, Ponente Sr. García Ancos).

este punto, la jurisprudencia que había destacado la posibilidad de su realización meramente omisiva, ya que en este caso, como en pocos, la cuestión es totalmente clara, *«toda vez que el comportamiento lesivo característico de los intereses que el legislador quiere proteger es el omisivo»*, al menos por lo que se refiere a la actuación de uno de los sujetos activos del delito: el Procurador de los Tribunales, y ello, por cuanto que, precisamente en el marco de la relación jurídica entre el procurador y el cliente, las omisiones del cumplimiento de deberes específicos de garantía que incumben al primero son, según la experiencia general, la forma normal de perjudicar los intereses del mandante (STS de 10 de noviembre de 1990).

Por lo que respecta al concepto del *«perjuicio»*, se ha entendido que este puede ser tanto moral, como patrimonial, sin que, por lo tanto, resulte obstáculo para la existencia del delito, la circunstancia de que no se haya consumado el perjuicio material por el correspondiente resarcimiento de los daños causados, como consecuencia de la indemnización ya satisfecha (STS de 10 de septiembre de 1992, Ponente Sr. Ruiz Vadillo). De cualquier modo, deberá constatarse la relación de causalidad entre la imprudencia, que ahora se califica de grave, y el daño efectivamente causado, sea de la índole que sea.⁷⁸

Condena de Letrada por prevaricación derivada de actuación profesional negligente. «El hecho probado pone de manifiesto que la acusada en su condición de Abogada, aceptó un encargo profesional, relacionado con un accidente laboral que había tenido lugar en julio de 1990, se personó en las actuaciones seguidas por tal hecho en un Juzgado de Instrucción, cuya resolución archivando el caso, no recurrió, dejando luego de iniciar la correspondiente reclamación en vía civil, engañando a la cliente, a la que dijo que conocía de ella un determinado Juz-

78. «Niega el recurrente que hubiera habido negligencia en su conducta, pero el resultado de hechos afirma que recibió de su cliente la provisión de fondos precisa para pagar su minuta al Letrado de la parte contraria que ganó el pleito con costas, y lejos de satisfacerla, demoró el pago durante dos años, dando lugar a que el procedimiento de apremio siguiera su curso. No ofrece duda la negligencia y la relación de causalidad entre ésta y el daño causado surgiendo el supuesto de hecho típico del delito de prevaricación de abogados o procuradores» (STS de 11 de marzo de 1986, Ponente Sr. Rodríguez López).

gado, ante el que terminó por acudir personalmente la interesada, a la que se informó que no se había presentado su demanda, razón por la que, a finales del año 1994, la abogada —que reconoció su culpa y firmó un documento responsabilizándose— fue destituida por la cliente, que encomendó el asunto a otros profesionales. Se trata evidentemente, de una conducta inexcusablemente negligente por parte de la letra recurrente —desde julio de 1990 hasta noviembre de 1994, en que fue destituida, no inició la pertinente reclamación civil—, que ha causado una serie de graves perjuicios a su cliente. Daños de toda índole, entre ellos, los morales, inherentes al engaño de que fue objeto por parte de la abogada recurrente, con el riesgo evidente de sufrir otros patrimoniales, también inherente al extraordinario retraso en las resoluciones judiciales procedentes, dada la crítica situación económica de la entidad demandada. Consecuentemente, dado que los «perjuicios» a que se refiere el antiguo art. 360 CP (actual 467 CP 95) pueden ser tanto de índole patrimonial como de cualquier tipo, especialmente los morales, y que lo que el precepto exige es que los mismos sean consecuencia de un comportamiento activo u omisivo relacionado con las misiones encomendadas a estos profesionales, sobre la base de una relación profesional entre ellos y el cliente, es preciso concluir que, en el caso, concurren todos los requisitos precisos para la comisión del delito cuestionado».

STS de 17 de diciembre de 1997. Ponente Sr. Puerta Luis.

En cuanto al elemento subjetivo, dos son las posibilidades que recoge el apartado segundo del art. 467 CP. De una parte, la realización dolosa de la conducta que se describe en el tipo (calificada por Quintero Olivares como «*incuria intencional*»), y de otra, la realización de los mismos hechos, por imprudencia grave, según se recoge en el párrafo segundo del número 2 del precepto que comentamos; forma comisiva para la que el legislador ha previsto una penalidad más atenuada: penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

Sobre las características de ese elemento subjetivo, en los delitos de omisión, el Tribunal Supremo ha entendido que habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no ha tenido conocimiento de

la situación generadora del deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado no alcanza esta meta por la forma descuidada en la que ejecuta dicha acción (STS de 10 de noviembre de 1990, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater, con cita de varias).

9. Quebrantamiento de condena

«Un prisionero, es un predicador de la libertad.»

(Hebbel).

9.1. Introducción y bien jurídico protegido

El nuevo Código Penal reúne en su Capítulo VIII del Título XX (arts. 468 al 471), bajo la rúbrica *«Del quebrantamiento de condena»*, los antiguos arts. 334 a 336, dedicados al quebrantamiento de condena y a la evasión de presos, así como los arts. 362 y 363, relativos a la infidelidad en la custodia de presos. Es evidente, pues, que en la actualidad el rótulo del capítulo se ve desbordado por su propio contenido. Son figuras delictivas todas ellas en las que el bien jurídico protegido se concreta en el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales restrictivas de la libertad personal. En opinión de Salcedo Velasco,⁷⁹ se protege las funciones atribuidas constitucionalmente a la función jurisdiccional, dando respuesta penal a las infracciones que lesionan o quebrantan diversas etapas o estadios del ejercicio de dicha función, singularmente, la etapa final de las mismas, la de su efectividad, bien interrumpiendo el cumplimiento de sentencias, bien impidiendo el ejercicio de dicha función. Así, la STS de 26 de marzo de 1984 afirmaba que mediante dichas figuras legales, el bien jurídico que se protege *«es la administración de Justicia y, más concretamente, la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial en orden*

79. Salcedo Velasco, Andrés. *«El quebrantamiento de condena. Los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal»*. Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1997, págs. 301 y ss.

a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o de ciertas medidas cautelares recayentes sobre la persona del inculcado».

9.2. Quebrantamiento de condena

El delito de quebrantamiento de condena ya se castigó en el Código de 1870, en su Libro I y bajo el título *«De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias»*; pero fue el Código de 1928 el que lo llevó a su Libro II, dentro del Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

Sin embargo, desde la doctrina, con reiteración, se ha venido cuestionando el hecho del castigo de la evasión no violenta, puesto que lo que mueve al sujeto *«es el instinto necesario de la naturaleza humana que nos hace huir del mal, evitar el dolor»* (Pacheco). Desde esta perspectiva, la criminalización *«manifiesta un indudable abuso del ius puniendi por el Estado»* (Córdoba), habida cuenta de la existencia de sanciones disciplinarias para tales supuestos.

En el vigente texto punitivo, se contempla un tipo básico, frecuentemente denominado *«autoliberación simple»*, y un subtipo agravado.

El CP 95, recoge el tipo básico en los siguientes términos:

Art. 468 CP:

«Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos».

Obsérvese que, si se compara con el antiguo art. 334, en la norma transcrita ha desaparecido, por un lado, la expresión *«sentenciados o presos»* y, por otro lado, se ha suprimido la mención *«totalmente superflua»* (STS de 30 de marzo de 1987) que el segundo párrafo del antedicho art. 334 hacía al quebrantamiento de condena de privación del permiso de conducir.

Como ya destacó la STS de 22 de diciembre de 1981, tres son los elementos integrantes de la figura que nos ocupa:

1.º) El objetivo, constituido por el hecho de la evasión, fuga o autoliberación.

2.º) El subjetivo, representado por la voluntad de recuperar la libertad a sabiendas de la ilicitud de la decisión y del acto en el que se materializa.

3.º) El normativo, integrado por la exigencia de que la privación de libertad haya sido acordada, precisamente, en Sentencia o Auto.

Indudablemente, se trata de un delito doloso.⁸⁰ Por ello, la no incorporación al establecimiento penitenciario a la finalización de un permiso de salida, de los previstos en la LOGP, podrá dar lugar a la apreciación de este delito, pero no cuando se trate de un mero retraso (Luzón Cuesta). Asimismo –y en semejante línea argumental–, Muñoz Conde considera que no se quebranta el estado de prisión por el hecho de que el preso se ausente unas horas, cuando existe ánimo de volver.

El delito de quebrantamiento es un delito de resultado (STS de 14 de febrero de 1989) y, por ende, admite la forma de tentativa (SSTS de 3 de abril de 1987 y 9 de octubre de 1991).⁸¹

80. «Encontrándose internado el procesado –como preso provisional a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Hospitalet de Llobregat» en el Sanatorio Psiquiátrico de San Baudilio de Llobregat –por no saber leer ni escribir, ni haber comprendido la orden judicial de detención y carecer el citado establecimiento de condiciones de guardia para los allí reclusos», el referido procesado aprovechando la circunstancia de ser día de visitas públicas, se ausentó del local, marchándose por la puerta principal, de cuya transcripción se desprende de modo inequívoco la carencia de intención delictiva en el procesado al realizar su evasión, al consignarse por el Tribunal «a quo» como hecho probado, aun sin serlo en rigor, la premisa del desconocimiento de la antijuricidad en su actuación del procesado, que es presupuesto necesario del dolo o intención que ha de concurrir para la imputación de la culpabilidad intrínseca» (STS de 2 de diciembre de 1976).

81. «... siendo dicho delito, en la generalidad de los casos, un delito de resultado en que la acción del sujeto activo debe ir seguida, para que el tipo se realice en su integridad, de una mutación perceptible en la realidad exterior, que pueda ser separada en el espacio y en el tiempo de aquella actividad, cual es, en el supuesto que nos ocupa, el trueque de la situación de coerción deambulatoria que normalmente suponen la condena, la prisión, la conducción y la custodia, por otra de libertad en que tales trabas desaparezan, claro está que tal cambio de situación no llega a producirse, en su plenitud, si el individuo fugado no consigue romper el vínculo o nexo constrictivo que sin duda mantie-

Según ST AP de Madrid, Sección 15.ª, de 9 de febrero de 1998, ponente Sr. Alberto Jorge Barreiro,

«... El mero retraso en la reincorporación al Centro penitenciario, después de un permiso, para asistir esa mañana al tratamiento de su drogadicción, que llevaba con anuencia de las autoridades penitenciarias, no constituye el delito de quebrantamiento de condena, recogién-dose el principio de insignificancia como una de las causas de atipicidad.»

Asimismo, según la ST AP de Valencia, Sección 2.ª, de 23 de enero de 1998, ponente Sr. Roberto Beans Oficial, determina que:

«... el delito de quebrantamiento de condena exige que el sujeto activo sea un preso o sentenciado, situación jurídica que exige un auto de prisión o sentencia firme condenatoria; requiere objetivamente el hecho del quebrantamiento, evasión o incumplimiento de la condena y precisa subjetivamente la voluntad del condenado de recuperar la libertad a sabiendas de la ilicitud de la decisión y del acto en que se materializa.

Quebranta la condena el acusado, condenado por sentencia a una pena de arresto menor que debía cumplir en su domicilio y que se ausenta del mismo aun cuando sabía que no podía hacerlo.»

La agravación —que ha venido denominándose «autoliberación cualificada»— la contiene el art. 469 CP:

Art. 469 CP:

«Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años».

nen los perseguidores con respecto al perseguido, en tanto éste no logra siquiera momentáneamente, burlar a los primeros y, en consecuencia, escapar a su control» (STS de 18 de mayo de 1987).

A la luz del texto transcrito, resulta, en primer término, que sólo puede ser sujeto activo el preso preventivo o el sentenciado; y, en segundo lugar, que la cualificación se manifiesta a través de cuatro diferentes *modus operandi*: empleo de violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o tomando parte en motín.

Conviene poner de relieve que la jurisprudencia ha entendido por «fuerza en las cosas» la propia y verdadera *vis phisica* (STS de 9 de febrero de 1987), sin que sea admisible en el delito de quebrantamiento la extensión de dicho concepto a los contenidos previstos en el art. 238 CP para el delito de robo. De este modo lo argumentaba el Tribunal Supremo:

«En cuanto a la significación y alcance de «fuerza en las cosas», algunos sectores doctrinales entienden que, dentro de dicha «*vis in rebus*», se deben incluir el escalamiento y el uso de llaves falsas puesto que es preciso concatenar el art. 335 con el art. 504, ambos del Código Penal, mientras que, otros sectores doctrinales, con mejor criterio, sostienen que, la interpretación de «fuerza en las cosas» debe realizarse «*in situ*», es decir, dentro del mismo precepto y no acudiendo a una interpretación que, disfrazada de sistemática, sería, en el fondo, analógica y, por tanto, proscrita en el seno del Derecho Penal, añadiendo que sólo hay fuerza en las cosas cuando se violentan éstas de un modo físico, quebrantando, con esfuerzo, los obstáculos materiales que se oponen a la fuga del recluso o la del preso. Este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al escalamiento o al uso de llaves falsas, si bien parece indudable que, en beneficio del reo y huyendo de toda hermenéutica extensiva, debe restringirse, el concepto de fuerza en las cosas, al puramente gramatical, sin llevarlo a cotas legales demostrativas no de esfuerzo físico, sino de la destreza, astucia, habilidad o agilidad del infractor; sin embargo, en lo que respecta a rompimiento de techo, pared o suelo, o fractura de puerta o ventana, toda duda se disipa, pues la Sentencia de este Tribunal de 28 marzo 1974, aplicó el subtipo agravado cuando se violentan los junquillos de una ventana, retirando las rejas que impedían la salida o la entrada, mientras que, la sentencia de 11 noviembre 1985, declaró que, hay fuerza en las cosas, tanto si se excava un túnel para fugarse como si se reabre el ya excavado por otros, saliendo, a través de él, al exterior del establecimiento penitenciario de autos».

STS de 30 de marzo de 1987. Ponente Sr. Vivas Marzal.

Cuando concurren varias modalidades agravatorias de las contempladas en el art. 469 CP, se aplicará el principio de la absorción *—lex consumens derogat leges consumptas—* a los resultados producidos por los medios utilizados (lesiones, daños, etc.). Sin embargo, si la figura concurrente lleva aparejada una pena más grave (por ejemplo homicidio), será de aplicación el art. 8 CP. Como señala la STS de 17 de marzo de 1992, es doctrina jurisprudencial que si concurren varias agravaciones, bastará una de ellas para cualificar el tipo básico «y las otras, bien quedarán absorbidas por éste, bien si constituyen otros delitos más graves entrarán en concurso con el quebrantamiento de condena».

Con la palabra «*motín*», que significa movimiento o levantamiento de un grupo de internos contra las autoridades que los custodian, se ha sustituido la antigua expresión «*de acuerdo con otros reclusos*» (cfr. art. 335 del anterior Código).

9.3. Facilitación de la evasión

La participación de terceros posibilitando la evasión de quien se halla privado de libertad se encuentra tipificada en los dos últimos preceptos del Capítulo que comentamos.

Art. 470 CP:

«1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en la personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.

3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigara con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas».

Así, el tipo básico lo establece el art. 470.1, en el que es castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinti-

cuatro meses «el particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción».

Como señala García Albero,⁸² no proporciona la evasión quien meramente coadyuva a ella con un acto de fácil sustitución por parte de quien se evade. La contribución habrá pues de ser relevante, en los términos de la complicidad necesaria, sin que en ningún caso la conducta típica alcance a quien facilite la evasión del sujeto, no estando recluido ni siendo objeto de conducción (Vives).

El referido tipo delictivo aparece agravado por dos motivos:

A) «*Si se empleara al efecto violencia o intimidación en la personas, fuerza en las cosas o soborno*». La pena será de prisión de seis meses a cuatro años (art. 470.2 CP). Vives Antón subraya que, aquí, «soborno» tiene un sentido más amplio que el de cohecho, comprendiendo las dádivas a personas que, sin ser funcionarios públicos, puedan facilitar la evasión.

B) «*Si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido*». En este supuesto se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, y, además, el funcionario será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos (art. 471 CP).

Asimismo, la pena queda sensiblemente atenuada si quien favorece la evasión del condenado, preso o detenido es su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o por adopción, o afín en los mismos grados. Concretamente, la pena será de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal optar por imponer tan sólo las penas correspon-

82. Véase en, Comentarios a la Parte Especial del Código Penal (Quintero Olivares, dir.), op. cit., pág. 1365.

dientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas (art. 470.3 CP).

Recientemente, en este ámbito, la Fiscalía General del Estado ha comunicado a todos los fiscales que los detenidos que escapen de la Policía, aunque su arresto sea por orden judicial, no cometen delito de quebrantamiento de condena. Así consta en el texto de una «consulta» en el que la Fiscalía General establece que hay que excluir del artículo 468 del Código Penal, que castiga el quebrantamiento de condena, «los supuestos en los que la medida quebrantada sea una detención, tanto policial como judicial». La consulta autoriza a considerar incursos en delitos de quebrantamiento de condena a «los terceros que facilitan la evasión de cualquier persona que haya sido detenida en atención a un proceso penal ya incoado o por incoar». El texto ha sido fruto de la pregunta de una Fiscalía ante la regulación de estos delitos en el nuevo Código Penal y en concreto la duda era si la situación de detención puede equipararse a la de condenado o preso a efectos de servir de presupuesto para castigar como tal delito esta infracción, ya que la legislación vigente se presta a «diversas interpretaciones». La consulta señala que los delitos de quebrantamiento de condena sólo puede tener operatividad en el marco de un proceso penal, es decir, no se incurre en tal delito si se quebrantan decisiones judiciales de otra naturaleza, como por ejemplo la expulsión de un extranjero. Tampoco en los casos de quebrantamiento de medidas cautelares, como la fianza, las citaciones cautelares y otras la Fiscalía estima que la detención es «formalmente» una medida cautelar. No obstante, aclara que «si el detenido que elude su custodia antes de ser puesto a disposición judicial sabe que su captura se debe a una orden judicial, la evasión sí constituirá el delito».

CONSULTA N.º 3/1998, 3 DE ABRIL. DETENCIÓN Y DELITOS DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

I. INTRODUCCIÓN

Ante la nueva regulación de los delitos de quebrantamiento de condena en el Código Penal de 1995 se pregunta la Fiscalía que eleva su la situación

de detención puede parificarse a las de condenado o preso a efectos de servir de presupuesto a la infracción que castiga como autoquebrantamiento el art. 468 citado Cuerpo Legal. Aunque la consulta se ciñe a tal precepto, no puede contestarse sin una aproximación integral que contemple globalmente todos los delitos descritos en el Capítulo VII del Título XX del Libro II del Código Penal intitulado «Del quebrantamiento de condena».

Tradicionalmente doctrina y jurisprudencia venían excluyendo al detenido del círculo de posibles sujetos activos de los delitos de autoquebrantamiento que el Código Penal derogando recogía en su art. 334, antecedente inmediato del actual art. 468. Tan sólo los presos en sentido estricto y los condenados podían incurrir en la conducta penada en el citado precepto.

La supresión en el art. 468 de las referencias a cualidades personales que sí figuraban en el art. 334 («*Los sentenciados o presos*») y la inclusión expresa del quebrantamiento de medidas cautelares junto a las tradicionales «condena, prisión, conducción o custodia», hace surgir el interrogante. Como expone de forma bien documentada la Fiscalía consultante la detención no deja de ser una medida cautelar por lo que formalmente su quebrantamiento, *prima facie*, encajaría en el nuevo tipo penal, rompiéndose así con la tradición.

La cuestión planteada es más compleja de lo que pudiera parecer inicialmente y seguramente no sea posible llegar a una respuesta totalmente satisfactoria y coherente pues en este punto el Código Penal de 1995 adolece de cierta incongruencia. El tratamiento dado a este específico tema por el legislador parece haber sido más inconsciente que meditado y se presenta no como el fruto de una reflexión y consiguiente toma de postura, sino más inconsciente que meditado y se presenta no como el fruto de una reflexión y consiguiente toma de postura, sino más bien de los vaivenes a que se han visto sometidos estos delitos. Por eso no se puede ni entender ni interpretar la regulación vigente sin tener presentes tanto las normas que disciplinaban esta materia en el Código inmediatamente anterior como los textos prelegislativos que se han ido sometiendo hasta que vio la luz el Código Penal de 1995.

II. TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL DEROGADO

El Código Penal derogado repartía en dos Títulos distintos la tipificación de delitos relacionados con el cumplimiento de resoluciones judiciales penales.

Dentro de los clásicos *delitos de quebrantamiento de condena* ubicados entre los delitos contra la Administración de Justicia se sancionaba a «los

sentenciados o presos que quebranten su condena, prisión, conducción o custodia» (art. 334). Doctrina y jurisprudencia convinieron que bajo la expresión «presos» no podían cobijarse los detenidos, pues debía entenderse en un sentido técnico procesal (Ss. 12 de marzo de 1957, 28 de abril de 1961, 28 de marzo de 1974, 22 de diciembre de 1981, 26 de marzo de 1984 y 30 de octubre de 1985, entre otras; igualmente pueden verse las Consultas 26/1899 y 3/1945, de 15 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo). Era opinión mayoritaria, sólo ensombrecida por aisladas voces, considerar que la situación de detención no podía servir de presupuesto para el delito de autoquebramiento tal y como había sucedido en nuestros Códigos Históricos con la única excepción del Código de 1928.

Muy diversa había de ser la exégesis de los *delitos de infidelidad en la custodia de presos*, sistematizados junto a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, en los que, pese a la rúbrica del capítulo, se recogía expresamente la situación de detención al castigarse al funcionario público «culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido» (art. 362).

En una zona intermedia y dejando un amplio margen para la duda había que ubicar los *delitos de evasión de presos* situados junto a los de los establecimientos penales alguna persona recluida en ellos, o le proporcionen la evasión» se omitía una referencia expresa a los detenidos a diferencia del Código Penal de 1932. Pero se permitía incluir esas situaciones en la tipicidad siempre que se tratase de detenidos recluidos en un establecimiento penal (o conducidos, párrafo 2.º del precepto), como hizo la jurisprudencia (S 5 de octubre de 1983) con el respaldo de un sector doctrinal, pero despertando reticencias y objeciones en otros no menos autorizados comentaristas que invocando la rúbrica del capítulo («evasión de presos»), y el bien jurídico protegido por el Título («Administración de Justicia») rechazaban esa interpretación.

En consecuencia, sintéticamente expuesta, la situación precedente era la impunidad del autoquebrantamiento de la detención y el castigo de cualquier intervención de terceros en la evasión del detenido (claramente cuando lo hacía un funcionario encargado de su custodia; más dudosamente cuando se trataba de un particular que no hubiese recibido el encargado específico a que se refería el art. 363).

III. TEXTOS PRELEGISLATIVOS

Los anteproyectos, borradores y proyectos que se han ido sucediendo desde el de 1980 y que han conducido finalmente al Código Penal de

1995 han corpartido unas líneas omunes en materia de delitos que quebrantamiento de condena. Todos acaban con esa dispersión, característica del Código derogado agrupando las distintas infracciones relativas a quebrantamientos de condena en el seno de los delitos contra la Administración de Justicia. Esa reubicación sistemática, aunque de forma probablemente ni querida ni buscada, puede repercutir también en la interpretación de los tipos en la medida en que el bien jurídico protegido proclamado al inicio de la rúbrica puede servir de criterio exegético.

La cuestión concreta que se analiza ha sido abordada de forma diferente por los distintos textos.

El Proyecto de 1980, donde están en germen muchas de las soluciones que luego ha venido a consagrar el Código Penal de 1995, pretendía aclarar la cuestión debatida asumiendo una explícita posición en favor de castigar el quebrantamiento de la situación de detención en todo caso, equiparándolo al quebrantamiento de condena y de la evasión de *detenidos y presos* y en todos sus tipos se mencionaba expresamente a los detenidos junto a los penados y a los presos (arts. 518 a 520).

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 de marcha atrás y pretende perpetuar el *status quo* alcanzado bajo el Código de 1944. Para evitar discordancias semánticas rotula al capítulo con la leyenda «Del quebrantamiento de condena y de la evasión por terceros —funcionarios o no— donde quedaba expresamente castigada la conducta consistente en proporcionar la fuga a detenidos (arts. 447 a 450).

El Proyecto de 1992 mantiene una línea semejante ciñendo las tipicidades a los sentenciados y presos en los delitos de autoquebrantamiento (arts. 447 a 448) y ampliándola a la situación de detención en los de evasión proporcionada por tercero (arts. 449 y 450). Ahora, en cambio, la rúbrica del capítulo reza abreviadamente: «Del quebrantamiento de condena».

El Proyecto de 1994, sin embargo, introduce sensibles variaciones en este punto. En el delito de autoquebrantamiento junto a la condena, la medida de seguridad, conducción o custodia, añade las *medidas cautelares* (art. 445). De forma congruente el precepto ya no comienza refiriéndose a «los sentenciados o presos» sino que se alude a un sujeto activo indeterminado: «los que...», modificación gramatical inevitable en cuanto que el sometido a una medida cautelar normalmente no será ni sentenciado ni preso. Con ello, al querer ampliar el radio de acción del tipo extendiéndolo a todo género de medidas cautelares, se abre la puerta, posiblemente de manera inadvertida, a la posibilidad de contemplar la situación de detención dentro del autoquebrantamiento.

IV. SINTESIS DE LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Durante la tramitación parlamentaria no se introdujeron modificaciones relevantes en cuanto allí interesa con lo que el confuso panorama que presenta el Código Penal vigente es el siguiente:

a) Agrupadas bajo la inexacta rúbrica «Del quebrantamiento de condena», y dentro del Título destinado a los «Delitos contra la Administración de Justicia» se recogen dos figuras que regulan el «autoquebrantamiento» (arts. 468 y 469) y otras dos dedicadas a la evasión proporcionada por terceros (arts. 470 y 471).

b) La figura básica de autoquebrantamiento (art. 468) no establece expresamente restricción alguna en cuanto al sujeto activo («Los que...»), incluyéndose expresamente la violación de *medidas cautelares*.

c) El tipo agravado de autoquebrantamiento (art. 469) en virtud de las modalidades comisivas, sin embargo, en sintonía con los textos precedentes, sí que limita su campo de aplicación a los «sentenciados o presos», pese a no existir razón alguna para realizar en este punto una construcción no paralela con la del artículo precedente que regula el tipo básico.

d) En los delitos de evasión (arts. 470 y 471) se incluye expresamente al detenido junto al condenado y al preso, con lo que parece evidenciarse la voluntad del legislador de dar a estos tipos una mayor amplitud en este extremo.

Esbozado así en gruesos trazos el panorama legislativo vigente una primera consideración salta a la vista y es la imposibilidad de buscar unas premisas coherentes que sirvan de norte para fijar el alcance de cada uno de los preceptos en orden a la inclusión o no de las situaciones de detención, lo que hace que sean admisibles muy diversas interpretaciones por contar todas con argumentos que las avalan al tiempo que todas son también merecedoras de alguna objeción de consideración.

V. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Al realizarse la exégesis de los delitos de quebrantamiento de condena ha de subrayarse de una forma especial la necesidad de interpretación restrictiva que ha de presidir todas las normas penales y que se acentúa de forma particular en estas infracciones que tradicionalmente han sido miradas con recelo por la doctrina. El delito de autoquebrantamiento — se ha dicho — representa un abuso del *ius puniendi* del Estado. No es

exigible al preso una conducta distinta: «¿Teméis que se os evadan los presidiarios? —argumentaba Pacheco con palabras reiteradamente citadas—. Celad su custodia, cuanto sea permitido a la naturaleza humana. Pero no extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos; porque para eso sería menester que fuesen santos o que no fuesen hombres».

Es cierto que las tendencias del moderno Derecho Penal hacia otras formas de cumplimiento distintas del régimen cerrado y hacia otro tipo de penas que exigen cierta colaboración por parte del penado debilitan esas argumentaciones y así lo ha entendido el legislador de 1995 que ha querido mantener bajo la amenaza penal esas infracciones. Pero en cualquier caso, esas consideraciones que en otros países han movido a tipificar la autoliberación tan sólo cuando va acompañada de violencias o desórdenes, sancionado a nivel puramente penitenciario el resto de las evasiones, alientan a manejar con especial cuidado las herramientas interpretativas para reducir los tipos de quebrantamiento de condena a su ámbito más estricto. Máximo si se constata que el legislador no ha sido muy cuidadoso con el lenguaje en estos tipos y se ha preocupado muy poco de perfilar las conductas alumbrando unos tipos desmesuradamente abiertos.

En efecto, la interpretación puramente literal de estos tipos penales no es en modo alguno tolerable y está fuera de toda duda que se imponen de entrada una serie de recortes de su ámbito de aplicación evidentes por más que la estricta dicción de los preceptos llevaría a otras consecuencias. Así, por ejemplo, aunque la ley no diga nada y no se deduzca de ella lo contrario, los tipos de quebrantamiento de condena sólo pueden tener operatividad en el marco de un proceso penal. El quebrantamiento de condenas de otra naturaleza como las recaídas en el orden civil o laboral o incluso los pronunciamientos civiles de sentencias penales no pueden constituir estos delitos. Así lo evidencia la supresión durante la tramitación parlamentaria del art. 450 del Proyecto de Código Penal de 1995 donde se tipificaba expresamente la negativa, pese al requerimiento llevado al efecto, a cumplir resoluciones dictadas en ámbitos distintos del penal. Y antes de la remisión a las Cortes Generales se habían expurgado del proyecto los quebrantamientos de otras decisiones judiciales de naturaleza no penal (como la expulsión de un extranjero).

La alusión al quebrantamiento de medidas cautelares también debe ser interpretada restrictivamente si no se quiere ampliar desmesuradamente el ámbito de aplicación del art. 468 CP. De ahí que con acierto se haya sostenido que aquellas medidas cautelares cuyo incumplimiento de-

termina legalmente otra consecuencia subsidiaria —fianza, citación cautelar...— no pueden servir de soporte para la comisión de este delito. Hay que exigir como presupuesto implícito de este delito la insolubilidad normativa de la crisis que la voluntad rebelde del sometido a la decisión judicial provoca al incumplir o impedir la eficacia de esa resolución. Cuando el ordenamiento ha previsto otras medidas alternativas o subsidiarias inmediatas, no podrá hablarse de quebrantamiento punible (señaladamente sucede así con la pena de multa cuyo incumplimiento da lugar al embargo o, en su caso, la responsabilidad personal subsidiaria).

VI. CUESTIONAMIENTO DE LA CONCEPTUACIÓN DE LA DETENCIÓN NO JUDICIAL COMO MEDIDA CAUTELAR

Una primera opción interpretativa consistiría en excluir las situaciones de detención no judicial del ámbito del art. 468 CP. Partiendo de esa necesidad de interpretación restrictiva, se llegaría a concluir que la situación de detención, salvo que hubiese sido decretada judicialmente, nunca podría servir de presupuesto para el delito de autoquebrantamiento del art. 468, por no poder ser considerada propiamente una medida cautelar a tales efectos. Es la tesis que, tras ser debatida en Junta, ha sido asumida por la Fiscalía consultante.

A la hora de dotar de su auténtico alcance penal a la mención a las medidas cautelares contenida en el art. 468 hay que moverse con extremadas reservas en virtud de las consideraciones que se han efectuado. Aun no pudiendo conocerse el pensamiento que animaría al legislador al realizar esa previsión, dada la ausencia de una detallada Exposición de Motivos, pudiera sostenerse que se estaba pensando en medidas como la de privación cautelar del permiso de conducir (art. 529 bis LECrim.). El incumplimiento de tal medida cautelar resultaría paradójicamente más penado como desobediencia [arts. 556 CP y 785.8.º, c), párrafo penúltimo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] que el quebrantamiento de una pena de idéntica naturaleza ya impuesta en sentencia firme. La inclusión de las medidas cautelares en el seno del delito de autoquebrantamiento subsanada esa llamativa discordancia penológica, pero al mismo tiempo traía de la mano otros problemas derivados de la extremada extensión y variedad de las «medidas cautelares» que pueden recaer en un proceso penal, cuando no todas justifican ante su incumplimiento el recurso a la sanción penal.

Y entre esos problemas está el de la inclusión o no de la detención entre las posibles situaciones cobijadas detrás de los términos «medida cautelar»

empleados en el art. 468 CP. Formalmente estamos ante una medida cautelar al participar de la nota de jurisdiccionalidad característica de las medidas cautelares en el proceso penal. La detención policial o la llevada a cabo por un particular, aunque por extensión sea catalogada como medida cautelar, no puede ser reputada en rigor como tal. De ahí que haya sido denominada medida cautelar provisionalísima o «medida precautelar» en cuanto sirve no para garantizar directamente los fines del proceso, sino para garantizar la posible adopción de las auténticas medidas cautelares.

Aun siendo meritorio el esfuerzo exegético realizado para ceñir el concepto de medidas cautelares, no parece que legalmente exista base suficiente para, más allá de discusiones dogmáticas y cuestiones semánticas, negar a la detención preventiva no practicada por la Autoridad Judicial pero realizada en virtud de la posible comisión de un delito el carácter de medida cautelar. Como medida cautelar la ha caracterizado merece al propio Código Penal en su art. 34.1.

VII. CONSIDERACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Negada la posibilidad de una interpretación por la vía apuntada que expulse de los términos «medida cautelar» los supuestos de detención no judicial, tendríamos que en principio los requisitos de tipicidad aparecerían cumplidos y la autoliberación del detenido por la Policía Judicial o incluso por un particular (art. 490) merecería la sanción prevista en el art. 468 en contra de lo establecido en los textos penales precedentes y sin que el legislador haya ofrecido razón alguna para ese sustancial cambio que en todo caso sería plenamente legítimo por tratarse de una opción de política criminal.

Sin embargo, el recurso a una interpretación en concordancia con el bien jurídico protegido permitiría a tenor de esta primera tesis corregir los resultados de la interpretación literal. Si el quebrantamiento de condena está incluido entre los delitos contra la Administración de Justicia cuyo bien jurídico protegido común comporta esa referencia judicial, la detención para merecer esa tutela penal necesitará tomar apoyo en una resolución judicial: por tanto sólo las detenciones acordadas judicialmente podrán servir de presupuesto para el delito de autoquebrantamiento previsto en el art. 468 CP. La autoliberación del detenido gubernativamente sería impune como ha sucedido en la mayoría de nuestros Códigos históricos. Con ello, por otra parte, se soslaya la problemática derivada de considerar delictiva la autoliberación cuando es un particular quien ha procedido a la detención.

Si los delitos contra la Administración de Justicia han de conllevar un cierto menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado y por tanto los de quebrantamiento de condena deben tener como norte proteger la efectividad de determinadas resoluciones judiciales en el marco del proceso penal, esas características sólo concurren en las detenciones acordadas judicialmente y no en otro tipo de detenciones practicadas en atención a un proceso penal que en algunos casos incluso puede no haberse iniciado todavía. Considerar que también en esos casos se está protegiendo la efectividad de una futura e hipotética resolución judicial de prisión carece de la solidez suficiente.

VIII. DETENCIÓN Y DELITOS DE EVASIÓN E INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE PRESOS

Ahora bien, esta tesis iría mucho más allá del ámbito del art. 468 CP. Si es el bien jurídico protegido el que determina esa interpretación restrictiva no hay ninguna razón para no realizar igual exégesis en relación con los delitos de evasión de presos. De esa forma las referencias a los detenidos que se contemplan en los arts. 470 y 471 (evasión de presos y antigua infidelidad en la custodia de presos, *nomen* que subsiste por mor de la Disposición Final 2.^a del Código Penal) habrían de entenderse en el sentido de abarcar exclusivamente a los detenidos en virtud de resolución judicial. El traslado sistemático de los delitos de infidelidad en la custodia de presos habría tenido así un alcance mucho mayor que el de pura ordenación al imponer una exégesis más restrictiva de unos tipos penales que en lo sustancial siguen diciendo lo mismo.

Es cierto que esta interpretación acabaría con algunos problemas dogmáticos (como el tema de la participación del propio detenido en las conductas de evasión) en la medida en que parificaría totalmente las situaciones de detención, prisión y condena contempladas por todos los delitos de quebrantamiento de condena.

Pero no deja de encerrar cierta osadía interpretativa deducir de un simple traslado sistemático esas graves consecuencias —declaración de impunidad de la conducta consistente en proporcionar la fuga a un detenido incluso cuando sea llevada a cabo por un funcionario público—. Las rúbricas de los títulos y capítulos no siempre buscan la exactitud que a menudo es sacrificada por la elegancia o brevedad teniendo tan solo un carácter orientador. Extremar su significación exegetica puede suponer un claro abuso. Y en este campo de los delitos contra la Administración de Justicia esos peligros se ponen de manifiesto de una ma-

nera singular si se atiende a otros delitos encuadrados bajo tal rúbrica. Algunos de ellos, como el tipificado en el art. 450 —omisión del deber de impedir determinados delitos— tienen una referencia muy lejana a la Administración de Justicia. Y otros —como el de deslealtad profesional del art. 467— cubren casos (actuaciones profesionales no procesales de los abogados) en los que la Administración de Justicia no está presente ni siquiera de forma implícita o indirecta. Por otro lado, también en la violación de una detención, aunque no haya sido decretada judicialmente ni se haya acordado en el seno de un proceso penal sino que sea previa al mismo, existe una lesión para los fines del proceso judicial por lo que no puede afirmarse de manera tan rotunda que la inclusión del quebrantamiento de detenciones no decretadas judicialmente supone violentar la rúbrica del Título, siempre y cuando se excluyan todas aquellas detenciones que no se realizan en función de un proceso penal.

No parece que la voluntad del legislador haya llegado al punto de considerar impune la actuación del funcionario público que, abusando de esa condición, proporciona la fuga a un detenido. Aunque también es justo reconocer que muchas de esas conductas, de mantenerse la exégesis antes apuntada excluyendo las detenciones no judicial del ámbito de los arts. 470 y 471, podrían ser reconducidos a los delitos de encubrimiento del art. 451.3.ªb).

IX. LA TESIS FAVORABLE A LA INCLUSIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL ARTÍCULO 468

En el extremo opuesto se situaría la tesis favorable a contemplar en el art. 468 todas las situaciones de detención ordenadas a un proceso penal; hayan sido decretadas por la Autoridad Judicial o no. Tan sólo quedarían fuera del ámbito del precepto las detenciones realizadas en desconexión de un proceso penal como pueden ser las detenciones practicadas al amparo de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Todo intento de erradicar de los términos «medida cautelar» la detención, sea policial o judicial, está condenado a tenor de esta tesis al fracaso. Si el legislador ha contemplado expresamente la detención de los arts. 470 y 471, no resulta incongruente que también en el art. 468 esta penado el quebrantamiento de la detención, sin que suponga ello un criterio que pueda ser denostado: algunos autores lo defendieron bajo la vigencia del anterior Código y en el Proyecto de 1980 se optaba con claridad por la punición. Los problemas derivados de la detención

por un particular subsisten también, aunque ciertamente atenuados, en relación con los arts. 470 y 471. Y lo que debe exigirse en todo caso es que la detención esté ya consumada. El tipo requiere quebrantar una situación de detención ya efectuada y en vigor: no basta eludir la detención que se está intentando o que todavía está en fase de realizarse que es lo que sucederá normalmente cuando lo evitado sea la detención intentada por un particular. Las conductas consistentes en eludir la detención no serán en ningún caso delictivas. En estos tipos se exige el quebrantamiento de la medida o condena ya en aplicación. No se está castigando el no sometimiento voluntario al inicio de la ejecución. Por eso lo mismo que quien conoce que se ha dictado un auto de prisión en su contra o quien no se presenta voluntariamente a cumplir la condena que le ha sido impuesta no cometen este delito, tampoco lo cometería quien consigue eludir una detención que se ha comenzado a practicar pero que todavía no se ha llegado a constituir de forma definitiva.

X. INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE: ATIPICIDAD DE LA AUTOLIBERACIÓN DEL DETENIDO

En un terreno inmediato podría defenderse aún alguna otra posición interpretativa tendente a perpetuar el régimen imperante bajo la vigencia del Código Penal derogado. La alternativa maniquea entre excluir la detención de todos los tipos de quebrantamiento de condena o entenderla incluida en todos se rompería a través de esta vía expéctica.

En favor de ella milita en primer lugar un argumento histórico. Los antecedentes prelegislativos parecen demostrar que no ha habido intención del legislador de modificar el entendimiento que venía haciéndose de los arts. 334 y 336 y 362 CP. En el delito de autoquebrantamiento se quería excluir la situación de detención como demuestra la dicción del art. 469 que ciñe el círculo de posibles sujetos activos a los sentenciados o presos: no ha habido voluntad de modificación en ese particular aunque al contemplarse ahora las medidas cautelares se la proporcionado, seguramente de forma inadvertida, la base para sostener la inclusión de la situación de detención en el delito de autoquebrantamiento, pero una interpretación sistemática —art. 469— e histórica, permitiría salvar el escollo. El argumento *a contrario* derivado de la comparación con los arts. 470 y 471 reforzaría esta estimación.

La consideración sistemática e integrada de los arts. 468 y 469 conduce a excluir al detenido como posible sujeto activo de esas infracciones. La omisión en el art. 469 del detenido no es casual, sino que es de-

liberada y obedece sin duda al propósito de mantener el régimen preventivo. La lógica interna que en la fijación de las penas se deriva de una interpretación sistemática de ambos preceptos desemboca inequívocamente en esa conclusión: afirmada la tipicidad del autoquebrantamiento del detenido no existiría razón alguna para no cualificar punitivamente los supuestos de violencia.

Esta conclusión valdría también para el detenido judicialmente que quedaría igualmente implícitamente excluido de la tipicidad descrita en el art. 468 CP. Aunque aquí hay que apostillar algo respecto de la situación del rebelde que al ser detenido elude su custodia antes de ser puesto a disposición judicial. Al respecto debe considerarse vigente la doctrina contenida en la Ss. de 24 de mayo de 1967, 22 de diciembre de 1981 y 30 de octubre de 1985 que entienden que podemos estar ante un delito de quebrantamiento de condena pues ya se le puede considerar preso. En efecto, desde el momento en que el detenido sabe que su captura se debe a una orden judicial, para lo que no es imprescindible la notificación, la evasión constituirá este delito. Si faltase ese conocimiento estaríamos ante un supuesto de error sobre un elemento del tipo.

Otro significativo aval de la tesis favorable a excluir todos los supuestos de detención del ámbito típico del art. 468 es la expresa mención de los detenidos en los arts. 470 y 471 por contraste con el art. 469. En concordancia con los anteriores delitos de infidelidad en la custodia de presos y con la interpretación jurisprudencial del derogado art. 336, esa mención expresa, sin matizaciones, lleva a rechazar todo intento de excluir de tales expresiones las detenciones no judiciales. La contemplación de algunos otros de los tipos cobijados bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración de Justicia» permite descubrir que no es en modo alguno forzado incluir bajo esa rúbrica la violación de situaciones de detención no acordadas por la Autoridad Judicial pero sí realizadas en función de la averiguación de un delito y por tanto en dependencia de un proceso penal ya existente o a incoar inmediatamente.

El desarrollo argumental realizado en estas páginas sirve para afirmar que no existen en el punto objeto de debate soluciones seguras y precisas. Pero aun presentado como todas las demás algunos flancos débiles, la última posición expuesta resulta más apta para ser asumida por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las aclaraciones que pueda hacer la jurisprudencia. A ella conducen las razones sistemáticas (exclusión del detenido del subtipo agravado del art. 469 en contraposición a los arts. 470 y 471); históricas (apariencia de que no ha existido voluntad de cambio); y teleológicas (consideración del bien jurídico pro-

tegido que llevaría a excluir las medidas no jurisdiccionales, salvo que conste la voluntad expresa del legislador como sucede en los arts. 470 y 471) que han quedado expuestas. Esas razones pesarían más que las impuestas por una simple interpretación literal de la locución «medidas cautelares», máxime en un tipo redactado en forma tan abierta que todos coinciden en excluir de su ámbito muchas conductas que gramaticalmente sí encajarían (como el quebrantamiento de medidas o condenas no derivadas de procesos ante el orden jurisdiccional penal).

CONCLUSIONES

1.ª Del delito del art. 468 hay que excluir los supuestos en que la medida quebrantada sea una detención, tanto policial como judicial.

2.ª La mención expresa del detenido en los arts. 470 y 471 sí autoriza a considerar incursos en tales tipos a los terceros que facilitan la evasión de cualquier persona que haya sido detenida en atención a un proceso penal ya incoado o por incoar.

10. Bibliografía

Obras Generales:

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Comentarios a la Legislación Penal, t. V, Madrid, 1985.

CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, t. III, 1978.

FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, Murcia, 1956.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), Código Penal Comentado, Madrid, 1990.

LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, 1996.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 1996.

QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español, Barcelona, 1992.

QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Pamplona, 1996.

RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 1977.

VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, v. II, Valencia, 1996.

Monografías y Artículos:

BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en Documentación Jurídica, núms. 37-40, Madrid, 1983.

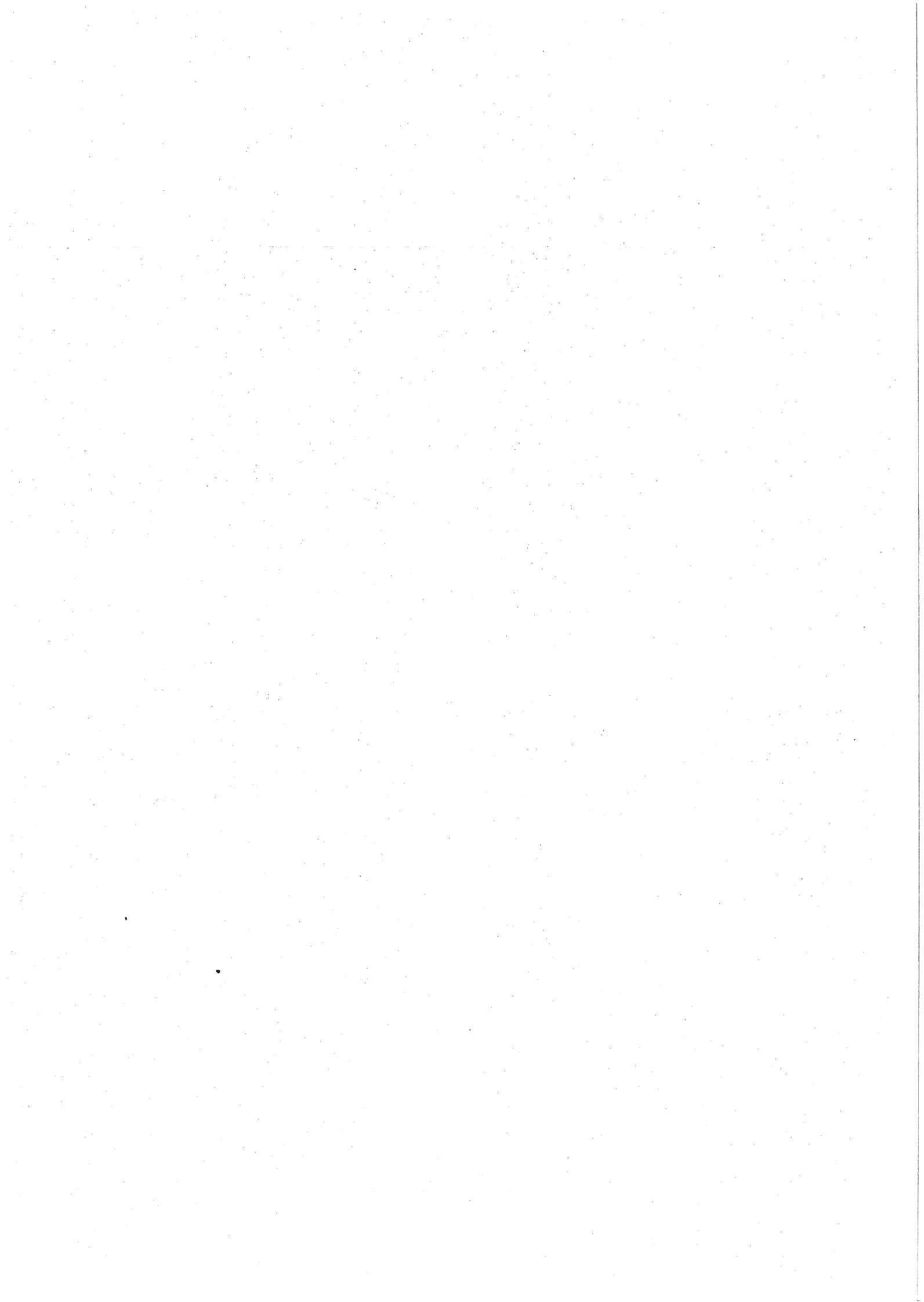
- BAJO FERNÁNDEZ, La realización arbitraria del propio derecho, 1976.
- BELLO LANDROVE, «Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en los delitos de prevaricación en el Código Penal español», en RGLJ, 1977.
- BERNAL VALLS, El falso testimonio, Madrid, 1993.
- CANTARERO BANDRES, Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, Madrid, 1995.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Encubrimiento y receptación, Barcelona, 1955.
- CUELLO CONTRERAS, Jurisprudencia y prevaricación, La Ley, 1993.
- DE LA MATA, La realización arbitraria del propio derecho, Madrid, 1995.
- DE TORRES AGUILAR, «El delito de acusación y denuncia falsas y las faltas», en Pretor, núm. 2, 1952.
- DÍAZ PITA, El delito de acusación y denuncia falsas, Barcelona, 1996.
- ELIAS MONDEJA, «Delitos contra la Administración de Justicia», RGD, 1994.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva, La Ley, 1993.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, «La acusación y denuncia falsas en el marco de los delitos contra la Administración de justicia». Actualidad Penal n.º 28, de 7 de julio de 1997.
- FERNÁNDEZ GARCÍA y LÓPEZ MORENO, «Consideraciones sobre el delito de realización arbitraria del propio derecho». Actualidad Penal n.º 27, de 30 de junio de 1997.
- FERNÁNDEZ SERRANO, El secreto profesional de los abogados, 1953.
- FERRER SAMA, «El delito de acusación y denuncia falsa», en Homenaje a Pérez Serrano, 1959.
- GARCÍA ARÁN, La prevaricación judicial, Madrid, 1990.
- «Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de 1992», en Homenaje a Del Rosal, Madrid, 1993.
- GÓMEZ PAVÓN, El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, «Dos problemas del art. 334 del Código Penal», en Estudios Penales II, Santiago de Compostela, 1978.
- HERNÁNDEZ GUIJARRO, «Naturaleza del falso testimonio», ADPCP, 1967.
- HUERTA TOCILDO, «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», RFDUCM, n.º 68, 1983.
- JIMÉNEZ ASENJO, «Tratamiento penal del perjurio en causa civil», en RGLJ, 1947.
- «Falso testimonio», en NEJ, IX, 1958.
- JIMÉNEZ CISNEROS, «Delitos contra la Administración de Justicia», REP, 1946.
- LORENZO SALGADO, «El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales», en Estudios Penales y Criminológicos, IV, Santiago de Compostela, 1981.

- LUZÓN PEÑA, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- MAGALDI/GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal», en *Documentación Jurídica*, núms. 37-40, Madrid, 1983.
- MAGALDI PATERNOSTRO, «Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsas», en *ADPCP*, 1987.
- «El delito contra la libertad de las partes: Aspectos críticos», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1987.
- El falso testimonio en el sistema penal español, Barcelona, 1987.
- «La prevaricación de Abogado y Procurador (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- MANJÓN CABEZA OLMEDA, «Algunos aspectos de los delitos previstos en el art. 325 bis del Código Penal», en *ADPCP*, 1988.
- MAPELLI CAFFARENA, «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», en *REP*, 1991.
- MARTÍNEZ ARRIETA, «El encubrimiento», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, v. 1, 1994.
- MAQUEDA ABREU, Comentario a la STS de 4 de octubre de 1982, *La Ley*, 1983.
- MILLAN GARRIDO, «El delito de acusación y denuncia falsas», en *Información Jurídica*, núm. 317.
- «El delito de falso testimonio», en *Documentación Jurídica*, núms. 21, 22 y 23.
- «El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo», en *RGD*, núm. 415, 1979.
- MORALES PRATS, *Garantías penales y secreto sumarial*, *La Ley*, 1985.
- MOSQUETE MARTÍN, *El delito de encubrimiento*, Barcelona, 1946.
- MUERZA ESPARZA, *El delito de acusación y denuncia falsas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *La Ley*, 1986.
- OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación de funcionario público*, Madrid, 1980.
- QUINTERO OLIVARES, «Notas sobre la acusación falsa», en *RJC*, 1976.
- «Los delitos contra la Administración de Justicia», en *RJC*, 1980.
- RODRÍGUEZ CASTRO, «El delito de prevaricación judicial», en *Poder Judicial*, núm. 15, 1985.
- «El delito de prevaricación judicial y su problemática jurídico-penal», en *Actualidad Penal*, 1988.
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, «Error sobre la cualidad de deudor en un delito de realización arbitraria del propio derecho», en *PJ*, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «La simulación de delito», en *RGLJ*, 1966.
- SERRANO BUTRAGUEÑO y otros, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995.

SUAREZ RODRÍGUEZ, «La simulación de delito en el Código Penal de 1995», en Homenaje al Profesor Casabó Ruiz, Valencia, 1996.

TORIO LÓPEZ, «Introducción al falso testimonio», en Revista de Derecho Procesal, 1965.

VIVES ANTÓN, «La responsabilidad de los Jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», en Estudios penales y criminológicos, IX, Santiago de Compostela, 1985.



Delitos contra la Constitución. Título XXI ¹

1. El presente Título ha sido elaborado por: Capítulo I: *Miguel López de la Cámara Giménez-Padilla*, (Letrado); Capítulo II: *Miguel Ángel Tabares Cabezón* (Secretario Judicial); Capítulo III: *Antonio Robledo Villar* (Secretario Judicial); Capítulo IV: *Ángel José Llorente Fernández de la Reguera* (Magistrado); y, Capítulo V: *José Francisco Escudero Moratalla* (Secretario Judicial), *Carlos Ganzenmüller Roig* (Fiscal Jefe de Girona) y *Joaquín Frigola Vallina* (Licenciado en Derecho).

«La Constitución es una ordenación de los ciudadanos.»

(Aristóteles).

El Título XXI, recoge el Derecho Penal Político, considerado como conjunto de actuaciones que atentan contra bienes jurídicos que configuran y determinan la naturaleza propia del modelo de organización política del Estado democrático, y de las relaciones entre éste y los ciudadanos que componen el mismo. Sólo el CP 95 y el CP de 1870, contienen un Título específico destinado a la protección del sistema social esbozado por una Carta Magna, considerada como *«norma normarum»*, reguladora y definidora de un Estado de Derecho. Y así, la CE 78, proclama la consecución de una serie de principios como la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político, el respeto a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la Ley, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a los derechos fundamentales, etc., los cuales justifican el contenido del presente Título: tipificar una serie de conductas que transgreden las bases de un sistema democrático y los derechos fundamentales que forman parte sustancial del mismo.

1. Rebelión

Siguiendo a Montull,¹ etimológicamente la voz rebelión, procede del latín *rebellio, onis*, de «re» y «bellum» (guerra). Para dicho autor, la rebelión, estriba en atentar: 1.º) contra el efectivo imperio del aparato del poder previsto en el ordenamiento constitucional, en todo o en parte, ya alzándose colectivamente en armas, ya por astucia u otro medio, pero en este caso consiguiéndolo, ya, por último, seduciendo fuerzas armadas para ello; o 2.º) contra la integridad de la Nación española, de forma diversa a las figuras de traición. Para la Jurisprudencia (STS de 22 de abril de 1983, recaída en el recurso de casación contra la dictada por el extinto Consejo Supremo de Justicia Militar en causa 2/1981, instruida en relación con los hechos ocurridos los días 23 y 24 de febrero de 1981), la esencia del delito, en el supuesto reseñado, es *«la subversión del orden político establecido, la rebelión contra las actividades constituidas, el derrocamiento del Gobierno legítimo, el secuestro de los miembros del Congreso y de los del Gobierno»*. Por su parte, la STS de 3 de junio de 1989, deslinda la rebelión militar en tiempo de guerra, que *«atenta primordialmente contra el interés de la institución militar y los intereses militares del Estado en razón de las circunstancias excepcionales en que se produce»*, de la rebelión en tiempo de paz *«que lesiona, ante todo y fundamentalmente, el orden constitucional, el libre desenvolvimiento de la vida democrática, el ejercicio del poder por quienes legítimamente han accedido al mismo, o la integridad territorial de la Nación, bienes todos ellos no específicamente vinculados a los Ejércitos, aunque sí confiados a su salvaguardia, sino integrantes del patrimonio moral de la sociedad»*.

1.1. Introducción

Generalmente, se agrupan la rebelión y sedición entre los delitos contra el orden público, por más que el CP 95, sitúa la primera, entre

1. Montull Lavilla, «Delito de rebelión en tiempo de guerra». Comentarios al Código Penal Militar, Madrid 1988, pág. 913.

los delitos contra la Constitución. Y, por cierto, el orden público deviene inmediatamente alterado por ellos. Sin embargo lo que resulta castigado en tales delitos, no es esa alteración como tal, sino las finalidades que a través de ellas se persiguen. Para determinar el objeto de protección, es necesario pues, remitirse a los diferentes momentos subjetivos descritos en los preceptos correspondientes. Surge así una concepción plural de éste, que se hallará constituido por el interés de la colectividad en la vigencia y efectividad de la Constitución, en la permanencia y libertad del Jefe del Estado, etc. Por otra parte, los delitos de rebelión y sedición, quebrantan inmediatamente no sólo el simple orden público, sino algo más básico: la paz pública. Si hubiere que delimitar dicho bien jurídico en términos genéricos, podría definirse como el interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las leyes, y a las autoridades legítimas, y el interés en el mantenimiento de la paz pública; en otros términos, la organización democrática del Estado.

El antecedente directo y más relevante del delito de rebelión, se encuentra en el CP de 1822, que bajo la rúbrica «*De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público*» cobijaba la rebelión, sedición, los motines, las algaradas y otra serie de modalidades de desórdenes públicos, describiendo a la primera, como el levantamiento colectivo contra el Gobierno supremo de la Nación, negándole la obediencia, o procurando sustraerse de ella, según el sentir de un, prestigioso autor a finales de la década de los 40 (Caso Roldán). Los Códigos posteriores, se limitaron a ensanchar, restringir o reformar las figuras delictivas según requería el sistema político reinante, dada la naturaleza y carácter «político» de la rebelión, cualidad reconocida mayoritariamente por la doctrina, sin que dichas transformaciones implicaran cambio esencial en la conformación del ilícito, integrado en el Título III del Libro II, dedicado a los delitos contra el orden público hasta el Código de 1944 que, por mor de la consideración debida a la Ley de Seguridad del Estado, pasó a formar parte del Título II, es decir, a los delitos contra la seguridad interior del Estado, ubicación mantenida hasta el actual CP 95.

Considerada la figura de la rebelión por la sistemática normativa como un delito contra la seguridad interior del Estado, ha predominado sin embargo el criterio doctrinal y jurisprudencial, de la apreciación

del mismo como un delito contra el orden publico, y acaso por algunos, contra la paz pública. No obstante, tras las L.O. 13 y 14/1985, modificadora la última de los arts. 214, 215.2, y creadora del art. 217 bis CP 73, el bien jurídico protegido por la articulación legal de la rebelión que contemplamos no es otro, aún dentro del marco formal de la seguridad interior del Estado, que la normal y efectiva aplicación de la Constitución, esto es, del aparato del poder que en la misma se establece, y muy concreta y específicamente, la normal y regular actuación de la Jefatura del Estado y de los Gobiernos y Cámaras Legislativas estatales y autonómicas, la libre celebración de elecciones para cargos públicos, y la integridad nacional. Consecuencia de dicho sentir, es que el legislador de 1995 en el Título XXI Libro II CP 95 ha introducido los «*Delitos contra la Constitución*» de nuevo cuño y en el que se describen y sancionan los actos que formalmente atacan de modo mas directo y absoluto el sistema político diseñado por la Carta Magna y la ordenación y relaciones entre los Poderes del Estado, lógicamente, y en su Capítulo I, integra el delito de rebelión, con regulación, salvo excepciones, esencialmente idéntica a la que introdujo la L.O. 14/1985, de 9 de diciembre. Así:

La rebelión es el máximo atentado al orden constitucional y el más grave, en cuanto supone un ataque armado, con levantamiento de tropas, alzamiento público y violento, capaz de generar una guerra civil. Es pues, un atentado a la paz pública y al orden público, distinguiéndose de éstos, ya que la rebelión persigue la alteración o derogación de la organización democrática del Estado. Es un delito plurisubjetivo de convergencia, que requiere la unión de voluntades para la obtención de un fin común. Es un delito de consumación anticipada, en la modalidad conocida como de resultado cortado, cuya consumación se produce sin necesidad de que se hayan materializado las aspiraciones de los autores.

1.2. Rebelión propia. Fines. Art. 472 CP

Art. 472 CP:²

«Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.

2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.

*5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*³

6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno».

Sujeto activo. La amplitud con que el legislador plasma la expresión inicial del precepto «son reos del delito de rebelión los que...» da margen suficiente para afirmar que el sujeto activo de la figura de rebelión, puede ser cualquier persona sin que importe su nacionalidad raza o

2. Art. 214 CP 73.

3. En tiempo de paz se ha pretendido convertir en impune la proclamación de la escisión de una parte de la nación española, despojándose de protección penal a una de las bases esenciales del ordenamiento constitucional (art. 2 CE).

profesión, civil o militar, máxime con relación a la última, cuando el correlativo castrense reduce su aplicación a la comisión en tiempo de guerra. Por otra parte, la doctrina mayoritaria, entiende que el sujeto activo es un sujeto plural un sujeto colectivo, y ello a pesar de que a diferencia de la rebelión militar, no se incluya en el tipo ordinario el adverbio «colectivamente» que completa la acción del verbo alzarse, siendo indiferente el número de personas que integren la rebelión, siempre que el número sea suficiente para la consecución de los fines determinados en la figura. Por eso se llama a la rebelión, un delito plurisubjetivo de conductas que convergen, en el que los sujetos llevan a cabo un alzamiento público y violento contra el poder legalmente constituido.

Acción. Es necesario una conducta dinámica activa para la consecución de alguno o varios de los fines descrito en los siete números que contempla el precepto. La redacción del art. 472 CP 95, incorpora la locución «violenta» lo que viene a completar la actuación del agente que realiza el alzamiento. «Alzarse», reiterando lo dicho precedentemente, significa tanto como resistir o desobedecer «colectivamente» a alguien (poder legalmente constituido conforme a la Constitución), impidiendo su efectiva aplicación, y en esencia, repudiar el sistema político que diseña y la ordenación y relaciones entre los Poderes del Estado, concreta y específicamente, la regular actuación del Rey, símbolo de su unidad y permanencia, árbitro y moderador de sus instituciones; de los órganos que personifican las funciones de gobernar y legislar en nombre del pueblo español; la libre celebración de elecciones públicas, y la integridad nacional.

Elemento característico e imprescindible para la rebelión es que el alzamiento se lleve a cabo con «violencia», en abierta hostilidad como decía el art. 214 CP 73 hasta la reforma producida por L.O. 2/1981, de 4 de mayo. Así lo entendió siempre un sector mayoritario de la doctrina, y ello a pesar de que la norma positiva no contuviera expresamente dicho requisito, si bien, matizándola no como producción de daños en las personas o en las cosas, sino como empleo de fuerza física o la amenaza de usar la misma, caso de no acceder a las pretensiones de los alzados, actitud que, diferenciando la rebelión de la simple manifestación, evidencia el propósito de conseguir a todo trance, los fines perseguidos por los rebeldes, pues de lo contrario, como indica el

catedrático precedentemente referido, un alzamiento pacíficamente exteriorizado en su ejecución, pero inequívocamente amenazador, tendente a conseguir alguno de los fines determinados en la norma punitiva, resultará atípico, y por ello impune, lo que estaría en contradicción con la ratio legis (Rodríguez Devesa). Cualquier duda que pudiera surgir sobre la exigencia o no de la violencia como elemento imprescindible para la apreciación del delito, queda desvanecida con la inclusión, por mor de satisfacer plenamente el principio de legalidad (art. 25.1 CE), en el tipo de la locución «*violenta*», complemento de la acción «*se alzáren*», expresión que ha de entenderse como la actitud amenazadora del agente de usar la fuerza si preciso fuere para conseguir la finalidad que pretende. Además, según el sentir mayoritario de las doctrinas científica y jurisprudencial, el alzamiento ha de ser público, la resistencia o desobediencia han de ser evidentes, patentes, palpables, conocidas de todos y públicas, de tal modo que los integrantes del alzamiento, abierta y expresamente, declaren y afirmen, bien con las armas en la mano, o simplemente con actos concluyentes, su ánimo hostil.

Antijuridicidad. En la misma se inscribe, como elemento subjetivo del injusto, el propósito que anima a los insurgentes, dirigido inequívocamente y precisamente, a conseguir uno, varios, o todos los fines que el precepto considera. Los objetivos que reseña el art. 472 CP 95, como entiende la doctrina, son heterogéneos y están montados alternativa y no cumulativamente, por lo que el delito se conoce como «*tipo mixto construido alternativamente*».

Los fines, son los siguientes:

1. *Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.* Dicha formulación es transcripción literal del número 1 del derogado art. 214, según fue redactado por la reforma de 1981, que supuso el paso a un primer plano la defensa de la Constitución. Se contemplan dos supuestos: la posibilidad por una parte de suspender la Norma Suprema, y de su derogación y modificación por otra, el primero no previsto en la misma ni en ninguna otra parte del ordenamiento jurídico, y el segundo, en sus dos facetas, incardinable en los casos de reforma constitucional previstos en los arts. 167 y 168 CE y afirma la imposibilidad de suspender, derogar o modificar

la Constitución por quien no está facultado para la iniciativa de revisión dispuesta en el Texto Fundamental, actividad sólo viable por los cauces parlamentarios previstos, de suerte que el rebelde no parlamentario que se alza para el logro de tal fin, está realizando una conducta básica dirigida a la consecución de una finalidad jurídicamente imposible, salvo que trate de alcanzarla a través de la imposición coactiva de su voluntad a los parlamentarios.

2. *Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades, o coaccionar al Rey, al Regente o a los miembros de la Regencia.* El CP 95 lleva a cabo en el número 2 del art. 472 tres modificaciones sustanciales con respecto al correlativo del CP 73. La primera, consiste en sustituir como sujeto pasivo de la conducta atentatoria que describía el art. 214.2, el Jefe del Estado por el Rey, titular de dicha jefatura en virtud del art. 56.1 en concordancia con el 1.3 CE. La segunda, reside en llenar el vacío existente en el supuesto de que la pretensión de los alzados tienda no a la eliminación del Rey, sino a la usurpación total o parcial, de todas o algunas de las prerrogativas o facultades del Monarca. Y la tercera estriba, como consecuencia de las previsiones constitucionales de sustitución del Rey, en los supuestos contemplados en el art. 59 CE, a extender la protección penal otorgada al mismo al Regente o miembros de la Regencia que le sustituyen constitucionalmente. La conducta coactiva y de constreñimiento a los sujetos pasivos indicados a la realización de un acto contra su voluntad está básica y sustancialmente integrada, en la tipificación de los delitos contra la Corona y concreta y específicamente en la figura del art. 489, con lo que, en principio, existiría una reduplicación punitiva no muy justificada. Ciertamente, que el bien jurídico protegido en los arts. 472 y 489 CP 95 es el mismo, pero la conducta con la que se realiza el ataque en uno y otro caso, difiere formalmente y en su modalidad comisiva. El delito tipificado en el art. 489, puede perpetrarse individual o colectivamente, en público o en privado, mientras que la rebelión sólo puede realizarse en forma plural y públicamente. Por último, añadir que la coerción empleada para obligar al Rey, Regente o miembros de la Regencia a realizar un acto contrario a su voluntad, debe referirse solamente a actos relacionados con su cargo y altas funciones, no con su vida privada.

3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

La finalidad típica descrita parcialmente coincide con las figuras específicas contempladas en los arts. 146 y 147 L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, no modificados por L.O. 3/1995, de 23 de marzo. No obstante, unos y otros ilícitos difieren por la modalidad formal en su comisión, con juego en su caso de lo dispuesto en el art. 8 CP 95. Son sin duda, cargos públicos, los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, al igual que los componentes de los Ayuntamientos.

4. Disolver las Cámaras Legislativas o impedir la reunión, deliberación y la libre resolución de los parlamentarios o sustraerles algunas de sus atribuciones o competencias. Se inicia el precepto con la referencia específica, como finalidad animadora de la conducta rebelde, a la disolución de las Cámaras legislativas estatales y autonómicas. Disolución, que está contemplada en la Constitución, Estatutos de Autonomía, Legislación Electoral y normativa complementaria dictada en su desarrollo, con previsión del tiempo y circunstancias en que se dan las condiciones precisas para que tenga lugar, forma de llevarse a cabo, y personas e instituciones facultadas para ello. Resulta pues como ya se dijo al hacer relación a la modalidad típica descrita en el número 1, la imposibilidad jurídica de realización del acto de disolución de las Cámaras legislativas por quién no esté concretamente legitimado para ello, lo que no obsta para que el comportamiento insurgente, conduzca a la disolución que la norma concreta, no en sentido técnico-jurídico, sino en el simplemente fáctico de originación efectiva y real de una situación concluyente desvirtuadora de las Cámaras legislativas constitucionalmente constituidas, interpretación acorde con la mantenida por un gran sector doctrinal. El número 4 del art. 214 CP 73, en su segunda parte tipificaba las conductas de impedir (a las Cámaras legislativas) que se reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución. Como vemos, la figura positiva obviaba la posibilidad de impedir u obstruir a las Cámaras legislativas la facultad de resolver libre y voluntariamente en cualquier asunto. El legislador de 1995, consciente de la existencia de dicho vacío, en virtud del principio de concreción y para evitar la impunidad del evento posible,

incluye en el art. 472.4, como comportamiento típico, junto a la actuación tendente a impedir la reunión y deliberación de los entes legislativos, su libre y amplia facultad de resolver. Igualmente, integra la modalidad con la conculca de sustracción de alguna de sus atribuciones o competencias. El art. 155 CP 73, paradigma de la supuesta reduplicación entre el delito de rebelión e infracciones contra los Altos Organismos de la nación, queda excluido del catálogo de ilícitos insertos en la sección 1.^a del Capítulo III del Título XXI, dedicada a los delitos contra las instituciones del Estado. En todo caso, la diferencia entre unos y otros delitos viene dada, como se dijo con respecto al número 2, en relación a su forma comisiva, lo que ratifica el legislador al redactar los arts. 493 y 495 CP, empleando la expresión «*Los que, sin alzarse públicamente...*» con lo que queda zanjada la polémica suscitada al respecto por una parte de la doctrina.

5. *Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.* La crítica generalizada que se hizo al número 5 del correlativo 214, de confundir conceptualmente en la descripción típica los conceptos jurídicos de la unidad nacional con la plataforma territorial de la nación, ha encontrado eco en el legislador actual, que ha redactado el precepto, circunscribiendo justamente al intento de declarar la independencia de una parte del territorio nacional, con lo que se reduce el acto típico al atentado contra la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles que, sin embargo, reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas, como reza el art. 2 CE. Igualmente se desgaja del número y precepto referido, el intento de «*sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno*», creando un párrafo independiente y al que seguidamente haremos mención.

6. *Sustituir por otro el Gobierno* (de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma), *usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno* (o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma o a cualquiera de sus miembros) *de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.* Salvada por la forma de comisión del ilícito la reduplicación incriminatoria del objetivo inten-

tado con el alzamiento rebelde y la única figura subsistente al respecto contra los Consejos de Gobierno de la Nación y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y sus miembros, que contempla el número 2 del art. 503, que expresamente deja a salvo su aplicación, cuando «*Los hechos sean constitutivos de otro delito más grave*», la primera cuestión que se plantea parte de la doctrina, es la relativa a la imposibilidad jurídica de la «*sustitución del Gobierno de la Nación o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma*», resuelta, como se ha dicho en relación con otros números del precepto, por la sustitución de hecho. La referencia a «*usar o ejercer por sí*», expresión que tiene su origen en el CP de 1848, hace relación gramatical a los que se alzaren, sujeto activo plural y colectivo, pero dicha interpretación es absurda, porque, como dice parte de la doctrina científica, no hay alzamiento, en particular, si es de gran golpe de gente, que pueda pretender para todos y cada uno de los alzados el uso y ejercicio de las facultades de los Ministros o Consejeros de las Comunidades Autónomas, siendo por lo demás superfluo el empleo de dicha locución, ya que no viene a añadir nada al hecho de despojarles en todo o en parte de sus facultades que se mencionan seguidamente. Finalmente, resaltar que no hay obstáculo en que los rebeldes lleven a cabo su conducta en favor de terceras personas que no estén en antecedentes del alzamiento y que, incluso, lo desaprueben, sin que por ello resulte el acto atípico, pues contravendría la razón de ser de la norma punitiva.

7. *Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.* El art. 8 CE atribuye a las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire» la misión (de) garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional y el art. 97 CE concede al Gobierno en exclusiva la dirección de la Administración militar y la Defensa del Estado. El precepto examinado, es mero desarrollo en el área punitiva del mandato constitucional, conminando con las graves penas que el artículo comporta, el desgajamiento a la obediencia del Gobierno de cualquier clase de fuerza armada, a quien se atribuye por la Carta Magna tan grandes funciones. Cualquiera que fuera la crítica que pudiera hacerse a la redacción gramatical del precepto, lo cierto es que esencialmente no

merece reproche alguno en cuanto a la finalidad que realmente pretende.

Naturaleza del tipo. Considerado por unos, no como delito de los denominados de «dos actos» ya que el segundo, sólo ha de darse en la culpabilidad del autor precisamente en su dolo; y por otros, como de «forma abierta» o «libre» en el que la consumación perfecta no cabe, ya que a la rebelión triunfante no pueden llegar los fallos del Derecho Penal, lo cierto es que la doctrina mayoritaria, ve en la rebelión, un delito de simple actividad o meramente formal, y más específicamente intencional y de resultado cortado, que se consuma con el alzamiento sin necesidad de que el agente alcance la consecución del fin por él pretendido, que trasciende más allá del dolo. El delito pues, es instantáneo en cuanto a su consumación, sin que obste a ello se pueda apreciar su permanencia en tanto y cuando dure el alzamiento público, con la posibilidad de incorporación a la rebelión de personas diferentes a las que la iniciaron.

Culpabilidad. La incorporación a la «antijuridicidad» del elemento subjetivo del injusto, constituido por los fines u objetivos pretendidos por el sujeto activo con el alzamiento, sólo permite su realización de una forma dolosa, lo que corrobora la ausencia en el Capítulo dedicado a la rebelión de precepto incriminador por imprudencia y lo dispuesto el art. 12 CP expresivo de que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

1.3. Rebelión propia. Otras circunstancias. Art. 473

Art. 473 CP:⁴

«1. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de

⁴ Arts 215 y 219 CP 73.

diez a quince años, y los meros participantes con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

2. Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando, y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos».

Distingue el texto dos clases de participantes en la rebelión, los promotores y los ejecutores, refiriéndose a los primeros, según indica un prestigioso autor (Caso Roldán), cuando puntualiza de los que, induciendo a los rebeldes, hayan *«promovido la rebelión»* (conducta anterior), o *la sostengan* (conducta coetánea), lo que en sentir de otros autores, equivale respectivamente a iniciar la rebelión o incrementar el número de alzados, alimentando así la ya iniciada (Rodríguez Devesa). Se refiere la norma, a los segundos, los *«ejecutores»*, al distinguir entre *«jefes principales»*, mandos subalternos y meros participantes, y parificando punitivamente, a los promovedores y sostenedores con los jefes principales, establece tres niveles de responsabilidad penal diversa, según la diversa influencia participativa en la insurgencia, y la diferente gravedad de la conducta de los sujetos. La redacción y contenido conceptual de los diversos partícipes, ha merecido la crítica razonada y fundada dogmáticamente de algún sector doctrinal, a la que, en parte, nos adherimos. Respecto del derogado art. 215, indica la dificultad, en una legislación penal de un Estado Democrático de Derecho, de identificar sin más, al autor principal en sentido propio del delito con los jefes principales del mismo, pues dicha arcaica referencia, más bien parece rememorar la descripción positiva de una auténtica gesta legendaria, que delimitar la cualidad de autor con dominio final de la acción. La cláusula al emplear la locución referida a *«los que ejercieren un mando subalterno»*, no per-

mite delimitar, con precisión técnica, el Derecho penal de culpabilidad por el acto respecto al Derecho administrativo sancionador de configuración castrense o jerárquicamente equiparada. Lo que del mismo modo acontece con el empleo de la expresión «*meros participantes*», fórmula que quiebra el régimen legal de incriminación del auxilio necesario y no necesario, así como la participación proporcional en actos de autoría principal o mando subalterno.

Por otra parte, no puede olvidarse que la rebelión de los militares fuera del tiempo de guerra ha quedado embebida en la figura común de rebelión, y que el sujeto activo de la infracción (como enseña la historia patria y específicamente los hechos que culminaron en la ocupación del Congreso de los Diputados el 23 de febrero de 1981), básica y normalmente estará integrado por militares, bien solos, o bien con civiles en mutua colaboración, por lo que preciso es, reconocer que no resulta tan inadecuada la inclusión en el precepto de las expresiones «*los jefes principales y los que ejerzan mandos subalternos*» como grupos característicos del agente del ilícito. No obstante, ante la genérica e imprecisa formulación «*los jefes principales*», que pudiera rozar la inseguridad jurídica, el órgano jurisdiccional, en la aplicación del precepto, debe recurrir en interpretación integradora, a los principios reguladores y delimitadores de la cualidad del autor con dominio final del acto, según criterios seguidos por las doctrinas científica y jurisprudencial, para de dicha manera, y a la vista de las circunstancias concurrentes en todos y cada uno de los intervinientes en el alzamiento, concretar su participación por el específico comportamiento observado, graduando así la distinta y cuantificada influencia en el evento de cada uno. Sin desdeñar, claro está, cuando de militares se trate, los criterios sentados al respecto en el apartado b) del párrafo 2. del art. 79 CP Militar, que modifica el mantenido anteriormente en igual párrafo del art. 287 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

El precepto impone las penas, de quince a veinticinco años de prisión a los jefes principales de la rebelión, así como a los promovedores de ella y sostenedores de la misma, sancionados en el CP 73, con reclusión mayor en toda su extensión; de diez a quince años de igual prisión, a los que hubieran ejercido un mando subalterno, antes punidos con reclusión menor, y de cinco a diez años a los meros participantes, anteriormente castigados con la pena de prisión mayor. A los dos pri-

meros, se les impone asimismo, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y a los últimos, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

El número 2 del precepto contempla un subtipo agravado construido con la concurrencia alternativa de las circunstancias cualificativas que, referidas unas a los medios usados o a las formas que revista la acción; y otras, a los resultados concretamente previstos, con abandono de la relativa a la condición de los alzados personas constituidas en autoridad civil o eclesiástica que recogía el derogado número 1 del art. 219, enumera de la siguiente manera:

A) *Si se han esgrimido armas.* Anteriormente se decía si se esgrimiesen armas. Modificación gramatical y de simple estilo no sustancial. El verbo «esgrimir», sinónimo de usar, manejar y utilizar, significa aquí, y así ha de entenderse, tanto como portar o llevar armas, eso sí de una manera patente, manifiesta y ostensible, sin que sea preciso que con las mismas se haga fuego, circunstancia a tener en cuenta si hubiere combate y con entrada en juego, en su caso, de la previsión contenida en el art. 481. En nuestra opinión, por «armas» se han de entender, todas las de fuego, tanto las de defensa como las de guerra, las de caza, deportivas, así como las de valor artístico o histórico, reseñadas como reglamentarias y prohibidas en los arts. 3 y 4 del Reglamento de Armas, aprobado por el R.D. 137/1993, de 29 de enero, siempre claro está que se encuentren en condiciones de aptitud y eficiencia para dañar o defenderse, capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora, conforme reiteradamente ha declarado la jurisprudencia con ocasión de la aplicación o inaplicación de los preceptos tipificadores de la tenencia ilícita de armas (arts. 254 y ss. CP 73, hoy 563 y ss.), y el agente o agentes portadores de las mismas tengan a su disposición las pertinentes municiones. Por último y con relación a dicha circunstancia, ni que decir tiene que basta y es suficiente, que cualquiera de los participantes en el alzamiento esgrima armas, para que el tipo agravado se comunique a los rebeldes presentes y conocedores del porte de las mismas, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 2. del art. 65 CP.

B) *Si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima.* El precepto derogado decía «si hubiese habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al Gobierno». La modificación no es baladí, sino trascendente. En efecto, parte de la doctrina, al fijar su atención en el párrafo 1. del art. 219 CP 73, al que se remitía expresamente el párrafo 2. del art. 215, no solo por la literalidad y teleología del texto normativo, sino también por su correlación interpretativa con el apartado 6. del art. 214, que distinguía, al igual que lo hace el vigente art. 472, entre el Gobierno de la Nación y el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma resueltamente consideraba que la expresión fuerza pública fiel al Gobierno, no podía referirse más que al Gobierno de la Nación, no al Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Sin embargo, algunos entendieron que no existía impedimento en aplicar el tipo punitivo cuando la fuerza pública de una Comunidad Autónoma actuara, en combate, contra los alzados, siempre y cuando lo hicieran con absoluta fidelidad al Gobierno legítimo del Estado español. De darse dicha circunstancia y aplicarse el subtipo agravado, no cabe duda que pudiera incidirse en flagrante vulneración del principio de legalidad por interpretación extensiva en el tipo supuesto no contemplado en él. Respecto al término «*combate*», que emplea el legislador al tipificar la circunstancia agravatoria, no resulta fácil encontrar en principio su verdadero significado. Es preciso, como elemento normativo de la circunstancia de agravación, recurrir a su específico sentido jurídico penal, extrayéndolo del contenido de otros preceptos íntimamente vinculados con el analizado.

C) *Si la fuerza alzada hubiese causado estragos, cortes de comunicaciones o violencia graves.* El significado semántico y gramatical del término «*estragos*» ha de buscarse y extraerse a la vista de las doctrinas científicas y jurisprudencial vertidas sobre el mismo concepto integrado en el derogado art. 554 y actual 346, sustancialmente iguales, que tipificaba y tipifica respectiva y precisamente, el delito de estragos, identificándole como «*causación de grandes ruinas y desolación, producción de graves daños materiales*» y al sentir de la añeja Sentencia de 15 de febrero de 1884 «*daño de extraordinaria gravedad e importancia*». Con respecto al corte de comunica-

ciones, a las mencionadas en el texto derogado telegráficas, ferroviarias o de otra clase, el precepto analizado, añade las telefónicas y por ondas, acomodando simplemente la normativa a los cambios técnicos innovadores en la materia, y existentes en la vida de relación actual. El ejercicio de violencias graves contra las personas ha de entenderse en el sentido de que los insurgentes han de realizar la conducta típica conformadora del alzamiento y consecuente rebelión, con vehemencia, brusquedad, fogosidad y empleo de fuerza para aniquilar y rendir la oposición y resistencia de las personas, sin que sea preciso que las violencias plurales, aunque graves, hayan llegado a producir lesión o menoscabo físico a las personas gravemente violentadas. Por fin y para terminar el análisis de la circunstancia, poner de manifiesto que de la lectura y confrontación del art. 346 que, tipifica el delito de estragos y de la circunstancia modificativa a que nos venimos refiriendo, deviene un concurso aparente de leyes, por cuanto un solo comportamiento punitivo no solo injusto típico está cubierto por una doble normativa, la integrada en la figura de estragos del referido art. 346, y la prevista en la circunstancia agravatoria de estragos, a resolver a favor de esta última de conformidad con la regla 3.ª del novedoso art. 8 CP, que utiliza el criterio de consunción, en tanto en cuanto dice que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél, pues resulta evidente que la cualificación agravatoria de la rebelión, es más amplia y compleja que el simple delito de estragos. En todo caso, se llegaría al mismo resultado por aplicación de la regla 4.ª del citado art. 8, supletoria de los criterios de especialidad (regla 1.ª) subsidiariedad (regla 2.ª) y subsunción (regla 3.ª), en virtud de la cual, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

D) Si los rebeldes hubiesen exigido contribuciones. Circunstancia que ha de ser entendida en un sentido fiscal amplio, exigencia o pretensión, no logro, por los rebeldes de toda clase de cantidades en concepto de impuestos, tasas o contribuciones. En todo caso, de haberse logrado su exacción, resulta indiferente el destino que se dé al numerario logrado. Al igual que se ha dicho con relación a la precedente circunstancia, la estudiada consume en su caso, la figura delictiva contenida en el art. 437 CP.

E) Si los insurgentes hayan distraído caudales públicos. La locución «*distraído*» sólo empleada en el art. 433 CP y únicamente a efectos de que el no reintegro del «*importe de lo distraído*» conlleva la sanción con las penas previstas en el art. 432, gramaticalmente, supone malversar o defraudar. Por eso, su interpretación correcta debe hacerse en base a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II CP 95, «*De la Malversación*», que se inicia con el art. 432 citado, a cuyo tenor «*distraer*» equivale, a sustraer o consentir que un tercero sustraiga los caudales públicos, y según el art. 433, dar un destino a usos ajenos a los mismos. Obviamente, no ha de comprenderse integrado en el precepto cualificación la figura malversadora prevista en el párrafo 3.º del art. 435, referida a los bienes embargados, pertenecientes a particulares, y resulta dudosa pueda referirse a los «*efectos públicos*», no incluidos expresamente en la norma. Apreciado el subtipo, las penas privativas de libertad con que se conmina a los distintos intervinientes en la rebelión base se exacerban imponiéndose a los «*jefes principales*» de la misma, así como a los promovedores y sostenedores de ella, la pena de prisión de veinticinco a treinta años; la de quince a veinticinco años a los mandos subalternos, y de diez a quince años a los meros participantes, manteniéndose para los mismos, las de inhabilitación determinadas para el delito básico.

1.4. Rebelión propia organizada con jefes no conocidos. Art. 474

Art. 474 CP:⁵

«*Cuando la rebelión no haya llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán como tales los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ellos, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación*».

Para que pueda aplicarse el precepto es necesario que los actos de dirección o representación realizados sean auténticos actos de jefatura;

5. Art. 216 CP 73.

de lo contrario se daría lugar a una recusable ficción, que generaría una responsabilidad desproporcionada. La expresión legal ha merecido la crítica, no sin razón de gran parte de la doctrina. En efecto, la presunción legal una de las pocas presunciones de culpabilidad que aun subsisten en el Código, contraria los principios rectores del sistema penal de autoría y participación, así como el régimen de actuación en nombre de otro, vigentes en principio para todos los ilícitos integrados en el texto punitivo.

1.5. Rebelión impropia. Art. 475 CP

*Art. 475 CP:*⁶

«Serán castigados como rebeldes con la pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años los que sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión.

Si llegara a tener efecto la rebelión, se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo 473».

Contempla el precepto el supuesto típico consistente en que el sujeto activo seduce o allega tropas o fuerza armada para cometer el delito de rebelión. La acción se construye alternativamente, seducir o allegar. La seducción significa tanto como inducción. El seductor, crea en el inducido el ánimo rebelde, quedando a disposición de la futura insurgencia, sea por medio de astucia o engaño, con arte y maña, ejerciendo irresistible influencia, sea abiertamente poniendo a consideración de las tropas o fuerza armada las ventajas que puede obtener con el alzamiento. El allegar tropas implica que, bien el que tenga su mando o bien quien sin tener el mando, tiene influencia sobre el que le ostenta acerque las tropas o fuerza armada y las ponga a disposición del núcleo que espera la rebelión. La figura contenida en el precepto conocida como «cuasi rebelión» o rebelión impropia, conforma más bien, un delito innominado autónomo e independiente comprendido entre los de

6. Art. 217 CP 73.

«simple actividad o meramente formal» y más específicamente intencional y de resultado cortado, cometido a través de actos preparatorios concreta y específicamente sancionados, y que no requiere en forma alguna para su consumación, la efectiva consecución del resultado teleológicamente querido, pero si éste se produce, el seductor o allegador serán reputados o considerados como promotores, y serán sancionados con las penas que para los mismos conmina el art. 473. El precepto no fija penalidad alguna para los seducidos, pero como no puede pensarse en la impunidad, serán castigados como autores de una conspiración en relación con el art. 473. Las penas que el artículo fija para los seductores o allegadores es la de cinco a diez años de prisión y de seis a doce de inhabilitación absoluta.

1.6. Favorecimiento o ayuda a la rebelión. Art. 476 CP

*Art. 476 CP:*⁷

«1. El militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta de seis a diez años.

2. Será castigado con las mismas penas previstas en el apartado anterior en su mitad inferior el militar que teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denuncie inmediatamente a sus superiores o a las autoridades o funcionarios que, por razón de su cargo, tengan la obligación de perseguir el delito».

El precepto, consecuencia natural y lógica del trasvase de la figura de rebelión militar, fuera del tiempo de guerra, al Código Penal común, es introducido en éste por L.O. 14/1985, de 9 de diciembre. Es antecedente remoto y sólo aproximado, pues no es específico de la rebelión. Se trata de un delito de omisión pura de garante, de un delito especial propio que sólo puede ser cometido por militares. La primera de dichas conductas exige, además, que el militar ostente algún tipo de mando,

7 Art. 217 bis CP 73.

sin que sea condición necesaria ni suficiente el que posea una graduación determinada. Los medios a su alcance, a que el precepto hace referencia, habrán de ser adecuados para contener la rebelión. En cualquier caso, habrá de serle exigible el recurso a los mismos. En cuanto a la segunda, se trata de la infracción de un deber de denuncia realizado bien ante sus superiores, bien ante las autoridades o funcionarios que por razón del cargo tengan la obligación de perseguir el delito, aunque no lo sea.

1.7. Provocación, conspiración y proposición. Art. 477 CP

*Art. 477 CP:*⁸

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer rebelión serán castigadas, además de con la inhabilitación prevista en los artículos anteriores, con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente».

Como ya anunció en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, el legislador de 1995 (con la mayor tradición liberal y siguiendo el precedente de los Códigos de 1848, 1870 y 1932, no por la reforma de 1880, CP de 1928 y CP 73), en los arts. 17 y 18, limita el castigo de la conspiración, proposición y provocación a los casos especial y expresamente previstos por la Ley. El precepto analizado, radia el contenido del párrafo 1. del art. 216 bis. a. CP 73, severamente criticado por la mayoría de la doctrina, y se ciñe a determinar las penas a imponer a los autores de los actos preparatorios referidos en los diversos tipos de rebelión contemplados en los preceptos anteriores, sancionándoles con la inhabilitación con la que se les conmina en ellos, más la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

8. Art. 216 bis. a CP 73.

1.8. Supuesto agravado. Art. 478 CP

Art. 478 CP:⁹

«En el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años, salvo que tal circunstancia se halle específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate».

El párrafo 2. del art. 215 CP 73, configuraba un subtipo agravado de la rebelión básica prevista en el art. 214 y sancionada en el párrafo 1. del referido 215, construido con la concurrencia alternativa de la circunstancia modificativa, de haberse esgrimido armas o cualquiera de las previstas en el párrafo 1. del art 219, entre las que se encontraba la de ser personas constituidas en autoridad civil o eclesiástica. El legislador de 1995, conforma igualmente dicho subtipo en el número 2 del art. 473, pero omite entre las circunstancias que detalla al efecto, la condición de ser el alzado, persona constituida en autoridad civil o eclesiástica. El subtipo, exacerba las penas privativas de libertad con que se conmina el delito básico de rebelión, manteniéndose las inhabilitaciones. El precepto analizado, contempla una novedosa circunstancia de agravación específica, aplicable a los partícipes en la comisión de cualquiera de las modalidades típicas contenidas en el Capítulo relativo a la rebelión en quienes concurriere la condición de hallarse constituidos en autoridad, consistente en la sustitución de la pena e inhabilitación prevista para el tipo por la de inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años, pero, eso sí, condicionada su aplicación, a que la infracción delictiva no contemple expresamente dicha cualidad, pues de lo contrario, se vulneraría el principio «*ne bis in idem*». El dato o circunstancia de hallarse constituida en autoridad, requerido para la apreciación de la agravación, es de índole normativa, y por ello habrá de recurrir al art. 24 CP 95, y considerar como tales, a los que por si solos o como miembros de alguna Corporación de Derecho público, ya

9. Arts. 215 y 219 CP 73.

Territorial, Central, Autonómica, o Local, ya Institucional, Civil o militar, Tribunal, u órgano colegiado, tenga mando o ejerza jurisdicción propia, los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, así como los del Ministerio Fiscal de cualesquiera jurisdicción común o militar. La agravación obviamente no tiene aplicación a los jefes principales y promovedores o sostenedores de la rebelión referidos al inicio del número 1 del art. 473, que como autores del ilícito básico de rebelión, son sancionados con inhabilitación absoluta por plazo de quince a veinticinco años.

1.9. Consumación. Art. 479 CP

Art. 479 CP:¹⁰

«Luego que se manifieste la rebelión, la autoridad gubernativa intimará a los sublevados a que inmediatamente se disuelvan y retiren.

Si los sublevados no depusieran su actitud inmediatamente después de la intimación, la autoridad hará uso de la fuerza de que disponga para disolverlos.

No será necesaria la intimación desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego».

La gravedad del delito, justifica una serie de medidas que el legislador ha fijado para evitar en lo posible, incluso después de su manifestación inicial, la realización completa de los fines de la rebelión. El art. 225 CP 73 correlativo del ahora contemplado fue objeto de severas críticas por la doctrina. Se le tachó de anacrónico y vetusto al transcribir con casuismo exagerado la descripción regulativa de la forma en que la autoridad debía proceder en la práctica de la intimación, disposiciones que databan del CP de 1822, y aún más pretéritas por cuanto se consignaban medidas similares en la Ley V, Título XI, Libro XII de la Novísima Recopilación. Se propugnaba como más acertado, el uso en

10. Art. 225 CP 73.

la intimación, si el caso lo requiriera de altavoces, medios megafónicos, u otros más acordes al tiempo en que vivimos, y más acomodados para hacer llegar el requerimiento y sobre todo su alcance, a los insurgentes. Se le tildaba asimismo, de recoger disposiciones impropias de un texto punitivo, puesto que en vez de definir delitos y establecer penalidades, se estatúan normas de carácter positivo, pero de naturaleza gubernativa dirigidas a la autoridad, de mejor acomodo en normas referidas al Orden Público, como así acontecía en el art. 14 de la Ley 45/1959, de 30 de julio, derogada expresamente por L.O. 1/1992 de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, al ocuparse de esta materia a propósito de las reuniones o manifestaciones ilegales o tumultuarias, provocando una colisión a resolver en aquel entonces a favor de la Ley Penal, no sólo por el principio de especialidad, sino por ser, además, por la reforma de 1963, posterior a la de Orden Público. Igualmente, al entender que la institución de la intimación, estaba orientada al reconocimiento de una excusa absolutoria por virtud de la relevancia del desistimiento voluntario del agente, se encontraba paradójica, la falta de regulación expresa y concreta en la norma de referida excusa, lo que se censuraba no sólo por exigencias del principio de legalidad, sino también por así requerirlo la naturaleza del delito, ya que al serlo de mera actividad se consuma con el alzamiento, dirigido a la finalidad política subjetivamente perseguida, resultando así la hipótesis típica de consumación subjetiva, de la que subjetivamente se desiste. Atendiendo a dichas posiciones críticas, el legislador de 1995, con antecedente en el art. 461 del Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, y transcribiendo literalmente el 460 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, redacta el art. 479 objeto de examen. En él, se simplifica el contenido del derogado 225, se eliminan los detalles de la forma en que ha de realizarse la intimación, y se reduce la misma a una. Además, y esto es importante, aunque en el precepto sigue omitiéndose la previsión concreta de las consecuencias derivadas de la intimación, las mismas, se explicitan en el párrafo 2. del número 2 del art. 480, que seguidamente analizaremos con detalle y en él con referencia al párrafo 1. del mismo número, se conmina a los rebeldes que se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima a consecuencia de la intimación, a la pena de prisión inferior en grado (a la correspondiente a la modalidad típica realizada). Con ello, el legislador de 1995

colma el vacío existente al respecto, y concede expresamente al alzado que se disuelva o someta a la autoridad legítima a consecuencia de la intimación, una excusa, pero no completa como se venía entendiendo, sino incompleta o atenuante específica con rebaja de la pena inferior en grado a la básica.

1.10. Desistimiento. Art. 480 CP

*Art. 480 CP:*¹¹

«1. Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

2. A los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena de prisión inferior en grado. La misma pena se impondrá si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella».

Como cuestión previa al análisis del precepto, conviene resaltar que el legislador en su función represiva, al redactar el CP 95, extrema su severidad y conmina con duras penas a los partícipes, en todas y cada una de las modalidades típicas del gravísimo delito de rebelión; pero, consciente, sin embargo, de las graves consecuencias que, naturalmente, suelen derivarse de los alzamientos e insurgencias, tiende a evitar hasta el extremo el derramamiento de sangre y otros males, algunos muy trascendentes que puede conllevar la infracción, lo que pretende con la motivación de los involucrados en el acto hostil para que depongan su actitud y se sometan a la legítima autoridad, ofreciéndoles como contrapartida, la impunidad o la atenuación de su original e ilícito comportamiento. Dicho privilegio legal, se integra en el art. 480 examinado, transcribiéndose casi literalmente en su número 1 y primer párrafo del 2 el derogado art. 226, y añadiéndose el novedoso e importante párrafo segundo del número 2 referido. En dicho párrafo, se contemplan dos supuestos, el del alzado que se disuelve o somete a la

11. Art. 226 CP 73.

autoridad antes de la intimación explicitada en el precedente art. 479, antes en el 225, lo que lleva a efecto de una forma plenamente voluntaria; y el del que lleva a cabo la misma conducta de acatamiento a la autoridad, no de una forma voluntaria, sino constreñido por el requerimiento intimidatorio, llenándose de dicha manera el vacío existente al efecto en el CP 73. El número 1 del precepto, concede una excusa absolutoria o exención de pena al implicado en un delito de rebelión, que llevare a cabo la revelación de la misma a tiempo de poder evitar sus consecuencias. Con anterioridad a la entrada en vigor del CP 95, con la vista puesta en el art. 226 CP 73, la doctrina se encontraba dividida respecto al ámbito y extensión en la aplicación de la excusa absolutoria. Para algunos, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de la L.O. 14/1985 de 9 de diciembre, la excusa no alcanzaba a los que ya habían participado en el alzamiento y a los que el párrafo 2. del precepto hoy párr. 1. del núm. 2 del art. 480, sólo concedía una atenuación si deponían las armas antes de haber hecho uso de ellas. Otros, por el contrario, opinaban que la exención de pena comprendía a todo aquel que se hallare involucrado en la trama rebelde en cualquier forma y en cualquiera de las fases preparatorias y ejecutivas del delito, incluida la consumativa, al entender, que si bien el alzamiento consumaba el mismo, y en dicho momento ya se producían consecuencias del ilícito en la fase posterior de agotamiento, es imaginable la manifestación de otras, y consiguientemente la posibilidad de evitarlas, que es la finalidad pretendida por el legislador. En el caso cuestionado, el legislador integra en el precepto un verbo harto significativo, «revelar», tanto como descubrir o manifestar lo ignorado o secreto. La forma en que gramaticalmente esta construida la frase «*el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare*», indica claramente que el descubrimiento o manifestación se refiere al delito de rebelión, a la rebelión y ésta obviamente, como se dijo al comentar el art. 472, se consuma con el alzamiento, que ha de ser público, la resistencia o desobediencia han de ser evidentes patentes, palpables y conocidas de todos, de lo que se infiere, que algo conocido no puede ser objeto de revelación, y por ello, la excusa no puede alcanzar al ya alzado o sublevado y si, solamente, al involucrado en una fase anterior y preparatoria al alzamiento. Dicha conclusión, se fortalece en cuanto aparece en el precepto el término «*implicado*» que, si bien por su equivocidad es

apto en principio para comprender al partícipe en la trama insurgente en cualquiera de sus fases, no es empleado por el legislador nada más que en el número y precepto referidos, explicitándose en los demás que integran el capítulo los vocablos «rebeldes» y «sublevados», refiriéndose así a los complicados o involucrados en la rebelión consumada. Para que el implicado pueda beneficiarse de la exención punitiva tiene que revelar la trama rebelde en un momento en que puedan evitarse las consecuencias del delito, sin que sea necesario que realmente se eviten, pues la ley no exige más que la posibilidad de que ello ocurra. El primer párrafo del número 2 del art. 480 examinado, transcripción literal del párrafo 2.º del derogado art. 226, contempla una excusa absolutoria incompleta, más bien «*atenuante específica*», que afecta únicamente a los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, y el precepto presupone que el delito se encuentra consumado, esto es que el alzamiento se ha llevado a cabo. El segundo párrafo del mismo número y artículo, contiene dos supuestos, el primero en el que se concede la minoración punitiva a cualquier partícipe en la rebelión, se entiende consumada, que se disuelva o se someta a la autoridad con anterioridad a la intimación, esto es libre y voluntariamente, y en el segundo, al que lo hiciere compelido o a consecuencia de la intimación, quedando así completado el art. 479 y subsanado el defecto legal, objeto de severas críticas.

1.11. Cláusula concursal. Art. 481 CP

*Art. 481 CP:*¹²

«Los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código».

Deducida del precepto, la ficción legal o presunción de autoría de los jefes principales de la insurgencia cuando no se pudieran descubrir los autores reales de los delitos particulares que contenía el párrafo 2 de

12. Art. 227 CP 73.

art. 227 derogado, criticada doctrinalmente por contraria al principio de individualización criminal, el párrafo subsistente, es fiel reflejo del 1. del precepto correlativo del CP 73. Previene la norma, quizá innecesariamente, que en la concurrencia con la rebelión de los delitos particulares, éstos serán castigados con las disposiciones que al efecto dispone el Código Penal, con implícita referencia a los arts. 73 a 77. Si ciertamente el término empleado en el precepto «*delitos particulares*» no posibilita fácilmente encontrar su verdadero sentido, la doctrina mayoritaria, entiende como tales las infracciones que no constituyan ninguno de los fines perseguidos por los alzados, ni sirvan de medio para su obtención, los que en términos generales serán sancionados en concurso real.

1.12. Autoridades que no resisten la rebelión. Art. 482 CP

Art. 482 CP:¹³

«Las autoridades que no hayan resistido la rebelión serán castigadas con la pena de inhabilitación absoluta de doce a veinte años».

El precepto que, al contrario que el correlativo del CP 73, no hace distinción, a efectos punitivos, del distinto nombramiento de las autoridades en el mismo referidas, y que igualmente omite la expresión relacionada con la no resistencia, por todos los medios que estuviesen a su alcance, contempla al igual que los arts. 483 y 484, una infracción conexa con la rebeldía. Se trata de un delito de los conocidos como propio, puesto que no puede ser perpetrado más que por una autoridad, concepto que habrá de buscarse en el art. 24 CP 95, pero con la adición del requisito de que ostenten mando, entendiendo por ello la doctrina que no pueden ser sujetos del delito, los Magistrados y los miembros del Ministerio Fiscal. El supuesto típico es de pura omisión, que se cumple cuando la autoridad no utilice los medios a su alcance para resistir, esto es oponerse a la rebelión, siempre y cuando no esté en

13. Art. 228 CP 73.

connivencia con los rebeldes, supuesto en que se llevaría la conducta a la participativa en el correspondiente delito principal.

1.13. Funcionarios y rebelión. Art. 483 CP

Art. 483 CP:¹⁴

«Los funcionarios que continúen desempeñando sus cargos bajo el mando de los alzados o que, sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonen cuando haya peligro de rebelión, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años».

El artículo, en esencia, recoge el contenido de su correlativo del CP 73, y en él se incriminan dos supuestos típicos completamente diferentes, la continuación de desempeño del cargo bajo el mando de los alzados, y el abandono del cargo cuando haya peligro de rebelión. El primero, requiere que el sujeto activo sea funcionario (ha de entenderse público), concepto extensible a la autoridad y que habrá de extraerse de las previsiones contenidas en el art. 24 CP. No debe pasarse por alto y tenerse en cuenta que, en algún caso concreto, puede salir a relucir la cuestión de la no exigibilidad de otra conducta, y ello obviamente afectaría trascendentalmente al reproche culpabilístico del agente, cuyo comportamiento podría resultar atípico. La redacción del artículo, en lo que hace referencia al segundo supuesto, abandono del cargo, sólo lo prevé para cuando haya peligro de rebelión, y omite el caso de que se hubiese consumado la infracción. Un gran sector doctrinal, vigente el art. 229, entendía superflua y redundante su aplicación en la práctica, por estar contenidas sus previsiones, en mayor o menor medida, en el art. 376 que, por su mayor punición, consumía al primero. Al igual que con relación al primer supuesto, apuntar con referencia a este segundo, la posibilidad de concurrencia del estado de necesidad o del miedo insuperable, recogidas como circunstancias de exención de responsabilidad en el art. 20, números 5 y 6 CP.

14. Art. 229 CP 73.

1.14. Aceptación de empleo. Art. 484 CP

Art. 484 CP:¹⁵

«Los que aceptaren empleo de los rebeldes serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

El sujeto activo de la modalidad típica puede ser funcionario o no. La aceptación del empleo, elemento constitutivo de la infracción ha de ser nueva, ya que en otro caso se incardinaría la conducta en el art. 483, precedentemente analizado. El empleo, según sentir mayoritario de la doctrina, ha de ser público, siendo indiferente su naturaleza, si es de carácter directivo o simplemente de gestión, político o administrativo, cualquiera que sea su rango jerárquico y grado a efectos retributivos. Es imaginable la connivencia del sujeto con los rebeldes, supuesto en que concurriría la infracción con el correspondiente de rebelión.

1.15. Bibliografía

ANTÓN ONECA. Derecho Penal Parte Especial.

CARBONELL MATEU. Actos Preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo.

FERNÁNDEZ RODERA. Los delitos de rebelión y sedición, Rev. La Ley, núm. 4014, de 12 de abril de 1996.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Delitos contra la Constitución.

MONTUL LAVILLA. El Delito de Rebelión.

MUÑOZ CONDE. Derecho Penal Parte Especial.

POLAINO NAVARRETE. Código Penal comentado.

QUINTANÓ RIPOLLES. Comentarios al Código Penal.

RODRÍGUEZ DEVESA. El derecho Penal Español, Parte Especial.

VIVES ANTÓN. Los Delitos contra la Constitución

¹⁵ Art. 230 CP 73.

2. Delitos contra la Corona

«El zar es un primo de Dios, pero no su hermano.»

(Proverbio ruso).

2.1. Introducción

En los presentes delitos, no es la persona física la protegida, sino el «ser», en cuanto representante de la institución, Corona o Jefatura del Estado. Son pues, delitos contra el Estado, no contra las personas, aunque la protección se inmediatez en bienes personales (vida, salud, integridad física, honor y libertad). Los presentes delitos son ley especial frente a los delitos comunes, en los cuales materialmente, se desarrollan conductas idénticas (homicidio, lesiones, etc.). Por ello, es imprescindible que para que puedan ser aplicables, se dé el conocimiento previo de la condición de las personas cuando son atacadas, pues si se ignorase, serían de aplicación los tipos comunes.

2.1.1. La protección del Jefe del Estado

A) *Fundamentación histórica*

El fundamento de la protección de la persona que encarna la cúspide de la organización social (cualquiera que sea la denominación que reciba aquella o ésta), está íntimamente relacionada con la consideración jurídico-política que ha merecido en cada momento histórico. De este modo, puede observarse que en los tiempos en que el soberano era considerado como un dios, el ataque a su persona, congruentemente con ese concepto, era perseguido como sacrilegio (v.gr. la Lex Julia Majestatis romana). Mientras fueron una misma cosa el soberano y la patria, los ataques a aquél, se convertían en ataques a la nación y, por lo tanto, en traición. En otro sentido, históricamente, también fueron destacadas las corrientes «monarcómacas», es decir, todos aquellos partidarios de la negación de la figura de la Monarquía, que contaba entre sus representantes más significativos, a Jhon Knox, que escribió «*De vindictiae contra tiranos*», George Buchanan, y en nuestro país

Juan de Mariana. Así, se configuraban los que, tradicionalmente, fueron definidos como «*delitos de lesa Majestad*» que las corrientes liberales, avanzadas las ideas que trataban de colocar cada poder de la comunidad en su lugar, fueron incardinando en la denominación de «*delitos contra la seguridad interior del Estado*». Esta es la rúbrica que se introdujo en el Título II del Libro II CP 73 como consecuencia de la reforma de 1944.¹⁶ Sin embargo el cambio de nombre y de sistemática, no fue acompañado de una concepción democrática de estas infracciones, como no podía ser de otra manera en una dictadura que aún se prolongaría más de treinta años. El Jefe del Estado, aún era visto como la encarnación del poder y de la soberanía nacional, y ello quedaba patentizado, incluso en su ubicación dentro del propio articulado del CP, quedando situado por delante de delitos, como la rebelión y la sedición. Así, estos delitos, han sido castigados en todo tiempo con las penas más graves que contenían los códigos y, si éste puede ser un criterio —que no el único— identificador del fundamento verdadero de su punición, es preciso recordar, que en el CP 95, continúa ocurriendo lo mismo.

B) Fundamentación constitucional

En oposición a anteriores concepciones, la CE, fruto del *consenso* de las fuerzas políticas, sitúa la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2 CE), y define a la Monarquía —parlamentaria— como la forma política del Estado. Atribuye al Rey la Jefatura del Estado con funciones simbólicas, moderadoras y arbitrales (art. 56.1 CE), pero en ningún caso, personifica en su figura a la nación. La representación que le otorga es la del Estado en las relaciones internacionales, pero la representación del pueblo español queda reservada para las Cortes Gene-

16. Según Rodríguez Devesa (1993,687) la regulación de estos delitos procedía de 1870, y en la redacción del Código penal derogado era patente la influencia de la Ley de Seguridad del Estado de 1941. La reforma de 1971 introdujo dos novedades importantes: una, con el art. 148, ampliando la punición a los delitos cometidos contra el Sucesor del Jefe del Estado o el heredero del Corona. La segunda, en el párrafo 2.º del art. 148 bis, que facilitaba a los juzgadores la individualización de la pena en función de las circunstancias del hecho y del culpable.

rales (art. 66 CE). Con la entrada en vigor de la CE, a pesar de la incómoda centralidad del término «seguridad» en la rúbrica de los Títulos I y II del Libro II (exterior/interior), se fue imponiendo una nueva orientación de este grupo de delitos. Así Muñoz Conde (1993, 573), en base al principio de estatalidad jurídica o Estado de Derecho, interpretaba, que el Título II no era al Estado en sí (y, por lo que aquí nos interesa, al Jefe del Estado como su personificación) al que protegía, sino al Estado considerado como garante de un orden constitucional. Sin embargo, los proyectos de Código Penal posteriores a 1978¹⁷ cambiaron radicalmente la orientación seguida por el CP de 1944 en consonancia con la posición constitucional de la Jefatura del Estado, si bien es cierto que, respecto del actual, se mantiene una crítica fundamental: la excesiva dureza de su punición, análisis que es común en el derecho democrático comparado, con independencia de la forma política del Estado. En el CP 95, los delitos contra la Corona aparecen recogidos en el Capítulo II del Título XXI bajo la rúbrica «Delitos contra la Constitución». En el Código Penal de 1944, se recogieron bajo la denominación de «Delitos contra la seguridad interior del Estado», todos aquellos que ahora se recogen bajo las de «Delitos contra la Constitución» y «Delitos contra el orden público», regresando de esta manera al criterio tradicional de nuestro Derecho Penal. A su vez, la protección de la Corona en el actual Código, se pospone al delito de rebelión; y viene acompañada del castigo de los «Delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», habiéndose suprimido en el CP 95, los delitos contra la forma de gobierno.

17. En el Proyecto de 1980 se recogía el sistema tradicional en el que se distinguía entre los delitos contra los poderes y orden públicos de los delitos contra la Constitución. En la Propuesta de 1983, al lado de los delitos contra los poderes y orden público y contra el sistema constitucional, se recoge un Título dedicado a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. En ambos casos los delitos contra la Corona se regulan en el Título relativo a los delitos contra el sistema constitucional. En el Proyecto de 1992, dentro del Título «Delitos contra el sistema constitucional» ya aparece la rúbrica «Delitos contra la Corona».

2.1.2. Notas comunes

A) *Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido*

Es comúnmente aceptado,¹⁸ que los delitos recogidos en el capítulo que nos ocupa, revisten la misma naturaleza jurídica que los tipos básicos (homicidio/asesinato, lesiones, allanamiento de morada, etc.), resultando su nota determinante, la fijación específica del sujeto pasivo. Por ello, si no se diera en el caso concreto alguno de los elementos configuradores de su particular tipificación, habría que acudir a las normas de la especialidad dentro del concurso de leyes. Estos delitos son de los que la doctrina (Vives y otros 1993, 52), considera como «*pluriofensivos*», en la medida en que atacan intereses individuales del Jefe del Estado (como persona física, como miembro de la comunidad), e intereses colectivos (en virtud del particular papel que constitucionalmente se le asigna). Esta, es la postura sostenida también por el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones.¹⁹ No obstante, algunos consideran que el bien jurídico atacado no es el Jefe del Estado como persona física, sino como titular, representante o cúspide del organigrama estatal. Para esta postura doctrinal, estos delitos son, ante todo, delitos contra el Estado, y no contra las personas que forman parte de la Corona. Otros inciden más, en el concreto objeto del ataque (vida, salud, honor, etc.) del Jefe del Estado como bien jurídico protegido (Rodríguez Devesa, 1993, 687).

18. En esta misma línea se recoge la reflexión doctrinal sobre la consideración de estos delitos como «políticos», en función de la naturaleza del bien o interés jurídico protegido. Este concepto se encuentra en revisión en atención a la pluriofensividad de estos delitos y por el interés en no confundirlos con los delitos terroristas.

19. En la STS 26.1.83, relativa a un delito contra el honor, el Tribunal lo recoge de esta manera: «... (son) dos los bienes atacados, pues por un lado se lesiona el honor y la dignidad de la más Alta Magistratura del Estado, y por otro la fortaleza y vigor que debe tener esta Magistratura como institución básica y fundamental para el funcionamiento del Ente Público».

B) Culpabilidad

Ya señalamos más arriba que las normas que recogen estos tipos delictivos son leyes especiales respecto de aquellos otros mismos preceptos del CP 95, con los que guarda una identidad esencial salvo en lo referido al sujeto pasivo. Precisamente por ello, es necesario, para determinar el tipo subjetivo, que el autor conozca la cualificación del sujeto pasivo.²⁰ Su ignorancia o error impide su aplicación en favor del tipo común.²¹ De acuerdo con el art. 12 CP 95, no cabe el castigo de estas infracciones en forma imprudente, ya que no se han tipificado las mismas, de manera expresa.

C) Sujetos

El sujeto activo se establece de manera indeterminada (*«el que»*) en todos los tipos delictivos recogidos en los arts. 485 a 491 CP 95, por lo que cualquier persona puede desempeñar ese papel, sin perjuicio de que en algún caso pudiera ser de aplicación el agravante de prevalimiento de carácter público, recogida en el art. 22. 7 CP 95. Pueden ser sujetos pasivos de estos delitos, el Rey, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente o algún miembro de la Regencia y el Príncipe heredero de la Corona. Todas ellas, son figuras constitucionalmente determinadas en los arts. 57 a 59 de la Ley Fundamental, salvo los *«ascendientes y descendientes»*, habiéndose omitido de la protección penal al tutor del que habla el art. 60 de dicho Texto. Lo primero que cabe criti-

20. Incluso se ha planteado si, realizando un paralelismo con el tipo del atentado, es preciso que el actor tenga un dolo específico de menoscabo de la institución constitucionalmente protegida. Sin embargo pareciere que las acciones que se han seleccionado para constituir los tipos de los arts. 485 a 491 CP llevan implícito ese dolo específico; hay otros delitos de los que pueden ser sujetos pasivos las personas especialmente protegidas (v.gr. delitos contra el patrimonio, contra la libertad sexual,...) que no se hallan en ese listado y la única razón que encontramos es que en ellos el dolo del autor nada tiene que ver menoscabar la institución de la Corona.

21. Rodríguez Devesa (1993, 688) habla de «subsidiariedad tácita» en estos delitos en relación con los preceptos correlativos del Código, respecto de los cuales son ley preferente.

car de esta enumeración, es que se han omitido dos figuras que, por lógica, debieran estar incluidas: la primera, la Princesa heredera que, según Vázquez Iruzubieta (1996, 627) quedaría englobada dentro de la categoría de los descendientes del Rey; la segunda, la Reina reinante, respecto de cuya protección no se plantean dudas (también desempeña el papel de Jefe del Estado; resultaría absurdo protegerla como consorte pero no como reinante,...). La principal cuestión que plantea la enumeración señalada, y a la que nos tendremos que referir también en el análisis de alguno de los tipos, es la justificación de proteger de igual manera la figura del Jefe del Estado que la de otros sujetos que no desempeñan esa función. No es fácil justificar, que se castigue de igual forma la lesión inferida al Rey, que la producida por ejemplo, a un nieto suyo, en el que las motivaciones personales del autor y las consecuencias sociales de la infracción quizá nada tengan que ver con la culpabilidad que se precisa, y con el bien jurídico que se trata de proteger. Esta situación, conlleva la desnaturalización de estos tipos, y supone una cierta contradicción con la rúbrica del Capítulo (es la Corona, en la consideración que venimos apuntando, lo que se protege y no la «Casa Real», o similares).

D) Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el art. 65 1.º a) LOPJ, la Audiencia Nacional conocerá del enjuiciamiento de los delitos cometidos contra el titular de la Corona, su Consorte y su Sucesor. Esta delimitación procesal del sujeto pasivo del delito, es más lógica que la penal a la que nos hemos referido, y crea la duda de qué Órgano conocerá, cuando el sujeto pasivo no sea precisamente alguna de las tres personas señaladas y recogidas en los arts. 485 a 491 CP 95.

2.2. Figuras delictivas

«Los reyes y las mujeres bellas, cuanto menos hablan, más dicen.»

(Locución china).

2.2.1. Delitos contra la vida. Art. 485 CP

Art. 485 CP:

«1. El que matare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.

2. La tentativa del mismo delito será castigada con la pena inferior en un grado.

3. Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.»

Lo primero que se advierte en la lectura del art. 485 CP 95, es que, siendo su referencia común la de los arts. 138 y 139 CP (homicidio/asesinato), y a diferencia de estos, el legislador ha prescindido de dar un «*nomen iuris*» al delito que en él se contiene. Ello plantea la cuestión de si nos encontramos realmente ante un tipo autónomo, como defiende Tamarit (1996, 1390), o como un tipo de homicidio (respecto del actual Código Vázquez Iruzubieta 1196, 627; respecto del anterior, Rodríguez Devesa 1993, 689). Como señala Tamarit, ello resulta fundamental a la hora de valorar el error en la persona o en el golpe.²²

22. Señala este autor que la opción de considerar este delito como autónomo impide aplicar la disposición del art. 14.2 y ofrece dos soluciones: «a) quien queriendo matar a una persona especialmente protegida causa la muerte de una persona común responderá del delito del art. 485 en grado de tentativa, en concurso con un delito de homicidio imprudente en caso que el error fuera vencible; b) quien queriendo matar a una persona común causa por error la muerte de una persona especialmente protegida responderá en todo caso de homicidio consumado (art. 138), sin que en ningún caso quepa agravar más

La tentativa, al igual que en el CP 73, es considerada como delito independiente, siguiendo la regla de la especial tipificación recogida en el art. 64 CP 95, y es castigada con la pena inferior en un grado, no ofreciéndose al juzgador la posibilidad de reducirla en dos grados, como recoge el art. 62 CP 95, según el peligro inherente al intento, y el grado de ejecución alcanzado. Con la nueva redacción, se rechaza sólo parcialmente la del anterior Código (muy criticada por la doctrina), en la que se imponía idéntica pena al delito consumado y al intentado, adelantándose de esta manera la línea de defensa penal, y constituyendo lo que se denominaba un «*tipo de empresa*». Si, como señala Vives (1193, 53), la justificación de ese adelantamiento podía encontrarse en la dificultad en otros tiempos de castigar al autor de un magnicidio consumado, cabe concluir, que carece hoy de sentido la especial regulación que se concede a esta forma de ejecución. Pese a considerar la tentativa de este tipo como un delito independiente, parece obvio que serán de aplicación los párrafos 2.º y 3.º del art. 16 CP 95, relativos al desistimiento, por contener dicho precepto, conceptos legales aplicables tanto a la genérica forma imperfecta de ejecución, como a las concretas que el Código pudiera regular.

Ya señalábamos más arriba, que el art. 485 CP, no diferenciaba entre homicidio y asesinato. Por ello, al analizar el párrafo 3.º de dicho precepto, hemos de concluir, que si sólo concurriera una de las circunstancias que, según dispone el art. 139 CP, calificarían el delito como de asesinato, la pena a imponer, sería la misma que sin su concurso.²³ Se ratifica pues, la inaplicabilidad al tipo del art. 485 de los conceptos de homicidio y asesinato. Si concurrieren dos o más agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años, quebrándose la regla general contenida en el art. 66.3 CP 95, que supondría la imposición de la pena de prisión de veinte a veinticinco años en su mitad

la pena dada la inexistencia de una figura paralela a la del art. 485 en su modalidad culposa».

23. Esta cuestión sin embargo no es pacífica en la doctrina y así Tamarit (1996, 1389) considera que la concurrencia de una circunstancia agravante conllevaría su aplicación como genérica del art. 22 CP, por lo que aún tratándose de la misma pena a imponer, lo sería en su mitad superior (art. 66.3).

superior. En cuanto a las formas imprudentes, valga lo ya dicho en la introducción, esto es, su no regulación específica conlleva la aplicación del art. 142 CP.

La falta de imposición de un «*nomen iuris*» al tipo del art. 485, produce un último efecto: la duda de si deberá incluirse en dicha tipificación la inducción al suicidio, la cooperación necesaria al mismo, el homicidio-suicidio y la eutanasia de los sujetos en él protegidos y que, con carácter general, regula el art. 143 CP. Incluir estas posibilidades en el término «*matar*» del art. 485 CP, supondría llevar hasta un mínimo de veinte años de pena (sin considerar grado de ejecución u otras atenuaciones), hechos que vienen castigados con un mínimo de un año y seis meses de prisión y un máximo de diez si la víctima no está especialmente protegida. Para empezar, es preciso recordar dos cosas: primera, que el propio CP 95 considera que los hechos tipificados en el art. 143, son formas de homicidio (así lo señala la rúbrica del Título I, Libro II: «*Del homicidio y sus formas*») y, de acuerdo con el contenido que hemos atribuido al art. 485, formas de matar. Segunda, que el art. 485, encuentra su razón de ser, en la figura de la víctima, con independencia de cual sea la forma de matar. En conclusión: la regla de la especialidad, conduciría al art. 485. En este caso, la desproporción penológica entre el tipo común y el especial podría llevar instintivamente a la búsqueda de alguna forma de atenuación. Pero lo cierto es que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la aplicación de las incompletas del art. 21.1 CP. o la analógica del art. 21.6 CP, impiden esta solución.²⁴ Cabría acogerse sin embargo a una línea jurisprudencial (poco abundante y muy criticada por ambigua), para la que la análoga significación del párrafo 6.º, ha de establecerse en base con el conjunto de todas las atenuantes, lo que lleva incluso a propiciar esa semejanza a través del ordenamiento jurídico o del mismo Derecho natural (STS de 22.2.88, 14.10.92, 15.9.93). Recordemos en apoyo de esta posición, que uno de los fundamentos de la existencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es la adecuación o individualización de la

24. En ambos casos el alto Tribunal exige semejanza, en el primer caso con las eximentes que precisamente recoge el art. 20 CP. y, en el segundo, con las atenuantes del art. 21.

pena a la culpabilidad del autor. Sin embargo, la solución más correcta ²⁵ entendemos que sería la aplicación por parte del juzgador del párrafo 3.º del art. 4 CP:

«Del mismo modo (el Juez o Tribunal) acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

2.2.2. Delitos contra la salud e integridad física. Art. 486

Art. 486 CP:

«1. El que causare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, lesiones de las previstas en el artículo 149, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.

Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el art. 150, se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años.

2. El que les causare cualquier otra lesión, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años».

25. Tamarit (1996, 1390) aporta una solución distinta al considerar, con un intachable criterio de estricta lógica formal, que la relación entre los arts. 143 y 485 no es de especialidad sino de alternatividad, al existir entre ellas un espacio común y otro autónomo. Dice este autor que tratándose de un problema de concurrencia entre un delito cualificado y uno atenuado y no existiendo una regla de compensación, procede acudir al efecto oclusivo del tipo más benigno. Añade que ello se corresponde con la solución más adecuada al sentido político-criminal del delito de cooperación al suicidio pero quizá sin tener en cuenta, a nuestro entender, ese mismo sentido referido a la especial persecución de la muerte del Jefe del Estado y las otras figuras del art. 485.

La dicción de los párrafos primero y segundo del presente precepto, no deja lugar a dudas en la medida en que es una pura remisión a las lesiones graves y menos graves reguladas en los arts. 149 y 150 CP 95, con la única diferencia que supone la agravación de la pena.²⁶ Más problemas plantea la interpretación de la acepción «cualquier otra lesión» del párrafo 2.º Parece lógica la inclusión en este apartado de las lesiones a las que se refiere el art. 147 CP, pudiéndose aplicar las agravantes genéricas del art. 22 CP, en lugar de las del art. 148 CP. En cuanto a las lesiones imprudentes del art. 152 CP, consideramos que también son subsumibles en dicho expediente, entendiendo que la regulación «expresa» que exige para estas infracciones el art. 12 CP, queda perfectamente cubierta dentro de la expresión «cualquier otra». Entendemos, que aquí se cierra la enumeración posible de lesiones susceptibles de ser calificadas conforme al art. 486.3. Por esta vía, no es dudosa la elevación a la categoría de delito, de infracciones que el legislador ha identificado como faltas de lesiones en los arts. 617 (dolosas) y 621 (imprudentes). La desproporción penológica sería escandalosa: de una sanción económica o algunos días de arresto en el caso de las faltas, a una pena de hasta ocho años si fueran subsumidas en el art. 486.3.²⁷ En todo caso, no abarcaría el tipo a los malos tratos o tratos degradantes.

2.2.3. Delitos contra la libertad ambulatoria. Art. 487

Art. 487 CP:

«Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años el que privare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendien-

26. La penalidad recogida para uno y otro tipo de lesiones guarda mayor proporción que las que señalaban los arts. 144 y 145 del anterior Código. En éste las lesiones graves se castigaban con la pena de reclusión mayor en su grado máximo y las menos graves con la de reclusión menor. De haberse planteado, lo lógico es que los Tribunales hubieran aplicado el párrafo 2.º del antiguo art. 148 bis, rebajando la pena en un grado.

27. Tamarit (1996, 1391), en función de lo doloso o imprudente de la infracción, incluye dentro del art. 486.3 las faltas del art. 617 y remite a los art. 152, 621.1 y 621.3 las imprudentes. Vázquez Iruzubieta (1996, 627 y 628) incluye únicamente las del 147 y 152.

tes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, de su libertad personal, salvo que los hechos estén castigados con mayor pena en otros preceptos de este Código».

La privación de libertad de la que habla el precedente artículo ha de ser entendida, por exclusión, en el sentido al que se refiere el art. 163 CP, esto es, como encierro o detención (*«autodeterminación del lugar en el espacio»*, en la doctrina tradicional). Cualquier otra actividad delictiva que prive de la libertad personal a los sujetos protegidos habrá de encuadrarse en el art. 489 CP, al que después nos referiremos. Al art. 487 CP, es achacable idéntica crítica a la que se venía haciendo al antiguo art. 144.1: la unificación de penalidad para hechos susceptibles de múltiples matices que, sin embargo, sí se recogen respecto del tipo común: duración del encierro, exigencia de condiciones para poner en libertad, dar razón del paradero del detenido,... de tal manera que cualquier detención, por momentánea y carente de violencia que sea, puede ser constitutiva de un grave delito. Para la graduación de la pena, el juzgador habrá de tener en cuenta los criterios que se contienen en el tipo común. El último inciso del artículo (*«... salvo que los hechos estén castigados con mayor pena en otros preceptos de éste Código»*) remite la calificación del hecho al delito común, cuando este, en virtud de un concurso de leyes (ideal), venga castigado de forma más grave.

2.2.4. Actos preparatorios. Art. 488

Art. 488 CP:

«La provocación, la conspiración y la proposición para los delitos previstos en los artículos anteriores se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a las respectivamente previstas».

El CP 95 reserva la anticipación de la protección penal a los actos preparatorios únicamente a los delitos más graves (arts. 17.3, 18.2 y correlativos del CP). Por ello, es lógico que únicamente se castiguen estos actos en los casos de muerte, lesiones y detención ilegal, lo cual no supone una discriminación negativa respecto de los tipos

comunes.²⁸ Atribuye al órgano sentenciador la facultad de rebajar en uno o dos grados la pena a imponer, según las circunstancias de cada supuesto, por lo cual no es revisable dicha degradación por vía casacional.

2.2.5. Coacciones. Art. 489

Art 489 CP:

«El que con violencia o intimidación grave obligare a las personas referidas en los artículos anteriores a ejecutar un acto contra su voluntad, será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años.

En el caso previsto en el párrafo anterior, si la violencia o intimidación no fueran graves, se impondrá la pena inferior en grado».

El tipo al que se refiere el precedente precepto, es el de las coacciones recogido con carácter general en el art. 172 CP 95; sin embargo, guarda con éste importantes diferencias que justifican la existencia de un tipo específico, más allá de la particularidad del sujeto pasivo. En primer lugar, en cuanto al objeto de la coacción, el art. 172 CP, dispone que lo comete el que «... impidiere a otro... hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto...», mientras que el art. 489 CP castiga si se obliga a «... ejecutar un acto contra su voluntad...». En ambos casos, nos encontramos con que la acción del sujeto activo recae sobre el momento de ejecución de la voluntad, no sobre el momento de su formación (que sería propio de las amenazas), se trata pues, de un ataque a la libertad de obrar, no a la libertad genéricamente considerada. Sin embargo, en el caso de las coacciones comunes, el fin del sujeto activo es impedir hacer lo que la Ley no prohíbe o compeler a hacer lo que no se quiere, mientras que en la acción del art. 485 CP, va destinada a que el sujeto pasivo realice un «acto» contra su voluntad. Esta actuación, según doctrina mayoritaria, ha de estar relacionada con las funciones que legalmente tienen enco-

28. El antiguo Código, en su art. 143, establecía una regla específica de punición de las resoluciones manifestadas de voluntad respecto al homicidio del Jefe del Estado. En este artículo, inexplicablemente, se castigaba con reclusión menor la conspiración y la provocación y con prisión mayor la proposición.

mendadas los sujetos pasivos,²⁹ siendo irrelevante que el acto exigido sea objetivamente justo. Entendido así, cualquier otra coacción sería encuadrable dentro del tipo común. De esta manera, el art. 172 CP, continuaría siendo lo que la doctrina alemana considera un «*tipo de recogida*» también respecto del art. 489 CP. En segundo lugar, en cuanto al contenido de la acción del sujeto activo, se observa que en el tipo del art. 489 CP, se recoge únicamente la posibilidad de que obligue a realizar un acto, no que lo impida. A este respecto, cabe señalar que en la mayoría de las ocasiones, será difícil diferenciar entre una y otra, ya que la acción podrá ser interpretada desde esa doble perspectiva. No obstante, cuando la única lectura posible de la acción sea la de «*impedir*», podría entenderse que el precepto aplicable fuera el art. 172 CP. En tercer lugar, en cuanto a la forma de doblegar la voluntad del sujeto pasivo, mientras que el art. 172 CP recoge sólo la violencia, el art. 489 CP habla de violencia o intimidación. Ello nos lleva a considerar en este delito, un campo de intersección con el de amenazas del art. 490.2 CP.³⁰ La diferencia entre ambos tipos, cuando el medio empleado es la intimidación, puede encontrarse en el objeto de la misma: serán coacciones cuando lo que se pretenda del sujeto pasivo sea un acto de autoridad; serán amenazas cuando se pretenda cualquier otro objeto (o; evidentemente, ninguno). Violencia e intimidación, han de ser entendidas con el mismo alcance que se les otorga en las situaciones comunes. Por tratarse de un delito de mera actividad, no es preciso que el actor logre doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Además, serían de aplicación las normas del concurso ideal, si con la acción del sujeto se ven realizados además otros tipos (homicidio, lesiones). En cuarto lugar, en cuanto a la graduación de la pena, el art. 489 CP, distingue entre violencia e intimidación grave o leve (sobrentendiendo que en todo caso han de ser penalmente relevantes). Utiliza el legislador, con técnica criticable, estos conceptos jurídicos indeterminados refiriéndolos exclusivamente al medio empleado por el actor, a diferencia del art.

29. Nuevamente hay que criticar que se pueda considerar sujetos pasivos de este delito a personas que no tienen atribuidas las funciones que la Ley trata de proteger.

30. De hecho, algún autor (Vázquez Iruzebieta 1996, 628) considera que la intimidación ha de ser entendida en la forma señalada en el art. 169 CP en el que se recogen las amenazas con un mal constitutivo de delito.

172 CP, en el que la graduación no depende sólo del medio, sino también de la gravedad de lo que se obliga o impide realizar. Particularmente desafortunada hay que considerar esta terminología, cuando por la vía de la «no gravedad», podrían ser elevadas simples faltas a la categoría de delitos. Para finalizar, en cuanto a la autoría, prescinde el art. 489 CP de la mención «sin que esté legítimamente autorizado» que encontramos en el art. 172 CP. A nuestro entender, se trata de una causa de justificación genérica, cuya inclusión en el tipo común es superflua, y que en el especial habría producido confusión. No exige el tipo, ninguna cualificación para el sujeto activo por lo que si se tratara de un funcionario público, podría ser aplicable la agravante del art. 22. 7.º CP. Asimismo, dadas las circunstancias del tipo, no sería extraña la comisión de este delito mediante la figura del autor mediato y las distintas formas de participación.

2.2.6. Allanamiento de morada. Art. 490. 1.º

Art. 490 CP:

*«1.º El que allanare con violencia o intimidación la morada de cualquiera de las personas mencionadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Si no hubiere violencia o intimidación la pena será de dos a cuatro años».*³¹

El comportamiento típico, es el contenido propio del art. 202 CP 95, es decir, entrar en morada ajena, o mantenerse en la misma contra la voluntad de su morador. El término clave para lo que aquí nos interesa es el de «morada». Con carácter general, se entiende por morada, el espacio cerrado, separado del mundo exterior, que muestra la voluntad del morador de excluir a terceros (Vives, Carbonell Mateu, González Cussac, 1996, 1016).³² Por su parte, respecto a los sujetos a los que se

31. El art. 146. 2.º del antiguo Código castigaba únicamente el allanamiento violento por lo que las demás formas (sin violencia ni intimidación, con amenazas,...) habría que remitirlas al tipo común.

32. La STS 5.6.91 (Martín Pallín) la define como «el núcleo o espacio acotado que la persona reserva para desarrollar sus actividades domésticas y sustraerse a las relaciones personales y sociales no deseadas... Constituye además un complemento natural y nece-

refiere el art. 490 CP, la morada, se concreta en aquel lugar en el que efectivamente tengan su domicilio, aunque sea temporal, pero no los lugares donde puedan desarrollar actos oficiales o similares. A pesar de la claridad de los anteriores conceptos, las particularidades inherentes a la morada del Jefe del Estado, hace pensar que no es solamente la libre disposición sobre su domicilio o su intimidad o, en definitiva, la inviolabilidad del domicilio lo que protege el tipo. Efectivamente, es muy posible, que no sean los sujetos pasivos los que determinen el régimen de admisión en sus residencias oficiales (más allá de un reducido espacio); incluso es posible que ni siquiera conozcan cuando se ha producido un allanamiento, y que por lo tanto, no puedan mostrar expresa oposición (aunque sí tácita); además, en dichas residencias pueden tener además su domicilio otras personas y existir zonas (despachos, jardines,...), que difícilmente podrían sostener el concepto de morada. Por otra parte, la intención del autor, normalmente estará revestida de singularidades propias, distintas de las de quien comete el tipo común (lesionar la intimidad ajena, con independencia de problemas concursales). Por todo ello, sería posible restringir la aplicación del párrafo 1.º del art. 490 CP, a los supuestos en que efectivamente el lugar allanado constituya el domicilio real del sujeto pasivo, remitiéndonos en los demás casos al delito contemplado en el art. 203 CP. Constituyen la conducta típica las acciones de «entrar» o «mantenerse» en las condiciones apuntadas. Por otra parte, no son conductas separables a efectos de una doble incriminación y la consumación es instantánea. La penalidad, depende de que el hecho se realice o no con violencia o intimidación (en sus concepciones ordinarias) sobre las personas, siendo rechazable una interpretación extensiva que abarque a la *vis in re*, ya que es la integridad de los moradores o de quienes tengan encomendada su seguridad, lo que se trata de proteger mediante la agravación, y no los daños en las cosas. El allanamiento pasivo, como delito permanente, irá normalmente acompañado de alguna de las formas señaladas de agravación. Para los supuestos en los que el allanamiento sea medio para la comisión de otros delitos (comunes -ej.

sario de la intimidad personal y familiar... por lo que en la mayoría de los textos constitucionales se sitúa la inviolabilidad del domicilio en el catálogo de los bienes que merecen la protección constitucional...».

robo-, o especiales –ej. homicidio del Jefe del Estado-), será preciso acudir a las reglas del concurso del art. 71 CP. Nos encontraremos en este caso, con un concurso real si el allanamiento es independiente de otros delitos cometidos con posterioridad (ej. daños). Si el hecho es cometido por un funcionario público, será de aplicación lo dispuesto en el art. 22. 7.º Obsérvese, que para el tipo común, viene expresamente previsto este supuesto en el art. 204 CP. En éste, no se hace referencia al prevalimiento (que se supone, para diferenciarlo de si lo cometiera como particular), sino al actuar fuera de los casos previstos por la Ley, y sin mediar causa legal por delito³³ (en el mismo sentido que en los arts. 168 y 198 CP). Las consecuencias penológicas son similares.

2.2.7. Amenazas. Art. 490. 2.º

Art. 490 CP:

«2.º Con la pena de prisión de tres a seis años será castigado el que amenazare gravemente a cualquiera de las personas mencionadas en el apartado anterior, y con la pena de prisión de uno a tres años si la amenaza fuere leve».

Nuevamente, nos encontramos con que el legislador ha creado un tipo cualificado en el que se presume una remisión al tipo básico pero perdiendo los matices que en él se regulan e induciendo cierta confusión. El principal problema, surge en la delimitación conceptual entre amenaza grave o leve, conceptos inexistentes en el tipo básico. Dado que el art. 620 CP castiga como falta amenazar «*de modo leve*» hemos de entender, que el legislador eleva esta falta a la categoría de delito cuando el ofendido está especialmente protegido, siendo éstas, las amenazas leves a las que se refiere el art. 490. 2 CP. Por exclusión, serán amenazas graves las recogidas en los arts. 169 y 171 CP. En este

33. A este respecto hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 555 y 556 LE-Crim. sobre la forma de practicar los registros en el domicilio del Monarca, único sujeto al que se dispensa especial consideración. En esta línea, habrán de considerarse las relaciones concursales con el art. 534.1 1.º CP en el que se castiga a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales, entre en un domicilio sin consentimiento del morador.

caso, en atención a criterios de justicia material y a las disposiciones de los arts. 61 y ss. CP 95 (sobre todo el art. 66), habrá de ser el juzgador, quien en sentencia razone la imposición de la pena según los parámetros que se ofrecen en el tipo general: amenaza con un mal que constituya o no delito, condicionalidad, consecución de la condición,... Ha de tenerse en cuenta a este respecto, que el art. 169 CP, recoge una lista cerrada de destinatarios de la amenaza (el amenazado, su familia, personas con las que esté íntimamente vinculado), y de delitos (homicidio, lesiones, aborto,...); sin embargo, puede intuirse que tan graves como éstas, pueden ser otras amenazas que no tengan como destinatarios sólo a ese círculo íntimo, ni que consistan únicamente en esos delitos, sino que más bien, estén directamente relacionadas con la función desempeñada por el sujeto pasivo; quizá el ejemplo más extremo, sería la amenaza al Rey con un golpe de Estado (delito no recogido en el listado), si no cumple una determinada condición. Con carácter general, para este tipo, cabe recordar que no es preciso para su perfeccionamiento que el actor logre la condición que se pretende, ya que el bien jurídico protegido, es la libertad en el proceso de motivación para la adopción de una resolución. Tampoco es preciso que logre conturbar el ánimo del destinatario de la misma. Sí que es necesario sin embargo, que la amenaza sea percibida³⁴ por su destinatario, y que la misma tenga una mínima apariencia de verosimilitud.

2.2.8. Delitos contra el honor Arts. 490. 3.º y 491

Art. 490. 3 CP:

«El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses

34. Dada la especial situación que ocupan los sujetos protegidos puede plantearse que de la amenaza se informe una tercera persona con el fin de ser transmitida. En este caso podemos, si se denuncia con anterioridad a ponerlo en su conocimiento, la existencia de una forma imperfecta de ejecución, o, incluso, de formas de participación.

a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son».

Art. 491 CP:

1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrán la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona».

A) Ataque al honor de la Corona y crítica política

Los delitos contra el honor de los sujetos a los que nos venimos refiriendo son los que han merecido una mayor atención por parte de la jurisprudencia y doctrina, y esto, por dos razones evidentes: primera, porque los comportamientos que los sustentan son de más fácil realización, dadas las especiales medidas de protección que acompañan a estos sujetos. Segunda, por su relación con algunos derechos constitucionales, como el de libertad de expresión. Bajo el anterior régimen, dada la consideración en que legalmente se tenía al Jefe del Estado, el tipo delictivo abarcaba desde el insulto proferido en estado de intoxicación etílica hasta la crítica política.³⁵ Incluso en época democrática, vigente la Constitución de 1978, existen resoluciones del Tribunal Supremo que al menos en su redacción resultan sorprendentes:

35. Arroyo de las Heras y otros (1993, 1183) recogen algunos ejemplos de hechos o conductas injuriosas: menosprecio o de su jerarquía y dignidad, las acciones de cualquier clase que supongan un desdén, desaire, ultraje, ofensa o desprecio, por tenerlo en menos de lo que merece, y por demostrarle con malicia poca estimación a su jefatura o simbolismo,... teniendo que admitirse las ofensas injuriosas realizadas sobre su imagen, busto o monedas...

«... (no sólo) el Monarca es irresponsable de sus actos, sean éstos los que fueran, sino que, ocupando la cima de la organización política del Estado y su más alta representación, y hallándose por encima de todo partidismo, se le debe respeto y reverencia, no pudiendo ser sujeto pasivo de ataques a su dignidad, de críticas o de vías de hecho, sin que, quien lo haga, reciba la condigna sanción establecida en el Código Penal... la libertad de expresión tiene los límites que se detallan en el número 4 de dicho precepto (art. 20.1 a/ de la Constitución) entre los cuales figura el derecho al honor, cuyo derecho corresponde a todos los españoles, y con mayor motivo, al primero de ellos, que es Su Majestad el Rey,...».

STS, de 11 de mayo de 1983, RJ 1983/2696.

El Tribunal Constitucional, sitúa la clave del problema, en la libertad ideológica recogida en el art. 16 CE, atribuyéndole el fundamento, junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes del art. 10 CE, de otras libertades y derechos fundamentales, como la libertad de expresión. Esta, a su vez, es requisito imprescindible para la existencia de una opinión pública libre, sin la cual el pluralismo político, proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1.º, no sería posible.³⁶ Por ello, definida constitucionalmente la situación y funciones de la Corona, es preciso recordar que, al igual que el resto de las instituciones reguladas por la Constitución (que el Rey jura guardar —art. 61.1 CE—), están sometidas a las reformas que por las vías legales se puedan acometer. No es posible pensar en cualquiera de esas reformas, sin que venga precedida de un cierto enfrentamiento de posturas, encontrándose entre ellas las que se manifiesten, de forma más o menos contundente, contrarias a la Institución, o al desarrollo de sus funciones. Parece evidente, que si las *«personas que se dedican a actividades políticas están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones por la prensa y*

36. Puede verse la doctrina del TC resumida en su sentencia de 15.2.1990, núm. 20/1990, dictada en el recurso de amparo 1503/1987, Ponente García-Mon. Se refiere a un artículo periodístico en el que se hace referencia a la Monarquía Española, a sus orígenes, a su relación con el Régimen anterior, situándolo todo dentro del campo de los sentimientos políticos de autor.

la opinión pública» (Saraza, 1995, 229), aquella institución que ocupa la máxima dignidad política, esté sometida también al grado máximo de crítica política. Es aquí, donde puede surgir el conflicto entre los derechos constitucionalmente reconocidos y sus límites: *entre el derecho de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción* (art. 20.1 a) CE), y *el límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen* (art. 20.4 CE). El Tribunal Constitucional (STC 159/1986, de 26 de diciembre), resuelve este conflicto, recordando que de igual manera que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, tampoco lo son los límites a los que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Este Tribunal reconoce un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, siendo igualmente vinculantes y actuando recíprocamente tanto las que reconocen los derechos como las que establecen los límites. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. Por su parte, el Tribunal Supremo, desde 1991, viene admitiendo que en la contraposición de opiniones sobre esta Institución, no es posible excluir por innecesarias las formulaciones exasperadas, o, inclusive de mal gusto, reconociendo la provocación, como un instrumento dialéctico. Pone el límite dicho Tribunal, en las intervenciones en el derecho al honor que afecten al núcleo íntimo de la dignidad de las personas.

B) Los tipos delictivos

Los arts. 490.3 y 491.1 CP 95, castigan las calumnias e injurias³⁷ cometidas contra los sujetos especialmente protegidos. Del mismo mo-

37. El Código recién derogado castigaba únicamente las injurias. Esta omisión podía explicarse de dos maneras: primera, que bajo esta denominación estaba comprendido

do, es preciso remitirnos a los tipos comunes (arts. 205 y 208 CP) a la hora de establecer el concepto de estos delitos, si bien, es preciso introducir en este punto toda la reflexión anteriormente realizada sobre las particularidades de los delitos contra el honor y la Corona. El párrafo 2.º del art. 491 CP, introduce un nuevo tipo relativo a los ataques a la imagen de los miembros Corona. Este tipo, carece de equivalente común y en sí mismo introduce aspectos que, como ha señalado Tamarit (1996, 1398), no tienen referencias normativas ciertas, produciendo la consiguiente inseguridad. Tal es el caso, de la determinación de la «posibilidad» de dañar, de la indefinición del «cualquier otro modo», o de lo etéreo del concepto «prestigio». Son dos los bienes jurídicos atacados, en palabras del Tribunal Supremo (STS 26.1.83, RJ 1983/56): *por una parte se lesiona el honor y la dignidad de la más Alta Magistratura del Estado, y por otra la fortaleza y vigor que debe tener esta Magistratura como Institución básica y fundamental para el buen y normal funcionamiento del Ente Público.*

Como ya se dijo, la última Jurisprudencia contempla los hechos susceptibles de ser calificados de delitos contra el honor desde la doble perspectiva de los derechos y límites que están en juego, procurando que estos últimos no supongan un menoscabo de aquéllos. Sin embargo, no siempre es nítida la frontera entre el ánimo de criticar o de narrar (propio de la libertad de expresión), y el ánimo de injuriar. Incluso existen espacios intermedios, como es el *animus iocandi*, respecto de los cuales el nuevo art. 491. 2 CP, introduce un excesivo margen de discrecionalidad. El Tribunal Supremo reconoce esta dificultad, y termina por dejar al criterio del juzgador el análisis del contenido, de la ocasión y circunstancias en que se producen las palabras o acciones³⁸

cualquier delito contra el honor, esto es, incluidas las calumnias. Segunda, que la no inclusión de la calumnia era consecuencia lógica del carácter inviolable del Monarca.

38. Discernir si una acción es o no injuriosa es aún más complejo, según reconoce el Tribunal Supremo (STS 6.12.85, RJ 1985/6001), dado que los gestos tienen aún un significado más equívoco que las palabras. En el caso citado se consideró injurioso el derribo y quema de una estatua del Rey no por el hecho en sí mismo, sino por estar acompañado del lanzamiento de pasquines en los que se llamaba traidor al Monarca.

para averiguar el ánimo del sujeto.³⁹ En todo caso, no es exacto que la finalidad de crítica política excluya siempre el ánimo de injuriar. Este concurre, si, *«consciente y voluntariamente, se produce un acto de menosprecio, sin necesidad de que el agente se proponga como meta final la de menospreciar o injuriar»*. Y dicho ánimo, *«subsiste aunque concurre con otras finalidades legítimas, cual puede ser expresar la discrepancia política»* (Vives y otros, 1993, 55 y sentencias del TS 3.5.82, 31.10.83,...). Que la ofensa se realice o no, estando el sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, marca la diferencia entre el art. 490. 3 y el 491. 1 CP. De esta manera, el legislador ha querido rebajar la gravedad de aquellas ofensas que, por referirse a ámbitos más personales del sujeto pasivo, producen objetivamente un menor daño en el bien jurídico protegido. De alguna manera, esta diferenciación viene a sustituir a la que se contenía en el art. 147 del anterior Código, entre que las ofensas se produjeran por escrito o con publicidad fuera de su presencia, o en cualquier otra forma. Más problemas plantea la utilización de la *«gravedad»* de ofensa para determinar la punición. Respecto de las injurias, parece lo lógico acudir a los parámetros recogidos para el tipo común en el art. 208 CP, si bien es cierto, que en el mismo se ofrecen criterios valorativos de distinción que tampoco ofrecen la deseable seguridad. Respecto de las calumnias, sin embargo, no existen en los arts. 205 y ss. CP, reglas para determinar la diferencia entre grave y no grave. Sólo restaría acogerse para esa determinación, de conformidad con lo establecido en el art. 206 CP, a que la calumnia se hubiera realizado con o sin publicidad. Por otra parte, al distinguir el art. 490. 3 CP, únicamente entre ofensas graves y las que no lo son, se fuerza la elevación a esta última categoría de la falta contenida en el art. 620. 2.º CP.⁴⁰

39. STS 27.1.92, RJ 1992/465: El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa ya que resulta complejo, y desborda la tarea de juzgar, la realización de cualquier introspección en el espacio espiritual de la persona.

40. A este respecto la Consulta de la FGE núm. 6/1985, de 15 de julio, recoge que las expresiones injuriosas contra el Jefe del Estado son siempre constitutivas de delito.

Finalmente, hay que destacar que los artículos que se vienen analizando no contienen referencia paralela a los comunes respecto a la «*exceptio veritatis*». Una postura doctrinal y jurisprudencialmente muy asentada, sostiene su inexistencia dado el carácter inviolable del Monarca (lo cierto es que tampoco ofrecen solución respecto de los otros sujetos pasivos privilegiados). Tras la entrada en vigor del CP 95, esta postura también pretende sostenerse sobre la inexistencia de preceptos paralelos en el capítulo que analizamos al art. 496 CP (*exceptio veritatis*, cuando el sujeto pasivo son las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), o al art. 505 CP (*exceptio veritatis*, cuando el sujeto pasivo es el Ejército o las Fuerzas de Seguridad), dando entonces por hecho que no habrá sido intención del legislador su inclusión. En contra del primer argumento, se manifiestan quienes consideran que no podría realizarse una correcta («*constitucional*») crítica a la Corona si hubiera que prescindir de argumentos que pudieran ser considerados injuriosos o calumniosos por miedo a una imputación irrevocable. En contra del segundo argumento, se sostiene que la previsión de la *exceptio veritatis* en los arts. 496 y 505 CP, encuentra su fundamento en la inexistencia de preceptos paralelos que castiguen las ofensas a sujetos pasivos colectivos, de tal manera, que si el Código no ha recogido expresamente la *exceptio veritatis* en los arts. 490 y 491 CP, es porque ha de entenderse de aplicación lo ya dispuesto respecto del tipo común.⁴¹

2.3. Bibliografía

- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso y otros. «Diccionario de Jurisprudencia Penal», Tomo II. Aranzadi. 1993.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 6/1985, de 15 de julio, «Sobre algunas cuestiones que suscitan los delitos de injurias a Jefes de Estado español y extranjero».

La única opción será: conducta constitutiva de delito-inexistencia de delito, con su consecuencia de no ser posible imaginar una falta por injurias leves al Jefe del Estado.

41. En principio habría que aplicar idénticos razonamientos respecto de las reglas de perseguibilidad y perdón del ofendido contenidas en los arts. 214, 215 y 620 último.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho Penal», Parte Especial. Tirant lo Blanch. Ediciones de 1993 y 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso. «Derecho Penal Español. Parte Especial. Dykinson. 1993.
- RUIZ GUTIÉRREZ, Urbano. «Diccionario Índice de Jurisprudencia Penal 1989-1992», tomo IV. Centro Publicaciones Ministerio de Justicia. 1994.
- SARAZA JIMENA, Rafael. «Libertad de expresión e información, frente a honor, intimidad y propia imagen». Aranzadi. 1995.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. «Comentarios al Nuevo Código Penal» (Quintero Olivares, director; Valle Muñiz, coordinador). Aranzadi. 1996.
- VIVES ANTÓN, T.S. y otros. «Derecho Penal», Parte especial. Tirant lo Blanch. 1993.
- VIVES ANTÓN, T.S. (Coord). «Comentarios al Código Penal de 1995». Tirant lo Blanch. 1995.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. «Nuevo Código Penal comentado». Editoriales de Derecho Reunidas. 1996.

3. Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes

«Reyno de descontentos bambalea, como torre fundada sobre azogue.»

(Antonio Pérez).

3.1. Sección 1.^a Delitos contra las Instituciones del Estado

3.1.1. Obstaculización a las Cortes, nombramiento Tutor o Regente

*Art. 492 CP:*⁴²

«Los que, al vacar la Corona o quedar inhabilitado su Titular para el ejercicio de su autoridad, impidieren a las Cortes Generales reunirse para nombrar la Regencia o el tutor del Titular menor de edad, serán sancionados con la pena de prisión de diez a quince

42. Art. 155 del anterior CP.

años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por la comisión de otras infracciones más graves».

Pueden considerarse las Cortes Generales como la más alta institución de carácter político en España, cuya misión consiste en desempeñar la función parlamentaria en representación de la soberanía popular (ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución); están constituidas por el Congreso de los Diputados y por el Senado. En su función son inviolables, razón por la que no pueden ser objeto de control, represión o cualquier actuación que pudiera limitar el ejercicio de los poderes que tienen atribuidas. Y así, el legislador penal ha contemplado la conducta entorpecedora de sus funciones constitucionales como merecedora de represión mediante su incriminación. En particular, el precepto que nos ocupa penaliza el proceder que dificulta una función muy especial, puesto que está en relación con el mantenimiento de la Jefatura del Estado en la institución de la Corona. El Rey, además de cabeza visible de la organización estatal es símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las demás funciones constitucionales que la Carta Magna recoge. Pero, cuando el Rey es menor de edad (o se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y así fuere reconocido por las Cortes), se hace preciso establecer un sistema de continuidad de la monarquía parlamentaria mediante a través de la institución de la Regencia. De este modo, la CE ya tiene previsto que será ejercida por el padre, madre o pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, en supuestos de minoría de edad y, en el segundo caso, por el Príncipe heredero si fuere mayor de edad y, en su defecto, de igual forma a la minoría de edad. Ahora bien, si no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas (art. 59 CE). En lo que respecta a la tutoría, ejercicio y representación legal durante la minoría de edad, la del Rey será desempeñada por la persona nombrada en testamento por el Rey difunto, siempre que sea español de nacimiento

y mayor de edad; en su defecto la ejercerá el padre o la madre mientras permanezcan viudos. Y si ello no fuera posible, serán las Cortes Generales las encargadas de nombrar a quién ha de desempeñar la tutoría, con la limitación de que no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey (art. 60 CE).

Pues bien, relacionado con el art. 155 del anterior CP, la acción típica de este primer supuesto acoge la conducta consistente en impedir a las Cortes Generales reunirse para nombrar la Regencia o el Titular menor de edad. No queda delimitado el proceder penado, de modo que podrá ser delictiva cualquier acción tendente a imposibilitar, dificultar, entorpecer o estorbar la reunión de dichos órganos colegiados que han debido ser convocados formalmente según las disposiciones reglamentarias al uso para alcanzar el nombramiento de Regente o Tutor, en los términos establecidos por la CE, que han quedado dichos. Tampoco se han especificado los medios que podrán emplearse, por lo que pueden admitirse cualquiera de ellos que sean capaces de alcanzar el resultado deseado; así el empleo de la fuerza física sobre los Diputados y Senadores, como su detención o retención contra su voluntad integrarían el tipo comentado, pero también las amenazas y otros medios intimidatorios podrán ser valorados como adecuados.

El bien jurídico protegido es la inviolabilidad de las Cortes Generales relacionada con la continuidad de la forma de gobierno del Estado español, la monarquía parlamentaria.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, si bien se contempla exactamente su comisión por un conjunto de personas (*«los que impidieren...»*), aunque más bien parece que ha de tratarse de aquéllos que realicen la conducta, como una referencia genérica y no de un conjunto de personas organizadas para tal fin; al efecto, es posible que una sola persona alertando sobre la colocación de artefactos explosivos sea capaz de impedir la reunión de los parlamentarios. Por sujeto pasivo, hay que entender los miembros concretos que han sido impedidos para asistir y constituirse, de forma que no ha sido posible llevar a cabo la sesión convocada y ello, en tanto en cuanto son depositarios de la soberanía nacional. La apreciación de la infracción criminal exige que la reunión no se lleve a cabo por la conducta del autor o autores, pero cabe la admisión de su ejecución imperfecta cuando por las circunstan-

cias de la acción no se alcance la consumación pretendida. Respecto a la pena, le corresponde la prisión de diez a quince años y la inhabilitación absoluta por igual tiempo; además, por vía de concurso real de delitos, al autor corresponderá la pena prevista para otras infracciones más graves; razón por la que no es apreciable el concurso con delitos a los que corresponda pena inferior, como pueden ser algunas detenciones ilegales, amenazas o coacciones.

3.1.2. La invasión violenta de los órganos legislativos

Art. 493 CP:⁴³

«Los que, sin alzarse públicamente, invadieren con fuerza, violencia o intimidación las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, si están reunidos, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años».

El alzamiento público ha tenido tradicionalmente entre sus fines, la derogación, suspensión o modificación total o parcial de la Constitución, así como también la destitución del Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad. Igualmente el impedir la libre celebración de elecciones, o la disolución de las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados y el Senado, impidiendo su funcionamiento u obligándoles a adoptar alguna resolución, han constituido la finalidad del alzamiento público. E, incluso, se ha caracterizado por declarar la independencia de una parte del territorio nacional, o el uso o ejercicio de las facultades del Gobierno o impedirle a éste su libre ejercicio. Consecuentemente, al excluir el tipo objetivo el alzamiento público, el legislador penal está delimitando esta infracción con otras con las que podía estar relacionada como puede ser la sedición y la rebelión. Salvado dicho extremo, la acción consiste en la invasión con el empleo de la fuerza las sedes de los órganos legislativos. El mismo precepto «*invadir*» ya conlleva el uso de fuerza y constituye la incursión, irrupción violenta o penetración en lugar cerrado donde están reunidos los

43. Art. 149 del anterior CP.

miembros de los órganos colegiados antedichos. Por dicha razón, parece superflua la utilización redundante de los términos fuerza y violencia junto a la invasión; parece ser que, con el precepto, se ha querido reforzar la gravedad del medio empleado, de modo que el supuesto de hecho quede claramente contemplado. Respecto a la intimidación, es asumible al concepto de los delitos patrimoniales, según el cual, ésta exige la amenaza de un mal suficiente con el objetivo de producir el temor deseado.

«Al igual que la violencia, la intimidación puede dirigirse contra el titular de la cosa o contra un tercero, diferenciándose de la violencia en que no supone una fuerza física contra las personas, es decir carece de acometimiento personal. No obstante puede concurrir en un mismo delito la violencia y la intimidación, en cuyo caso ésta última quedará integrada en aquélla. La intimidación puede aparecer como una situación creada y sostenida durante todo el iter criminal que condiciona el proceder de la víctima y en su apreciación confluyen circunstancias de distinto signo».

SAP Soria, 15 noviembre de 1995, APA núm. 46. Ponente Sr. De la Torre Aparicio.

Respecto al lugar físico de la realización delictiva, el precepto contempla la sede de los órganos legislativos afectados; por tal ha de entenderse el espacio físico, y no el lugar de residencia, donde se ubican las Cortes Generales en Madrid y las Asambleas legislativas de corte autonómico en las distintas capitales de la Comunidad Autónoma. Ello no empece para incluir en la infracción delictiva la entrada violenta en cualquier otro lugar donde, de forma accidental o permanente accesoria, realicen sus funciones los órganos legislativos afectados.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, a pesar de que el tipo se expresa de forma plural («los que...») y la invasión, ha de tener la suficiente envergadura; pero al no exigirse un número determinado de personas no puede mantenerse que el delito precise la necesaria participación de un conjunto de personas. Además de su número que es irrelevante, a los efectos de este precepto, en cuanto a la calidad o función de los invasores, no se contempla exigencia alguna respecto a la

función o carácter con el que actúen. Sujeto pasivo, son los miembros de las Cortes Generales, Diputados y Senadores y, con carácter novedoso, los parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las diecisiete Comunidades Autónomas que conforman España; pero también pueden considerarse sujeto pasivo, dependiendo de la acción, los trabajadores de estas instituciones, pudiendo ser empleados, funcionarios o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que prestan sus servicios de vigilancia y custodia y que, en el momento mismo de la acción, se encuentran en el lugar de los hechos. Al igual que ocurría con la determinación de los autores delictivos, tampoco se exige un número concreto de personas afectadas para estimar la acción.

El bien jurídico protegido, es la inviolabilidad de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de carácter autonómico; los diputados y senadores, así como los parlamentarios autonómicos gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, tanto en sus intervenciones orales en el seno de las Cámaras, como en todos los actos que conformen su actividad parlamentaria (interpelaciones y preguntas, enmiendas a proyectos de ley, proposiciones, mociones, etc.). Dicha protección, se extiende a la intromisión en las funciones y sedes físicas de estos órganos (RAJ 1993, 9240). Es preciso que los órganos legislativos violentados, estén reunidos en el momento de la ilícita invasión en el ejercicio de sus funciones. El tipo no limita la apreciación delictiva a las reuniones plenarios de las Cámaras por separado o en reunión conjunta, por lo que podrá admitirse la invasión ante cualquiera de estos supuestos; y también ante la reunión de Comisiones Permanentes, como las Legislativas, Diputación Permanente, Comisiones de Investigación y cualesquiera otra que pueda establecerse por disposición legal. Lo mismo cabe predicarse de los Parlamentos autonómicos, en relación a lo dispuesto en los distintos Estatutos de Autonomía. El tipo delictivo, para su consumación, exige la invasión efectiva del lugar de reunión; circunstancia que se verá verificada, no obstante, con la entrada en el lugar dónde se celebra la reunión. Nada se dice sobre la influencia de la entrada en la reunión que se celebra, y no es preciso alterar su normal funcionamiento. Por otro lado, el culpable debe conocer la celebración del acto en el interior de la sede invadida sin pretender un objetivo distinto a la sola penetración en el edificio. El autor se

hace merecedor de una pena de prisión de tres a cinco años. En definitiva...

«... el ilícito contemplado tiene su razón de ser u objeto normativo en garantizar el principio de inviolabilidad del Parlamento... para evitar interferencias e intromisiones en sus propias y altas funciones y en los locales donde las desarrollan, poniendo el énfasis el precepto en el edificio o sede donde la Asamblea celebra sus sesiones y que requiere para su apreciación y nacimiento a la vida jurídica que el -sujeto activo- (individual o plural, aunque la norma habla de -los que invadieran-) realice la -acción- que el precepto describe, esto -invada- (tanto como entre injustificadamente según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua), con violencia o intimidación (que ha de ser personal, excluyéndose la fuerza en las cosas) en el Palacio de la Asamblea Legislativa o se mantenga con empleo de violencia o intimidación dentro del mismo (ya que dado el carácter normativo del acto de -invasión- debe estimarse típico tanto el acceso como el mantenimiento (ACP)), pero ello siempre que se encontrase -reunida- la Asamblea o Parlamento (elemento típico de orden circunstancial que ha de entenderse tanto cuando actúe el Pleno como las Comisiones y que se refiere a la -celebración de sesiones-, ya que -reunidas- están siempre), de lo que el sujeto debe tener -conocimiento-, pues de no ser así todo lo más podrá haber un allanamiento de morada. El delito queda consumado por el -acceso- violento a la sede de la Asamblea o el mantenimiento, también violento dentro de la misma, pues a pesar de la finalidad que con el tipo persigue el legislador, como antes se indicó, no estamos ante un delito de -peligro-, sino de -resultado-, sin precisar consecuentemente una finalidad específica de violentar el curso de las deliberaciones y por ello indiferente la motivación perseguida por el agente, lo mismo simplemente presenciar las sesiones, mostrar su desagrado por alguna resolución que hayan tomado o cualquier otra de las múltiples, variadas e imaginables conductas realizadas por la persona (individual o colectiva), de lo que se infiere el tipo no requiere la presencia del -dolo específico- o elemento subjetivo del injusto en que los recurrentes apoyan su impugnación».

*STS, 3 de diciembre de 1993. Ponente Sr. Roberto Hernández
Hernández.*

3.1.3. Alteración exterior del normal funcionamiento de los órganos legislativos

Art. 494 CP: ⁴⁴

«Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones u otra clase de reuniones ante las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, cuando estén reunidos, alterando su normal funcionamiento».

Regula este precepto un tipo delictivo cuya acción se encuentra situada entre la inviolabilidad de los órganos legislativos (art. 66.3 CE y Estatutos correspondientes), y el derecho de reunión establecido en el art. 21 CE: *«1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».* Por dicha razón la extensión de la acción punitiva ha tenido que ser claramente delimitada, y, en relación a regulaciones anteriores, se han reducido los supuestos admisibles (vid. arts. 150, 151 y 160 bis CP anterior). En la actualidad, incurrirán en este delito, sólo los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones con las circunstancias expresadas en el tipo; la manifestación es aquella demostración colectiva, generalmente al aire libre, en favor de una opinión o de una reivindicación. Ya no se contemplan las exhortaciones o parlamentos que se realicen así como la exhibición de banderas u otros símbolos que pudieran fomentar la manifestación. Tampoco son punibles, en este delito, las conductas de quienes simplemente participen en la reunión o asistan a la convocatoria realizada al efecto.

Por «promover» debe entenderse iniciar o activar cierta acción o producir algo que lleve en sí agitación, movimiento, etc. La acción de «dirigir», consiste en guiar, encaminar, aconsejar o dar decisiones ha-

44. Arts. 150, 151 y 160 bis del anterior CP.

cia un determinado fin. En último lugar, «presidir» consiste en tener u ocupar el puesto o lugar más importante o el de más autoridad en una asamblea o reunión. Por lo tanto, la acción delictiva está ciertamente cualificada por cuanto se proyecta sobre un conjunto de personas que son las promovidas, dirigidas o sobre las que recae la presidencia en una manifestación pública; en este sentido, el autor culpable será la cabeza visible que ha previsto la reunión o que la dirige o preside. Es sumamente importante el lugar dónde se desarrolla la manifestación, puesto que se contempla únicamente «ante las sedes» de los órganos legislativos. Así, el delito ha de cometerse, no en lugares próximos, sino justo delante de los edificios que albergan las sedes de las instituciones mencionadas, siendo indiferente que se trate del lugar de acceso principal al edificio o de otros accesorios por fachadas adyacentes o posteriores; la razón de que se exija dicha proximidad inmediata radica en la facilidad de influir, alterando en cierto grado las Cortes Generales o las Asambleas legislativas de corte autonómico. Por lo que, para la consumación, es necesaria una actividad constitutiva de alboroto, altercado o disputa, con la suficiente entidad y envergadura como para dificultar el normal funcionamiento de las Cortes, Cámara o Asamblea Legislativa. Para ello, en el precepto comentado, se contiene la exigencia de que el Congreso de los Diputados, el Senado o la Asamblea autónoma estén reunidos; requisito sin el cual no podrá apreciarse la presente infracción criminal.

Sujeto activo, puede ser cualquier persona, o grupo de ellas, capaces de realizar la acción, y provocar el resultado dicho; sujeto pasivo, serán los Diputados, Senadores o Parlamentarios afectados por la manifestación que han tenido que alterar su normal funcionamiento en Pleno o en Comisión por su influencia decisiva. El bien jurídico protegido, recae en la inviolabilidad de los órganos legislativos y en su correcto funcionamiento.

Como se trata de un delito de resultado, ha de quedar acreditado el nexo causal entre la acción desarrollada por el sujeto agente y el grado de alteración del normal funcionamiento de la institución que objetivamente podrá quedar plasmado en el retraso, suspensión o interrupción del trabajo que en aquel momento se desarrolla. El conocimiento por parte del culpable de que los órganos afectados están reunidos, excluye la comisión culposa, y asimismo, son posibles las formas im-

perfectas de ejecución cuando, de cualquier manera, no llegue a alcanzarse la alteración pretendida, pero sí concurran el resto de elementos necesarios para la apreciación delictiva. Respecto a la penalidad, corresponderá al culpable de forma alternativa la prisión de seis meses a un año, o bien multa de doce a veinticuatro meses.

3.1.4. El ejercicio violento del derecho de petición a los órganos legislativos

Art. 495 CP:⁴⁵

«1. Los que, sin alzarse públicamente, portando armas u otros instrumentos peligrosos, intentaren penetrar en las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, para presentar en persona o colectivamente peticiones a los mismos, incurrirán en la pena de prisión de tres a cinco años.

2. La pena prevista en el apartado anterior se aplicará en su mitad superior a quienes promuevan, dirijan o presidan el grupo».

El delito contemplado en este artículo, castiga la acción consistente en el intento de presentación de cualquier tipo de petición a los órganos legislativos fuera de los cauces establecidos en la Ley para ello, realizando dicha actuación, mediante el empleo de cierto grado de fuerza, que se materializa en el uso de instrumentos peligrosos. Por tanto, la conducta criminal, se contrae al mal uso del derecho tradicionalmente reconocido a toda persona de dirigir una petición a las Asambleas, al Gobierno o al Jefe del Estado. En la actualidad, todos los españoles gozan del derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley (art. 29 CE); además las Cámaras, pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas (art. 77.1 CE). Al tratarse de un derecho fundamental, su ejercicio vincula a todos los poderes públicos, disfrutando de un alto grado de protección constitucional ya que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de este derecho ante los Tribunales ordinarios y

45. Arts. 152 y ss. del anterior CP.

mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, además del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53 CE). Sin embargo, dicha protección quiebra ante la infracción criminal cuando se produce una extralimitación de ese derecho.

El bien jurídico protegido, dentro de la protección de las instituciones del Estado, es la libertad de la que gozan las Cortes Generales y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para ejercer sus funciones, preservando en todo momento su voluntad. La acción delictiva, reside en el intento de introducirse, sin alzamiento público, y por ello, sin atentar contra el orden constitucional, en la sede de los órganos legislativos con la finalidad de hacer alguna petición, y amparándose en el uso de instrumentos peligrosos. Analizada en preceptos anteriores la penetración en lugar cerrado, haremos unas breves referencias al concepto de arma o instrumento peligroso como elemento del tipo, indispensable para la estimación de la acción delictiva.

Por «arma» debe entenderse, todo instrumento, medio o máquina, destinados a ofender o a defenderse, siendo especialmente relevantes para la comisión delictiva las consideradas como armas de fuego y las armas blancas. Las primeras, son aquéllas en que el disparo se verifica con auxilio de la pólvora como escopetas, revólveres, pistolas, metralletas, etc.; mientras que las llamadas blancas, se caracterizan por consistir en una hoja de acero, como espadas, machetes, puñales o navajas. El cuchillo, puede ser considerado arma blanca y, en todo caso, es un instrumento peligroso (STS de 23 Mayo 1996); la navaja de grandes dimensiones ha sido expresamente admitida en STS de 6 de Noviembre de 1995. Respecto al instrumento peligroso, puede acogerse la consideración jurisprudencial sobre el medio peligroso, que considera por tal, todo instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor, agravar el riesgo del asaltado y menguar o disminuir sus posibilidades de defensa, siempre que ese medio peligroso fuera ya llevado por el delincuente al cometer el hecho y no tomado *in situ* (STS de 22 Marzo 1991). El precepto sólo exige el porteo de armas o instrumentos peligrosos, no su utilización o exhibición, razón por la que el disvalor de la acción se centra en constituir una peligrosidad potencial derivada del riesgo de su uso.

El elemento finalístico del tipo, exige que la acción se ejecute para presentar una petición, derecho constitucionalmente protegido, siendo indi-

ferente que la solicitud se realice por una sola persona, o por un conjunto de ellas. Pese a ello, la forma y los medios empleados justifican la represión penal y resultan por sí solos suficientes para justificar la sanción punitiva. Es intrascendente que el interés de la petición sea de los autores de la acción que intentan presentar la petición o, por contra, de terceros que son defendidos por aquéllos. Sujeto activo, puede ser cualquier persona, individual o en unión de otras, que sea capaz o fueren capaces de intentar la acción comentada, de entrar en las sedes de los órganos legislativos. A diferencia de preceptos anteriores, no se exige que el órgano esté reunido o se altere su normal funcionamiento, únicamente afecta a la petición que se pretende formular. Se alcanza la consumación, con el mero intento de penetrar en la sede del órgano legislativo; no es preciso que se consiga materializar la petición ansiada que, si bien sirve para delimitar la acción punitiva de otras paralelas, en nada importa para la estimación de este delito. Por ello, resulta difícil admitir formas imperfectas de ejecución puesto que el sólo intento presupone la consumación, siempre y cuando concurren los demás requisitos antedichos. Por otro lado, es admisible únicamente la comisión dolosa, dado que el sujeto agente (individual o colectivo) ha de actuar con la intención de ejercitar el derecho de petición y ha de abarcar, igualmente, los demás elementos del tipo. Al autor(es), le(s) corresponderá una pena de prisión de tres a cinco años. Por último, dada la trascendencia de los actos y la gravedad en el empleo de las armas y medios peligrosos, contempla el precepto un tipo agravado, en su número 2, según el cual se aplicará la pena prevista en su mitad superior a quienes promuevan, dirijan o presidan el grupo. La mayor responsabilidad derivada de la especial participación del promotor, director o presidente en la acción delictiva resulta acreedora de la aplicación de la pena en su mitad superior.

3.1.5. Injurias a los órganos legislativos

Art. 496 CP: ⁴⁶

«El que injuriare gravemente las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a

46. Arts. 156 y 160 bis del anterior CP.

alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El imputado de las injurias descritas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas en el artículo 210».

El bien jurídico protegido es el prestigio y dignidad de las instituciones afectadas, cuya apreciación desde un punto jurídico-penal presenta serias dificultades.

«De ahí que no sea sencillo dilucidar, en determinados casos, si los términos en que se hace expresión de esas ideas son subsumibles en tipos penalmente previstos y caso de que se afirme su tipicidad si están o no abarcadas por el ámbito de protección del derecho constitucionalmente proclamado –art. 20.1 a) CE– a la expresión libre de pensamientos, ideas u opiniones, o por el contrario, se ha excedido de los límites de protección de ese derecho fundamental. Resulta necesario, en esta disyuntiva, como cuestión esencial, delimitar dos ámbitos, uno abarcado por el ejercicio de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la CE, cuando concurren los requisitos que conforman esas libertades y otro, de protección de derechos de la personalidad, cuando se desborda el ámbito de protección del citado artículo 20.

Ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala la doctrina que, desde un enfoque distinto al tradicional del –animus iniuriandi–, examina la problemática de los delitos contra el honor o, como en este caso, contra el prestigio y dignidad de las instituciones y autoridades, a partir del reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información (...) La tipificación de las conductas calumniosas e injuriosas contra los altos Organismos responde a la necesidad de garantizar y tutelar la dignidad de estas instituciones. Así, tiene declarado el Tribunal Constitucional, en S. 51/1985, de 10 de abril que –la seguridad exterior e interior del Estado, puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas... en la medida que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política–. El bien jurídico protegido en estas figuras delictivas no es tanto el honor sino el prestigio de instituciones que se reputan esenciales dentro de la estructura del Estado democrático. Y en concreto, el número 3 del artículo 157 (ACP) tutela

esencialmente la libertad y seguridad en el ejercicio de su actividad parlamentaria frente a los ataques que puedan sufrir por las opiniones manifestadas o los votos emitidos en el seno de las Cortes».

STS de 21 de abril de 1994. Ponente Sr. Carlos Granados Pérez.

Se contemplan en el precepto las injurias graves a los órganos legislativos y a sus Comisiones en el ejercicio de sus funciones. Respecto a su definición, de la tradicional expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, el CP 95 la define como: «*Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*» (art. 208).

El delito de injurias, precisa dos elementos básicos para su apreciación: a) La expresión o acto injurioso, que exteriorice el propósito de injuriar; puede consistir en palabras, escritos o hechos (una bofetada, escupir en la cara), también se puede cometer por omisión aunque no hay acuerdo doctrinal sobre ello (la negación del saludo cuando es obligado). La injuria, puede ser manifiesta cuando no pierde su condición si se realiza mediante caricaturas, alegorías o emblemas, y también puede ser equívoca, si el sentido o concepto de la frase o acto se presta a la duda; la equívoca, se transforma en manifiesta, si el acusado rehusa dar una explicación manifiesta. b) *Animus injuriandi*, que se representa no sólo por la voluntad de proferir las expresiones o ejecutar los actos, sino también por la intencionalidad de ofender. Si las palabras dichas o actos ejecutados son naturalmente injuriosos, se presume el ánimo de injuriar y, si falta este ánimo, no podrá apreciarse el delito. Esta doctrina general de las injurias es aplicable, como punto de partida, a las injurias a instituciones si bien hay que realizar algunas matizaciones por la diferente naturaleza de uno y otros. Ante todo el bien jurídico protegido no es el honor, derecho fundamental predicable de la persona física, sino la imagen pública y prestigio de los órganos legislativos. Sujeto activo, será quién realice la acción o expresión injuriosa, el pasivo, —a tenor de la dicción literal del precepto— es doble: bien las Cortes Generales o Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, bien cualquiera de sus Comisiones, cuando en los actos

públicos las representen. A este respecto, y considerando la interpretación extensiva que admite las injurias a personas jurídicas, la acción delictiva debe desarrollarse hallándose la institución afectada en sesión y la Comisión en representación pública del órgano; hecho difícilmente concebible, pues no corresponde a las Comisiones representar a las Cortes, al Congreso o al Senado. Tal circunstancia, corrobora el hecho de que la injuria debe estar dirigida a menoscabar el prestigio de la institución, ya que ésta, desarrolla las funciones que legalmente tiene encomendadas. De esta forma, la acción delictiva tiene que estar dirigida a la institución y no a las personas que la conforman, aunque la admisibilidad de la *exceptio veritatis* en el párrafo segundo, únicamente cobra sentido si el hecho ha sido cometido por alguno o algunos de los miembros de la institución. Así, parece desprenderse del aforismo *societas delinquere non potest* y de la remisión expresa al art. 210 CP 95, que recoge la excepción para el delito común.

«El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas».

En cualquier caso, la injuria vertida contra determinados parlamentarios en sesión de Congreso de los Diputados, Senado o Asamblea Legislativa autonómica, por razón de su función atenta contra el prestigio de la institución misma y no de la personas físicas receptoras de la acción o expresión proferida.

Nada se aclara sobre los medios o modos de ejecutar la acción, quedando estos abiertos; así será admisible la injuria verbal, por gestos o mediante escrito, siendo muy importante la publicidad en la trascendencia del hecho delictivo. Igualmente, no se exige la presencia física del autor en la misma sede de la institución o lugar de reunión de las Comisiones, aunque sí ha de producirse de forma simultánea a la sesión correspondiente. Por ello, cabría la injuria vertida por teléfono, fax, correo electrónico, o cualquier otro medio de comunicación siempre que vaya dirigida efectivamente contra las Cortes Generales o Asamblea autonómica y concurren el resto de elementos precisos. El tipo

requiere que las injurias sean grave, es decir, las penalmente relevantes para el delito común que precisan ser tenidas en el concepto público como tales, atendida su naturaleza, efectos y circunstancias; las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 208). Esta vaguedad, añade inseguridad jurídica por la indeterminación de la gravedad que dependerá del caso concreto y sus circunstancias, apreciable por el grado de afectación del prestigio institucional, máxime cuando no se han precisado los elementos valorativos que se podrán utilizar. Como elemento subjetivo del injusto, es exigible la finalidad de injuriar en el sujeto agente y éste será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses. Como se ha dicho, el segundo párrafo de este precepto exime de responsabilidad penal si concurre la *exceptio veritatis* prevista para el delito común de injurias. Ahora bien, es práctica normal, que los políticos, dentro del Parlamento o fuera de él, imputen ciertas conductas a los adversarios que constituyen graves acusaciones que, si no fuera por el derecho a la libertad de expresión y funcionamiento de las instituciones democráticas, podrían ser graves delitos. Por dicha razón, el ejercicio de la excepción de la verdad por parte de particulares frente los órganos legislativos, constituye una verdadera causa de exención de responsabilidad que transforma la conducta presuntamente delictiva en una actuación de denuncia y crítica del funcionamiento parlamentario.

3.1.6. Alteración de las sesiones de los órganos legislativos

*Art. 497 CP:*⁴⁷

«1. Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembros del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, perturben gravemente el orden de sus sesiones.»

47. Art. 157 del anterior CP.

2. Cuando la perturbación del orden de las sesiones a que se refiere el apartado anterior no sea grave, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses».

Como un supuesto específico de desorden público cometido contra el buen orden de las reuniones de los órganos legislativos, recoge este precepto la perturbación de la sesión parlamentaria. La acción delictiva, consistirá en la alteración de cualquier forma del concierto establecido en la reunión concreta del Congreso de los Diputados, Senado o Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma. La indeterminación del medio, permite la admisión de conductas que directamente conlleven el desorden como la invasión con fuerza, violencia o intimidación, cuando aparezca clara la finalidad de alteración; también la emisión de silbidos, gritos o cualquier otra clase de algarabía, pero también resulta admisible aquella conducta que, tendiendo a lograr la finalidad de perturbar, ésta aparece de forma más solapada. Pueden mencionarse, la falsa alarma de incendio, escape de gas u otra situación de peligro, así como la advertencia sobre la colocación de un artefacto explosivo, y todas estas posibilidades, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se pudiera incurrir por el medio elegido y concurso con otras figuras delictivas. En todo caso, parece que el tipo está referido al hecho de que la conducta se realice desde dentro del edificio que sirve de sede al órgano pues, en caso contrario, estaremos ante la conducta prevista en el art. 494 CP 95. Por otro lado, la acción desarrollada ha de conllevar una efectiva perturbación del orden de las sesiones, de modo que el tipo conlleva implícitamente un resultado contenido en la acción. La dificultad se origina, al intentar determinar cuando se ha producido la alteración de la reunión parlamentaria; y para ello, también habremos de recurrir a un hecho que, directamente relacionado con la acción desarrollada, sea consecuencia de aquél y objetivamente pueda acreditar el trastorno producido. A tal efecto, puede revestir importancia, la actuación de la presidencia del acto mediante la paralización de la sesión, su interrupción, suspensión o finalización anticipada.

Sujeto activo, puede ser cualquier persona que, ya sea de forma individual o en unión de otras, realicen la acción capaz de perturbar el orden del órgano legislativo. Tal consideración, sólo tiene una limitación negativa contenida en el tipo, consistente en que el autor de la

acción perturbadora no tenga la condición de miembro del Congreso de los Diputados, Senado o parlamentario autonómico. Respecto al sujeto pasivo está claro que se trata del órgano y no de sus miembros, si bien la alteración, ha de materializarse en la actuación de sus componentes. La alteración, ha de ser lo suficientemente grave, como para integrar el tipo; para los desórdenes públicos, el TS ya contemplaba este requisito, resultando aplicable *mutatis mutandis*.

«... la alteración, en todo caso, tiene que ser grave, es decir, cuando se adopte una actitud abiertamente subversiva o se originasen vejaciones o daños de cualquier especie, o se promoviese incidente alguno, e especial cariz, con indudable alarma social. De no ser así, la poca entidad o intensidad del resultado y la escasa perturbación social, no obtendrá la repulsa que demanda la norma socio-cultural de la convivencia humana para la apreciación del injusto delictual, dejando así la conducta vacía de contenido antijurídico o, en su caso, degradado de tal manera, que únicamente pueda ser incardinable en infracción venial».

STS de 8 mayo de 1993.

Evidentemente, en el supuesto que nos ocupa será suficiente con la suspensión o interrupción antedicha, que ya refleja la perturbación suficiente. El delito se consuma, en cuanto es alcanzada la perturbación que se persigue, y por tal circunstancia, no caben las formas imperfectas de ejecución. Como elemento subjetivo, en el autor debe concurrir el dolo necesario que comprenda la finalidad de provocar la disfunción en el órgano, no cupiendo la comisión culposa.

«Aunque la redacción del hecho probado no sea todo lo explícita deseable, en el fundamento jurídico primero, y con virtud integradora de aquél, se alude a —la actitud observada y expresiones proferidas por los acusados R. y A— como reveladoras de una voluntad dirigida finalísticamente a perturbar el normal desenvolvimiento del servicio de la justicia. A ello debe añadirse que por el acusado no sólo no se negó la conducta y pronunciamiento de la frase aludida, sin que en el juicio oral lo reconoció sin reservas, cual ha podido comprobar la Sala haciendo uso de las facultades reconocidas por el artículo 899 de la Ley procesal penal.

El comportamiento de A. ha de ser valorado en el contexto general de la escena protagonizada por los acusados, creando un estado de tensión y desarrollando unos actos de violencia, dándose lugar a la suspensión del juicio que habrá de celebrarse, ante la salida de los acusados en manifiesta actitud insolente e irrespetuosa. Tales actos, cual consigna la sentencia, tuvieron entidad suficiente como para turbar gravemente la solemnidad de un juicio. Es la paz pública la afectada con actuaciones de tal índole, perturbando la normal convivencia ciudadana al impedir o dificultar de modo notable el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones por los ciudadanos, en un clima de libertad y respeto mutuo. Delito, el de desórdenes públicos, de carácter tendencial, en cuando esa alteración es deliberadamente querida y buscada de propósito».

STS de 3 de marzo de 1994. Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.

Al sujeto agente le corresponde una pena de prisión de seis meses a un año. En suma, el delito común de desórdenes públicos.

«... exige para su apreciación una finalidad de atentar contra la paz pública, elemento subjetivo del injusto de una infracción precisada de los siguientes requisitos: a) El sujeto del delito es colectivo. Ha de ser un grupo. b) La finalidad pretendida con la conducta ha de ser la de destruir o alterar la paz pública, el normal funcionamiento y uso de los servicios de tal naturaleza y la coexistencia pacífica de la comunidad, por medio de la violación del orden público, siempre que no coincida en la propia subversión terrorista. c) Su consumación ha de ser por actos autónomos o esporádicos, en que se veje a las personas, se produzcan desperfectos en la propiedades, se obstaculicen las vías públicas o se ocupen edificios, no acumulativa sino disyuntivamente».

STS de 11 de marzo de 1994. Ponente Sr. J. M. Martínez-Pereda.

Sin embargo, la infracción delictiva que nos ocupa mantiene sus perfiles propios y diferenciados, según se ha dicho *ut supra*.

El número 2.º del precepto contiene un tipo atenuado, en cuanto rebaja la penalidad a multa de seis a doce meses cuando la perturbación

del orden de las sesiones no sea grave. La rebaja de la consecuencia penal, está en relación directa con la trascendencia de la perturbación alcanzada; de manera que si ésta no acarrea graves consecuencias, podrá castigarse de forma más leve. De nuevo la indeterminación del precepto, deja a la arbitrariedad de la función jurisdiccional la apreciación de la menor gravedad. Ciertamente, no es empresa fácil, dado que en este tipo de reuniones, máxime cuando son abiertas al público, es frecuente la demostración de gestos de júbilo o de desaprobación que, caso de prolongarse, pueden afectar el normal desarrollo de la sesión. La fijación de la línea delimitadora entre la normalidad del acto y la injerencia en su debido desarrollo de forma leve precisa atenerse al caso concreto, estudiando las circunstancias concurrentes. Por ello, serán importantes las dificultades añadidas que la perturbación haya provocado y que deberán subsanarse para reconducir su actuación normal; así todos los trámites necesarios para una nueva reunión. Consecuentemente, cuando la interrupción o suspensión acarree únicamente una breve pérdida de tiempo sin actuaciones posteriores será admisible esta rebaja penal; por contra, si la alteración es de tal envergadura que precisa actuaciones posteriores y, sobre todo, una importante dilación temporal estaremos ante la perturbación grave.

3.1.7. Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios

Art. 498 CP:⁴⁸

«Los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años».

Las coacciones y amenazas a los miembros de las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas constituyen una infracción delictiva que trata de proteger la libertad en la manifes-

48. Arts. 157 y 160 bis del anterior CP.

tación de las opiniones o votos, que caracteriza al propio funcionamiento del poder legislativo; también la soberanía nacional, que emana del pueblo español y de la cual derivan todos los poderes del Estado está igualmente protegida por este delito, en tanto en cuanto el Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas legislativas autonómicas representan, en sus respectivos ámbitos, a la totalidad o parte de los habitantes de España. Como acción punitiva, se castiga a los que empleen la fuerza, violencia, intimidación o amenaza con la finalidad de impedir a los parlamentarios la asistencia a sus reuniones o, una vez reunidos, se tienda a la obstaculización de sus manifestaciones o votos. Así la acción consiste en la utilización de alguno de estos medios para dificultar la libre actuación de los miembros de estos órganos colegiados. La fuerza ha de entenderse como la capacidad de ejercer cierta acción física o psíquica sobre las personas con la finalidad de obligarles a ejercitar alguna cosa o para hacerles desistir de ella. Por su parte, la violencia es aquella manera de actuar contra el natural modo de proceder, haciendo uso excesivo de la fuerza. La intimidación, es aquella acción que tiende directamente a causar o infundir miedo en otras personas; exige la amenaza de un mal suficiente con el objetivo de producir el temor deseado, pudiéndose caracterizar, a diferencia de la violencia, en que...

«... no supone una fuerza física contra las personas, es decir carece de acometimiento personal. No obstante puede concurrir en un mismo delito la violencia y la intimidación, en cuyo caso ésta última quedará integrada en aquélla.

La intimidación puede aparecer como una situación creada y sostenida durante todo el iter criminal que condiciona el proceder de la víctima y en su apreciación confluyen circunstancias de distinto signo, como puede ser la diferencia de edad y el desarrollo físico del culpable y el sujeto pasivo».

SAP Soria, de 15 de noviembre de 1995.

La conducta intimidatoria puede llevarse a cabo, además, con armas y con otros medios u objetos igualmente peligrosos. La ame-

naza consiste en el anuncio de un mal de cierta gravedad que será provocado, causado o inflingido por el sujeto agente o por un tercero a quién la sufre. La acción, debe estar dirigida a la consecución de una triple y alternativa finalidad, consistente en impedir la asistencia a las reuniones, dificultar la libre manifestación de sus opiniones y también la emisión del voto. El primer objetivo, tiende a hacer imposible el concurrir a las sesiones a que está convocado el impedido; el segundo, pretende obstaculizar la formación y publicación de las opiniones de los parlamentarios, en el libre ejercicio de sus funciones. El último fin previsto en el tipo, ataca directamente la libre expresión de la voluntad, afectando la acción y efecto de ejercitar el derecho de participar en la formación de la voluntad del órgano legislativo, mediante el apoyo directo a determinada cuestión, la frontal oposición, el no pronunciamiento, la abstención o la no participación; todas ellas conductas perfectamente admisibles en el juego democrático.

Sujeto activo, será quien o quienes, haga(n) uso de los medios comisivos anteriores sobre el sujeto pasivo, que podrá ser cualquiera de los miembros que integran alguna de las Cámaras de las Cortes Generales, o sobre algún parlamentario autonómico. El delito se consumará, cuando efectivamente el diputado, senador o miembro de Asamblea autonómica no haya podido asistir a la reunión formalmente convocada, siendo indiferente que se trate de sesión plenaria o en Comisiones. También podrá consumarse, cuando se haya limitado o restringido la libertad del parlamentario para expresar legítimamente sus opiniones o para votar; en estos últimos casos bastará con la afectación de su libertad con cierta intensidad, no siendo necesario que la misma haya desaparecido. Se trata de una infracción delictiva eminentemente dolosa, ya que la intencionalidad del autor abarca tanto la utilización de medios comisivos específicos como el resultado querido y, por ello, no es aceptable su comisión culposa.

«No obstante en ambos casos nos encontramos ante una modalidad eminentemente dolosa que exige como elemento subjetivo del injusto el propósito claro y definido de privar al sujeto de su libertad ambulatoria, ya que como tiene señalado alguna sentencia de esta Sala -S. 3 abril 1987-, si no se deduce o desprende de la acción tal propósito, resulta

notorio que sería improcedente la calificación del hecho como detención ilegal.

STS 13 de febrero de 1991. Ponente Sr. José A. Martín Pallín.

La pena que corresponde al autor es la prisión de tres a cinco años.

3.1.8. Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos

Art. 499 CP:

«La autoridad o funcionario público que quebrantare la inviolabilidad de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, será castigado con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle si el hecho constituyera otro delito más grave».

Sin referencias en el CP 73 y, a diferencia del precepto anterior, la inviolabilidad que constituye el bien jurídico protegido radica en el propio funcionamiento de los órganos legislativos, nacionales y autonómicos, tratándose de proteger su actuación institucional. El quebranto de la inviolabilidad, supone la ruptura de la garantía que envuelve al poder legislativo y que está constitucionalmente reconocida en el art. 66.3 CE y preceptos concordantes de los diferentes Estatutos de autonomía. La inviolabilidad ha de predicarse frente a terceros ajenos al poder legislativo y, tratándose de uno de los poderes fundamentales del Estado, de su actuación no podrá exigirse, de forma especial, responsabilidad alguna.

Sujeto activo, ha de ser necesariamente autoridad o funcionario público; es decir, servidores de la función pública que integran el aparato administrativo del Estado (que incluye el correspondiente a las diferentes Comunidades autónomas). Bajo el concepto de autoridad se comprende, a tenor del art. 24.1 CP 95...

«... al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En to-

do caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

Por su parte, y según el art. 24.2 CP 95 señala que: «*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*».

El sujeto pasivo ha de ser, obligatoriamente, alguno de los órganos legislativos citados de forma que, con la incriminación de esta conducta, se protege la inviolabilidad de la institución en sí y no de los miembros que la integran. La consumación se alcanza con el efectivo quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, afectando directamente la previsión del art. 66.3 CE. La conducta criminal aparece sumamente indeterminada en la descripción del tipo, tratada de forma general, y serán las circunstancias concretas del caso, las que puedan delimitar el quebranto producido; de cualquier forma se trata de un delito de resultado. La inviolabilidad, conlleva la indebida exigencia por autoridad o funcionario de responsabilidad a las Cortes Generales o Asambleas autonómicas por sus respectivas funciones legislativas. El sujeto agente, debe actuar con la firme voluntad de provocar la inviolabilidad garantizada por la Constitución, con independencia de que pueda concurrir cualquier otra finalidad ajena a dicho quebranto. La pena que corresponde a la autoridad o funcionario público, autor de la infracción delictiva, es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años; sanción punitiva específicamente prevista para el que ya pertenece a la función pública, y todo ello, sin perjuicio de la debida apreciación de un delito más grave en concurso real junto a la conducta comentada, en cuyo caso también se impondrán las penas que pudieran corresponderle.

3.1.9. Detención ilegal del parlamentario

Art. 500 CP: ⁴⁹

49. Art. 159 v 160 bis del anterior CP.

«La autoridad o funcionario público que detuviere a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma fuera de los supuestos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente incurrirá, según los casos, en las penas previstas en este Código, impuestas en su mitad superior, y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años».

El bien jurídico protegido de este delito es la inmunidad parlamentaria, que corresponde a todos y cada uno de los diputados y senadores que componen las Cortes Generales, así como los parlamentarios de todas las Asambleas Legislativas autonómicas existentes en España. Así, el art. 72 CE establece que *«Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito»*. Se trata, por tanto, de aquel carácter propio de los representantes parlamentarios, según el cual no pueden ser detenidos más que en flagrante delito, ni procesados sin autorización del parlamento. La protección institucional del órgano se extiende, entonces, al ejercicio individual de la función parlamentaria; no se trata de beneficio o privilegio personal ni derecho subjetivo alguno. Es, más bien, una garantía añadida al desempeño el cargo que, naturalmente, está relacionada con las libertades fundamentales de la persona puesto que también está amparada la libertad y seguridad del sujeto pasivo, si bien lo es por el ejercicio de su función. La conducta, a diferencia de supuestos anteriores, es clara; se trata de la detención de un miembro de los órganos legislativos, cuando no concurren los requisitos establecidos en la legislación vigente. Primero, que el delito no sea flagrante, de tal evidencia que no necesite pruebas. Así el delito flagrante, es el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente haya sido sorprendido; también cuando el criminal es perseguido y detenido inmediatamente después de cometer la infracción, o cuando es sorprendido con efectos o instrumentos que infundan la sospecha de su participación en el acto delictivo. Pero también se cometerá el delito, cuando no se den los requisitos legales, aún a pesar de la flagrancia delictiva; lo que ocurrirá cuando se infrinjan las garantías previstas en la propia CE en el art. 17 (complementado con los arts. 520 y 527 de LECrim.).

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca».

Sobre el contenido de la acción de detener de forma ilegal y sobre la relevancia de la cualificación del sujeto agente como funcionario público...

«La acción de los delitos de detención ilegal, tanto en la del art. 480 como en la del art. 184 (ACP, actualmente 163 y ss, 167, 500, 501, 530 y 532 NCP) se caracteriza porque el autor priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su libre voluntad, de lo que se infiere la trascendencia de dichas infracciones, en tanto se limita la libertad de una persona, que constituye junto a la vida, dos de los bienes más preciados para cualquier individuo, si bien adquiere especial gravedad, cuando el sujeto activo es funcionario público, pues éste es quien tiene obligación de guardar el orden constitucional preciso para un Estado democrático y de derecho. Por eso, el art. 17 de la Constitución Española proclama un derecho que es inherente a la persona humana, y que pertenece a la naturaleza de aquéllos. En consecuencia, la privación de libertad, cautelar o definitiva, ha de decidirse con todas las garantías constitucionales y legales. El art. 17.1.º citado prescribe que los supuestos de privación de libertad sólo pueden acordarse en los casos y en la forma previstos en la ley».

STS 1 de junio de 1994. Ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz.

Sujeto activo ha de ser, por imperativo legal, una autoridad o funcionario público en el sentido penal que se le ha dado en el artí-

culo anterior; paralelamente, sujeto pasivo será el parlamentario que es objeto de la detención. Miembro del Congreso de los Diputados, Senado o de Asamblea autonómica, carácter que se adquiere por el efectivo nombramiento como tal. Por lo que la diferencia fundamental con el delito común de detenciones ilegales radica en la cualidad del autor (autoridad o funcionario público) y en la de la víctima (miembro de las Cortes o parlamentario autonómico); así nos encontramos ante un delito especial por razón de los sujetos. La privación de libertad llevada a cabo y relevante para la acción penal será la ejercitada en todo caso, salvo en flagrante delito, y con independencia de su duración que, a los efectos de apreciar el tipo, resulta irrelevante. Respecto al elemento subjetivo, es necesaria la presencia del dolo, como ya ocurre en el delito común de detenciones ilegales; al efecto...

«El art. 480 (ACP) sanciona al particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad; sin mayores concrecciones. Se destaca por un importante sector doctrinal el carácter esencialmente doloso de esta figura penal (la voluntad de impedir a alguien el ejercicio de su libertad ambulatoria), y se explica así que la jurisprudencia de esta Sala haya venido exigiendo la concurrencia de un -dolo específico-, pero, seguidamente, se destaca que, en modo alguno, puede admitirse la necesidad de un -elemento subjetivo del injusto-, que carece totalmente de base legal. En suma, se afirma que el dolo de toda detención ilegal consiste simplemente en la conciencia y voluntad de llevar a cabo la privación de libertad prohibida por la ley. El sentido de las declaraciones de la jurisprudencia está encaminado a negar categóricamente la posibilidad de la incriminación culposa de este tipo de conductas (tesis no compartida unánimemente por la doctrina). En este sentido, la Sentencia de 21 de diciembre de 1977 dice que el dolo de esta acción típica consistente en -la voluntad de privar a otro de su libertad y conciencia de la ilicitud de la acción-. En la misma línea, la Sentencia de 18 de noviembre de 1986 afirma que basta la actitud consciente y voluntaria de privar la libertad, siendo indiferentes, en el tipo básico, los móviles. Puede afirmarse, en conclusión, que en el delito de detención ilegal no ha más elemento subjetivo que el dolo».

STS 21 de julio de 1994. Ponente Sr. Luis Román Puerta Luis.

La penalidad establecida es la común del delito de detenciones ilegales (arts. 163 y ss), según los supuestos allí contemplados pero con la obligación de imponerlas en su mitad superior, más la inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años; al tipo básico le corresponde la prisión de cuatro a seis años.

3.1.10. La imputación o procesamiento ilegal de un miembro de los órganos legislativos

Art. 501 CP:⁵⁰

«La autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, será castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años».

Bien diferente a la detención ilegal, el presente precepto castiga la inculpación o procesamiento del parlamentario fuera de los requisitos legales. La acción típica consiste en inculpar, acusar del cometimiento de una infracción delictiva, o procesar, dirigir la acción procesal contra una determinada persona como presunto culpable del delito; la diferencia entre una y otra actividad radicaría en la concreta formación de autos. Técnicamente, ni la inculpación o el procesamiento suponen una declaración de la responsabilidad penal del parlamentario que se encuentra protegido, como toda persona, por la presunción constitucional de inocencia. Sin embargo, tanto una como otra conducta puede afectar la actividad parlamentaria y de ahí la protección de la inmunidad prevista en el art. 71.2 CE: *«... No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».*

Dicha autorización es tramitada por la autoridad judicial mediante una instancia dirigida a las Cortes o al parlamento autonómico pidiendo autorización para proceder penalmente contra alguno de sus miembros; esta actuación se denomina suplicatorio. El procedimiento se deriva del principio de la inmunidad parlamentaria, contemplada en el

50. Art. 159 y 160 bis del anterior CP.

artículo constitucional transcrito anteriormente. La reglamentación del Congreso de los Diputados, del Senado establecen el mecanismo para llevar a término el procedimiento. Esencialmente, recibida una petición de inculpación o de procesamiento, procedente del Tribunal Supremo, la mesa de la Cámara elevará el suplicatorio a la comisión correspondiente, la cual, oído el interesado, transmitirá la petición al pleno de la Cámara, que podrá conceder o denegar la autorización solicitada. Un procedimiento semejante se establece para el supuesto de los parlamentarios autonómicos. En suma, la conducta típica consistirá en inculpar o procesar a un miembro de los órganos legislativos sin el correspondiente suplicatorio de la Cámara respectiva.

El sujeto activo ha de ser, necesariamente, la autoridad judicial encargada de administrar la justicia que emana del pueblo; por tanto, se trata de un delito especial propio que sólo podrá cometerse por Jueces y Magistrados, ya fuere en órgano jurisdiccional unipersonal, ya en órgano colegiado con funciones instructoras por tratarse de Diputados, Senadores o miembros de Asambleas autonómicas. El sujeto pasivo, será cualquiera de estos parlamentarios, siempre que efectivamente ostenten dicha condición en el momento de la inculpación o procesamiento. El resultado consistirá en la injusta emanación por la autoridad judicial de una resolución que acuerde la inculpación o el procesamiento; pudiéndose tratar de una especie de prevaricación motivada por el desconocimiento de las normas aplicables a los parlamentarios o a una mínima diligencia exigible en la averiguación de las circunstancias concurrentes. Así pudiera ser que, incluso, se dictara el procesamiento por autoridad manifiestamente incompetente por desconocimiento o inaplicación de las normas de aforamiento. La penalidad aplicable al supuesto contemplado es la inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años.

3.1.11. Desobediencia a instituciones investigadoras del Estado y de CCAA

Art. 502 CP:

«1. Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de

desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. En las mismas penas incurrirá la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación.

3. El que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses».

Sin antecedentes en la legislación anterior, varias son las conductas contempladas en este artículo que está dividido en tres números. El elemento aglutinador, radica en la obstaculización de las funciones encomendadas a las Comisiones parlamentarias, al Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas y a los órganos equivalentes de corte autonómico.

En el número 1.º, se incrimina la falta de comparecencia ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de Comunidad Autónoma. La Comisión parlamentaria está integrada por un número reducido de miembros que reproduce, en pequeña escala, la representación de los distintos partidos políticos en la Cámara. Su cometido es discutir y dictaminar los proyectos de ley que, una vez aprobados en comisión, pasarán al pleno de la Cámara para su discusión y aprobación definitiva; son las Comisiones legislativas permanentes de carácter especializado. Pero hay otro tipo de Comisiones, de carácter no permanente, que son llamadas de investigación. La Constitución Española establece al respecto en el art. 76: «1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas. 2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las

sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación». Sujeto activo, puede ser cualquier persona física cuya presencia haya sido solicitada en una Comisión de investigación de las Cortes Generales o parlamento autonómico y siempre que se haya producido el debido apercibimiento de proceder, en caso de incomparecencia, contra el citado por la comisión de este tipo delictivo. Específicamente, se ha previsto una agravación para el supuesto de que el autor de los hechos ostente la condición de autoridad o funcionario público. Como una especie de desobediencia, se trata de un delito de omisión propia ya que se trata de dejar de comparecer ante un requerimiento formal; por otra parte, supone un intento de reforzar el cometido de dichas comisiones, mediante el establecimiento de una consecuencia punitiva a la sanción administrativa ya prevista en las previsiones constitucionales. Para ello, se acude a la técnica de la remisión a otro tipo delictivo, la desobediencia común prevista y penada en el art. 556 CP 95, castigado con prisión de seis meses a un año. Además, si el sujeto activo fuere autoridad o funcionario público corresponderá la suspensión de empleo o cargo público por el tiempo e seis meses a dos años.

En el apartado 2 del precepto, se contempla la obstaculización de la labor de investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de naturaleza autonómica. Sujeto activo, necesariamente ha de ser autoridad o funcionario público en el sentido reiteradamente indicado en comportamientos delictivos anteriores. Como sujeto pasivo determinado por el precepto, figuran únicamente los órganos de investigación citados con anterioridad. Por tanto, se trata de un delito especial tanto por la condición del autor como por la determinación de las instituciones afectadas. La conducta, también descrita, ha de consistir en obstaculizar la función investigadora que estos órganos pueden llevar a cabo; el entorpecimiento de esta labor, será obligatoriamente desarrollado mediante alguno de estos comportamientos: negar o dilatar el envío de informe solicitado o dificultar el acceso a la documentación administrativa que corresponda a la investigación. Nos encontramos pues, ante un delito con comportamientos taxativamente establecidos en el tipo penal, alcanzándose la consumación cuando la negativa queda objetivamente acreditada o la dilación se ha producido; ésta última, requiere el ser indebida puesto que el retraso, previsible normalmente, no puede integrar el tipo penal. Res-

pecto a la penalidad, se establece una remisión al número 1 que, a su vez, lo había hecho a la desobediencia común. Por ello corresponderá al autor, la prisión de seis meses a un año.

Para finalizar, en el número 3 se penaliza el falso testimonio emitido ante una Comisión de investigación. Sujeto activo, será el que haya sido convocado formalmente ante una Comisión parlamentaria de investigación y la conducta consiste en la falta a la verdad en su testimonio; el falso testimonio es el delito consistente en la declaración de un testigo, perito o intérprete que falta maliciosamente a la verdad en causa civil o criminal (arts. 458 y ss) y en el caso que nos ocupa se aprecian ciertamente las similitudes. Ahora bien, equiparar la declaración ante autoridad judicial con la prestada en las comisiones parlamentarias de investigación parece excesivo por la trascendencia de una y otra. En cualquier caso, el infractor ha de actuar con la intencionalidad de decir mentira, no siendo suficiente las respuestas evasivas o inexactas, así como los silencios prolongados. Habrá que tener en cuenta el derecho constitucional del art. 24.2 CE a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que, si bien está pensado para el proceso judicial, resulta trasladable a esta declaración ante Comisión investigadora. La pena que corresponde al autor, es la de prisión de seis meses a un año o, de forma alternativa, la multa de seis a doce meses.

3.1.12. La invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad

Art. 503 CP:⁵¹

«Incurrirán en la pena de prisión de dos a cuatro años:

1.º Los que invadan violentamente o con intimidación el local donde esté constituido el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

2.º Los que coarten o por cualquier medio pongan obstáculos a la libertad del Gobierno reunido en Consejo o de los miembros de un

51. Arts. 160 y 160 bis del anterior CP.

Gobierno de Comunidad Autónoma, reunido en Consejo, salvo que los hechos sean constitutivos de otro delito más grave».

Dos conductas se contemplan en este precepto, que son la invasión violenta del local en el que esté constituido el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, la obstrucción a su labor. El bien jurídico protegido en uno y otro caso es la libertad en el correcto funcionamiento y pacífico desarrollo de las funciones ejecutivas de los órganos gubernamentales del Estado. El sujeto activo es indeterminado, pudiendo ser cualquier persona y aunque la redacción del tipo acoge exclusivamente la modalidad plural («los que...»), nada impide que la acción pudiera ser desarrollada individualmente siempre que concurren los demás elementos objetivos. El sujeto pasivo varía según la modalidad delictiva; en el caso de la invasión violenta (núm. 1) podrá ser tanto el Gobierno de España que está encarnado en el Consejo de Ministros, como el de cualquiera de las Comunidades Autónomas que la integran, representado en el Consejo de Gobierno de éstas últimas. Respecto al número 2, además de los órganos de gobierno mentados, se acoge a cualquiera de sus miembros de modo que el atentado a la libertad individual de un Ministro o Consejero puede integrar el tipo.

La acción, en el primer caso, consiste en la invasión violenta o con intimidación del local en que esté constituido el órgano afectado. Invasión supone el acometimiento, irrupción o entrada por fuerza o por violencia en un determinado lugar. Razón por la cual la invasión lleva ínsita cierta violencia y la acción delictiva, para su consumación, debe haber superado los medios de seguridad propios de los órganos de gobierno; valga lo dicho sobre la invasión, violencia e intimidación al comentar el art. 493 CP 95. La conducta delictiva, deberá realizarse en el lugar en que esté constituido el órgano de gobierno; lo que implica una reunión válida y formal de sus miembros, bien en el local que le sirve de sede habitualmente bien, en cualquiera otro en que efectivamente esté constituido. El delito se consuma con la sola entrada o penetración violenta o con intimidación, sin que se exija perturbación o desorden en el desarrollo de las sesiones. Respecto al elemento subjetivo, en nada importa la finalidad del autor delictivo, siendo indiferente a los efectos de apreciar el delito. Se trata de una infracción delictiva

que no admite la comisión culposa, por cuanto el culpable ha de ser consciente de la acción violenta o intimidatoria realizada y la trascendencia e importancia del lugar en que la desarrolla.

En el número 2 del precepto, se castiga a los que coarten u obstaculicen la libertad del Gobierno o de sus miembros; en definitiva supone impedir, dificultar, imposibilitar o hacer difícil la actuación del Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno autónomo. La vaguedad y excesiva inconcreción del tipo permiten el acogimiento de todo tipo de conductas que impliquen un ataque a la libre formación de los acuerdos de gobierno de la Nación o de la Comunidad autónoma; pero también se protege la decisión individual de cualquiera de sus miembros a la hora de conformar la voluntad colectiva. Por lo que el ataque a la libertad de alguno o algunos de los miembros del órgano de gobierno también está contemplado. La previsión de un elemento medial sin limitaciones, obedece a las innumerables formas de limitar la libertad protegida, y ya no es preciso ejecutar la acción en el lugar de constitución del órgano y de forma simultánea a la reunión; puede ser que la acción delictiva haya comenzado con anterioridad y en lugar diferente y que se lleve a cabo desde lugar diferente. En cualquier caso, la consumación ha de producirse en la propia actuación colegial que ha visto impedida de alguna forma su libre formación de la libertad. Se trata de un delito de resultado que exige, para su verificación, alguna circunstancia objetiva que denote la comisión delictiva. Así será importante la constatación, por ejemplo, de que no se ha podido adoptar un determinado acuerdo sobre un tema concreto que estaba previsto tratarse por la acción externa del culpable, sobre el órgano colegial en su conjunto o sobre miembros concretos; igualmente deberá acreditarse el nexo causal necesario que relacione la acción delictiva con el resultado alcanzado. Al igual que en el caso anterior, se trata de un delito eminentemente doloso, por las características de la acción y por la finalidad perseguida; además son admisibles las formas imperfectas de ejecución.

Tanto en el caso del número 1 como en el número 2, la penalidad a imponer al autor o autores delictivos es la prisión de dos a cuatro años; sin perjuicio de que, en el supuesto de los ataques a la libertad del órgano de gobierno, los hechos constituyan un delito más grave, en cuyo caso se estará a la aplicación de las normas sobre concursos de delitos.

3.1.13. Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación

Art. 504 CP:⁵²

«Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los artículos 207 y 210 de este Código.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones».

A diferencia de artículos precedentes, con este precepto tratan de protegerse los órganos mentados como tales, sin tomar en consideración a sus componentes individualmente considerados aunque, de forma evidente, las conductas realizadas sobre sus miembros con ocasión del ejercicio de sus funciones suponen el ataque a la institución a la que pertenecen. Por tanto, el bien jurídico protegido es la dignidad del Gobierno de la Nación como máximo órgano gubernamental de España, del Consejo General del Poder Judicial como órgano de autogobierno de Jueces y Magistrados, del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Norma Fundamental, y del Tribunal Supremo como el más alto Tribunal de la organización judicial española. A su vez, también se protege la dignidad de los máximos órganos autonómicos ejecutivo y judicial, el Consejo de Gobierno y el Tribunal Superior de Justicia.

La acción del delito se integra por la calumnia, injuria o amenaza, conceptos de gran precisión jurídica y a cuyo estudio concreto nos remitimos. La especialidad y especial agravación radica en el sujeto pa-

52. Art. 161 del anterior CP.

sivo que está referido a las instituciones anteriormente citadas, estando la acción dirigida al órgano en sí o al conjunto de miembros que lo integran; en otro caso estaríamos ante un concurso de delitos.

«La doctrina científica es unánime en tal interpretación. Sujetos pasivos de los delitos del artículo 161.1 (ACP), sólo pueden serlos además del Regente o Regentes, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Por tanto se suscitará una cuestión concursal en los supuestos en los que la conducta ejecutada constituya no sólo unas injurias o amenazas para los mencionados organismos, sino además un delito para alguno o alguno de los miembros que integren aquéllos, pudiendo constituir, en su caso, un concurso ideal o real de los arts. 71 y 69 del CP (ACP), con el delito de desacato de los artículos 240 y siguientes del propio Cuerpo legal (ACP)».

STS 17 de mayo de 1990. Ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz.

La pena que corresponde a este delito es la multa de doce a dieciocho meses; y, de la misma manera a como ocurre en las injurias graves a los órganos legislativos, se admite la *exceptio veritatis* o excepción de decir verdad, siempre y cuando concurran los requisitos de los arts. 207 y 210 CP 95; nos remitimos a lo dicho sobre el particular al comentar el art. 496 CP 95.

El párrafo tercero del precepto, contempla una infracción delictiva que consiste en impedir a los miembros de los Organismos citados el asistir a sus respectivas reuniones. La acción puede desarrollarse por cualquier persona que, en uso de la fuerza, violencia o intimidación imposibilite a algún componente de estos órganos colegiados acudir a la convocatoria formal que se le ha realizado en la institución a la que pertenece. Delito exclusivamente doloso, se consuma con la efectiva inasistencia del miembro o componentes afectados a la reunión a que deban asistir. El culpable será castigado con la prisión de tres a cinco años, sin perjuicio del concurso con otros delitos que pudieran cometerse con ocasión del empleo de la fuerza, violencia o intimidación.

3.1.14. Injurias y amenazas a los ejércitos y Fuerzas de Seguridad

Art. 505 CP: ⁵³

«Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código».

Delito que tiene como bien jurídico protegido la dignidad institucional del Ejército así como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como instituciones básicas en la formación del Estado y garantizadoras del orden constitucional y ejercicio de los derechos y libertades individuales. A este respecto la CE establece: «*Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*» (art. 8.1 CE), y que «*Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*» (art. 104.1 CE).

La acción consistirá en la injuria o amenaza grave, delitos comunes a los que nos remitimos, así como al artículo precedente; sujeto activo puede ser cualquier persona que emita la injuria o realice la amenaza, mientras que el sujeto pasivo requiere una matización. No se trata del conjunto de los integrantes de los Ejércitos o de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, más bien se trata de aquella institución o miembros que son afectados por la injuria o amenaza concreta. Dentro de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad ha de mencionarse, necesariamente, a la Policía Nacional, Guardia Civil (de carácter mixto con el Ejército, al tratarse de instituto armado), las diferentes policías autonómicas y también las de carácter local o municipal. Al igual que en preceptos

53. Art. 242 del anterior CP.

semejantes se admite la exceptio veritatis y la penalidad es la multa de doce a dieciocho meses.

3.2. Sección 2.^a De la usurpación de atribuciones

Dentro de los delitos contra las instituciones del Estado y división de poderes, la sección 2.^a está dedicada a la usurpación de atribuciones; recogiendo una serie de conductas que anteriormente se correspondían con los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. A primera vista, pudiera parecer que en la sección 1.^a se han incluido todas las figuras delictivas que protegen las Instituciones del Estado y la división de poderes, quedando la sección 2.^a con una titulación de difícil encaje en este Capítulo III. Sin embargo, la usurpación de atribuciones, como arrogación de facultades correspondientes a alguno de los poderes del Estado por quién no pertenece al mismo, supone un atentado contra la división de poderes. En la nueva regulación se ha cuidado, por tanto, la ubicación sistemática que se encuentra clarificada en estos cuatro preceptos en atención a la naturaleza del Poder actuante y Poder invadido. En todo caso, el bien jurídico protegido será la división de poderes que se encuentra afectada por las injerencias de unos sobre otros.

3.2.1. La arrogación de atribuciones genérica

Art. 506 CP:⁵⁴

«La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años».

Se trata de una invasión de las funciones legislativas por otros poderes del Estado. El sujeto activo está referido a la autoridad o funcionario

54. Art. 377 del anterior CP.

público en el sentido del art. 24 CP 95, pero el ámbito ha de reducirse necesariamente por cuanto se ha de carecer de atribuciones legislativas; pero también puede tratarse de autoridades o funcionarios que, pese a realizar funciones legislativas, se haya producido una actuación que traspasa los límites de su competencia. La acción es doble en este tipo penal, supone por un lado el dictado de una disposición general cuando se carece de facultades para ello y, también, cuando se suspendiere su ejecución. La disposición de carácter general es la que está destinada a una generalidad de personas, formando parte del ordenamiento jurídico. No es suficiente con haber dictado una orden, acto administrativo, sino que se requiere la propia invasión del legislativo; con lo que la disposición general ha de adoptar la forma de ley o de reglamento, si bien será suficiente con que produzca los mismos efectos que estos. Conducta que es, ciertamente, infrecuente en la práctica y sólo se ha apreciado el dictado de reglamentos sin cobertura legal cuya responsabilidad ha sido perseguida por vía contencioso-administrativa, dejando al margen la posible responsabilidad penal. La segunda modalidad de actuación típica supone la suspensión de la disposición general válidamente emitida y requiere, por aplicación de las características generales del tipo, un comportamiento activo exteriorizado en la emisión de una resolución dirigida a paralizar la aplicación de una norma y, paralelamente, conlleva la idea de generalidad y permanencia. Por ello la sola resistencia, la falta de cumplimiento o la infracción de la norma por el funcionario público no integra este tipo penal, es preciso el mandato expreso a los fines señalados. Es un delito que no admite comisión imprudente y que se consuma con el verdadero quebranto a la división de poderes, al dictarse la resolución o mandato, general y permanente, o suspensivo del existente, legítimo y verdadero. La pena que corresponde al autor es la prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

3.2.2. Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial

*Art. 507 CP:*⁵⁵

55. Art. 378 del anterior CP.

«El Juez o Magistrado que se arrogare atribuciones administrativas de las que careciere, o impidiere su legítimo ejercicio por quien las ostentare, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, multa de tres a seis meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

En claro paralelo con el precepto anterior se castiga ahora la usurpación de funciones administrativas por el Poder Judicial en dos modalidades comisivas; la arrogación de atribuciones y el impedimento en el ejercicio legítimo de las mismas. El bien jurídico protegido es también la división de poderes, como principio fundamental del Estado de Derecho. Sujeto activo ha de ser siempre un Juez o Magistrado, o varios de ellos cuando de órgano colegiado se trate; por tal razón es un delito de propia mano ya que únicamente puede cometerse por los integrantes del Poder Judicial. En el análisis de la acción punitiva encontramos, primeramente, la arrogación de funciones administrativas de las que se careciere. A este respecto la CE dispone 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»* (art. 117.3). Ahora bien, si el desempeño de la función jurisdiccional (que ya implica cierta actividad administrativa, al ejecutar lo juzgado) es fundamental en el Poder Judicial no es su única tarea; además la ley le reconoce la realización de ciertas atribuciones administrativas o pseudo-administrativas. Así, baste recordar que a ciertos órganos jurisdiccionales les está encomendado el Registro Civil con sus inspecciones ordinarias y extraordinarias; también son importantes ciertas intervenciones de naturaleza administrativa que han de ser autorizadas previamente por el Juez y, como no, la adopción de medidas cautelares de carácter administrativo y la constitución de Juntas electorales íntegramente atribuidas a Juzgados y Tribunales en sus diferentes categorías. Todas ellas, amen de otras muchas, contribuyen a perfilar una actuación del Juez y Magistrado que no siempre es fácil caracterizar como netamente jurisdiccional o administrativa. Consciente el legislador de tal circunstancia ha cuidado de fijar en el precepto que se trate de funciones administrativas *«de las que careciere»*; supone, por tanto

una ilegítima apropiación o atribución de tarea administrativa que no le corresponde por ley. Tal comportamiento exige un hacer activo, una conducta exteriorizada en la emisión de una resolución que invade las competencias de autoridad o funcionario administrativo concreto. La segunda modalidad comisiva consiste en impedir que el titular de la atribución administrativa afectada pueda ejercitarla; y ello, igualmente se producirá mediante la emisión de una resolución jurisdiccional que revoque, suspenda y prive a la autoridad o funcionario administrativo del ejercicio de su legítima función. De la misma forma es exigible un comportamiento activo, no siendo posible la forma omisiva. En ambos casos, la consumación delictiva se producirá desde el instante en que se ha producido la ingerencia, dictándose la resolución basada en funciones de las que se carece o, de la misma forma, impidiendo a su legítimo titular el desempeño con cierta vocación de permanencia. Por ello no es admisible la tentativa como forma imperfecta de ejecución y el culpable ha de actuar dolosamente, negándose también la comisión imprudente. La penalidad que le corresponde es la prisión de seis meses a un año, multa de tres a seis meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

3.2.3. Usurpación de atribuciones judiciales

*Art. 508 CP:*⁵⁶

«1. La autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, multa de cuatro

56. Arts. 178, 378 y 380 del anterior CP.

a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

El bien jurídico protegido es la independencia como nota más característica del Poder Judicial que únicamente ha de estar sometido al imperio de la Ley (art. 117.1 CE); tal independencia es la garantía máxima de la imparcialidad necesaria para el ejercicio de las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, amen de aquellas otras que expresamente le sean atribuidas por la Ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.3 y 4 CE). Ninguna persona ni organismo público o privado debe interferir las actuaciones de las autoridades judiciales, preveyéndose como delictivo el ataque intencionado de la autoridad o funcionario público, en el sentido penal del art. 24 CP 95.

«Se trata de un delito especial que sólo puede cometer quién participa del ejercicio de las funciones públicas cuando actúa en tal ejercicio y no cuando obra como un ciudadano particular, sin que en este sentido sea posible hacer ninguna limitación como pretende el recurrente, porque donde la Ley no distingue los Tribunales al interpretarla tampoco pueden distinguir y, por tanto, esta infracción es aplicable, no sólo a quién por las competencias concretas que le están encomendadas tiene alguna relación o posibilidad de incidencia directa en el ámbito de la Administración de Justicia, sino también a quien sin tener tales atribuciones pudiera prevalerse del cargo público que ostenta para lesionar la libertad de criterio que el Poder Judicial necesita para el desarrollo de sus tareas.

Así pues, este delito puede ser cometido por los mismos Jueces y Magistrados, los órganos de gobierno de éstos o por algún miembro del Consejo General del Poder Judicial si violaren las limitaciones que les impone el art. 12 y concordantes de la LOPJ o de otro modo menoscabaren tal independencia, así como por cualquier funcionario no directamente relacionado con la Administración de Justicia, siempre que su actuación no incida en alguna otra figura de delito de las que en el CP protegen de una manera más específica este bien jurídico, puesto que todos están legalmente obligados a respetar la independencia de Jueces y Magistrados»

STS de 24 de enero de 1991. Ponente Sr. Joaquín Delgado García.

Sujeto pasivo pueden serlo un determinado Juez o Magistrado, los componentes de un concreto órgano colegiado, o incluso, un grupo más o menos determinado o el colectivo judicial en su conjunto, puesto que en este punto no impone la Ley restricción alguna (STS de 24 de enero de 1991). Respecto a la acción, puede tratarse de dos conductas diferentes contenidas en el número 1 del precepto; son la arrogación de atribuciones judiciales y el impedir la ejecución de resolución judicial.

«Para la comisión de este delito cualquier funcionario público en el ejercicio de las actividades propias de su cargo, apartándose del recto uso de sus facultades que siempre deben ir dirigidas al servicio del interés colectivo que le está encomendado, puede atacar la independencia del Poder Judicial de cualquier forma, pues en este punto tampoco concreta nada la Ley, siempre que la actividad utilizada al respecto sea idónea para menoscabar la libertad de actuación que la autoridad judicial necesita para el desarrollo de sus funciones. Conviene aquí hacer una precisión importante porque no todo aquello que puede influir en el ánimo del Juez ha de reputarse como ataque a su independencia. En la vida social actual ningún poder público, tampoco el judicial, puede pretender vivir aislado de las influencias del mundo que le rodea, sino que ha de estar abierto a la realidad de la sociedad en sus diversas manifestaciones, que el Poder Judicial ha de tener en cuenta como elemento de interpretación de la Ley (art. 3.1 C.Civ.) a cuyo imperio necesariamente ha de estar sometido (art. 117.1 CE).

El Magistrado, al resolver los asuntos que le competen, ha de tener en cuenta todos los elementos que pueden tener relación con el caso sometido a su consideración, y en esto no podrá nunca sustraerse a las influencias de todos aquellos conocimientos que continuamente va adquiriendo, de la formación que ha recibido, de las noticias que le ofrecen los medios de comunicación, de los hechos acaecidos a su alrededor, etc.

La independencia judicial nada tiene que ver con esto cuando tales elementos, de posible incidencia en la decisión judicial, son legítimamente utilizados por cada agente social, particular o funcionario público. Todo puede tener influencias en el contenido de una resolución judicial por la inevitable, y al mismo tiempo deseable, permeabilidad social a la que está sometido el Juez como cualquier ciudadano».

STS 24 de enero de 1991

En el primer supuesto, respecto a la arrogación de funciones...

«Este delito se comete por el hecho de arrogarse atribuciones judiciales, lo que, desde un punto de vista objetivo, exige que haya una actuación del funcionario administrativo que éste no se encuentra facultado para realizar, porque pertenece, no al ámbito de las materias que son propias de las funciones que él desempeña, sino precisamente al ámbito de las que competen a la Autoridad Judicial.

Objetivamente ha de existir un comportamiento de un funcionario administrativo que invade las atribuciones judiciales».

STS de 1 de octubre de 1993. Ponente Sr. Joaquín Delgado García.

Respecto al elemento subjetivo...

«Pero esta expresión, —se arrogare atribuciones judiciales—, tiene, además una evidente significación subjetiva. No se arroga funciones judiciales el funcionario administrativo que simplemente realiza algún acto propio de la autoridad judicial. Es necesario que, tal acto vaya acompañado de la conciencia por parte de su autor de que se está realizando algo que es propio de las funciones encomendadas a los Jueces y de la consiguiente voluntad de atribuirse para sí lo que sabe que es la competencia judicial.

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, arrogar significa —atribuirse, apropiarse— y se aplica a cosas inmateriales como jurisdicción o facultad, de lo cual podemos deducir el mencionado significado subjetivo, pues para arrogarse uno la competencia que no le corresponde, no sólo hace falta que realice aquello que constituye el contenido de tal competencia, sino que es necesario que se atribuya para sí lo que sabe que no es suyo.

Sólo se arroga una facultad o jurisdicción quien dice o hace ver que él la tiene».

STS de 1 de octubre de 1993.

La pena que corresponde a la primera modalidad es la prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y la suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

En el número 2 se castiga particularmente a la autoridad o funcionario administrativo o militar, descartándose ya otro Juez o Magistrado. La acción delictiva consistirá en la dirección de instrucción, orden o intimación que tengan relación con causas o actuaciones que la autoridad judicial esté conociendo. La instrucción equivale a regla o norma dada para la realización o empleo de algo; ordenar supone mandar, encaminar o dirigir con un fin determinado, e intimar conlleva el hacer saber al Juez o Magistrado una cosa para que la haga, especialmente con autoridad o fuerza. En todos los casos se produce una conculcación de la división de poderes, atentando contra la independencia del Poder Judicial. Para que se entienda consumado este delito, basta con que la autoridad o funcionario público realice la acción de atentar y, que tal acción llegue al conocimiento del sujeto pasivo, sin que se exija acreditar que efectivamente este último ha quedado realmente afectado en su libertad de decisión. Dada la importancia del bien jurídico protegido el legislador, como en otras normas penales semejantes en este aspecto, ha querido adelantar el momento de la consumación a un estadio anterior al de la realidad de la lesión conformándose con la perfección de la acción de atentar (STS de 24 enero 1991).

Tanto en el supuesto del número 1, como en el número 2, se contempla únicamente la actuación dolosa, que comprende la conciencia del sujeto activo de usurpar funciones que no le están atribuidas o impedir su ejecución, así como atentar contra la independencia de Jueces y Magistrados, según los casos. La pena, en este segundo caso, es de prisión de uno a dos años, multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3.2.4. Las injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración

Art. 509 CP:⁵⁷

«El Juez o Magistrado, la autoridad o el funcionario público que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional, salvo

57. Art. 379 del anterior CP.

en los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año».

Tal y como ocurre con todas las conductas descritas en esta sección el bien jurídico protegido es la división de poderes como principio básico en la organización del Estado, incidiéndose en las posibles injerencias en el funcionamiento del Poder Judicial por parte de la Administración y viceversa. Por ende, sujeto activo y pasivo pueden ser Jueces o Magistrados, por parte del Poder Judicial y, en relación a la Administración, lo será cualquier autoridad o funcionario público. Como presupuesto necesario se requiere la existencia de un conflicto jurisdiccional previamente planteado a instancia de los miembros del Poder Judicial o por la Administración frente al otro Poder; se trata de conflictos entre Juzgados y Tribunales y la Administración para la defensa de sus respectivas esferas de competencia (L.O. 2/87, de 18 de mayo). A consecuencia de dicho conflicto la autoridad judicial o administrativa que se considere competente requerirá de inhibición a la contraria, debiendo abstenerse esta última de continuar con su actuación y, si se considera competente, deberá resolverse la cuestión por órgano diferente. Así, como elemento del tipo el sujeto activo debe haber sido requerido legalmente para que se inhiba en el conocimiento del asunto afectado y, pese a ello, se mantenga en su competencia procediendo consecuentemente con ella. El tipo penal contempla la excepción cuando admite «... salvo en los casos permitidos por la Ley...»); entonces, no integrará la acción delictiva el Juez o Magistrado, Autoridad o funcionario público que, pese a ser legalmente requerido de inhibición, se mantenga en su competencia cuando, de lo contrario, cabe la posibilidad de eludir la acción de la Justicia, la consecución de un grave daño al interés público la causación de daños graves e irreparables. El segundo elemento del tipo, de carácter negativo, es que no se haya resuelto el correspondiente conflicto jurisdiccional ya que, una vez, finalizado se deberá acatar la resolución correspondiente. En un principio, se trata de un delito de carácter omisivo, por cuanto no se exige un hacer activo sino el no hacer nada, ser objeto de requerimiento de inhibición y no suspender las actuaciones; sin embargo la acción punitiva se manifiesta desde el mismo momento en que se ordena cualquier

actuación o trámite que implique la continuación de las actuaciones. Por lo tanto, si bien el no hacer nada supone tan sólo el no formalizar la suspensión procedente, cualquier actuación subsiguiente tendente a impulsar el curso de las actuaciones conlleva la plenitud de la acción y, por ello, su consumación. Al culpable le corresponderá una pena de multa de tres a diez meses y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

4. De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria

«Los hombres cumplen lo que convienen de común acuerdo. Redactaré mis leyes, de manera que todos mis ciudadanos se convengan de que les es más útil obedecerlas que violarlas.»

(Solón).

4.1. Introducción

El Capítulo IV, dividido en tres secciones, incorpora una serie de figuras delictivas que, según se indica en el rótulo, tienen como elemento común su relación con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en la Constitución. Es su disfrute pacífico, tanto individual como colectivo, lo que el legislador pretende asegurar.⁵⁸ La heterogeneidad de las diferentes conductas típicas que se agrupan bajo su enunciado ha llevado a algunos autores, como Tamarit Sumalla, a considerarlo como «un cajón de sastre en el que se reúnen normas penales cuyo sentido radica en la protección de los derechos y libertades constitucionales». La adaptación del CP 95 a los valo-

58. En la exposición de motivos de la L.O. 10/1995 se contiene la siguiente referencia: «...se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial mesura el recurso al instrumento punitivo allí donde esté en juego el ejercicio de cualquiera de ellos».

res constitucionales es uno de los elementos esenciales que lo inspiran en su conjunto. Quizá por ese motivo exista efectivamente una cierta dispersión de preceptos que, pese a tener como punto de unión una coincidente finalidad de proteger determinados derechos fundamentales o garantizar su correcto ejercicio, se encuentran sistemáticamente ubicados en otros títulos.⁵⁹

En el presente Capítulo, se incluyen la mayor parte de los tipos delictivos que en el Código anterior se integraban en el Título II, relativo a los delitos contra la seguridad interior del Estado y concretamente en el Capítulo II, dedicado a los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.⁶⁰ Se despenalizan, por el contrario, determinados excesos de la libertad de expresión, con la finalidad de potenciar el ejercicio de ese derecho fundamental en concreto y se incrementa también el castigo de los comportamientos discriminatorios, cometidos entre particulares. Destaca como novedad, la inclusión en la sección tercera de los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria, que serán objeto de especial comentario cuando abordemos su análisis. Con la criminalización de las conductas, se pretende reforzar la tutela del núcleo esencial de derechos y libertades constitucionalizados, los cuales están garantizados en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución. Los derechos fundamentales y las libertades públicas, encierran valores homogéneos y complementarios, por lo que su diferenciación conceptual no es nada fácil, teniendo en cuenta que la propia Constitución los utiliza en ocasiones de manera indistinta, pues la libertad es un derecho, y todo derecho lleva implícito en su ejercicio la libertad misma. Pese a ello, el tratamiento penal de los derechos fundamentales, está esencialmente orientado a la defensa de los mismos, mientras que el conferido a las libertades públicas viene a limitar su práctica abusiva.

59. Piénsese, entre otros, en los delitos contra la libertad, la integridad moral, la intimidad o el honor.

60. Con la excepción de los arts. 526 y 527. El primero encuadrado en el título V y el segundo sin precedente en el Código anterior.

El elenco de libertades públicas que nuestro ordenamiento constitucional garantiza,⁶¹ nace ya limitado por el art. 20.4 de la propia Constitución, que lo supedita al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la misma. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de nuestra Carta Magna, resuelve numerosos conflictos que se dan en la práctica, en los que suele producirse una colisión entre derechos y libertades constitucionalmente protegidos, determinando en cada caso los parámetros en los que su correcto ejercicio debe desenvolverse. El desarrollo legislativo regula igualmente el grado de efectividad de aquéllos, encontrándose en la ley penal el recurso punitivo último para sancionar las conductas especialmente graves que atenten contra los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, así como los excesos que se amparen en su utilización. Se trata, por lo tanto, de dotar de una especial protección al núcleo de los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce a todo individuo, que se proyecta, tanto sobre el uso abusivo y desviado de los mismos, como sobre la limitación, el impedimento o la conculcación de su ejercicio por terceras personas. Se entiende así, que los comportamientos que se describen en la normas penales incluidas en este Capítulo merecen el reproche penal, pues castigan a quienes, amparándose en el régimen de libertades y derechos cívicos propiciado por nuestro ordenamiento constitucional, hacen una mala utilización de los mismos, atacando derechos fundamentales de terceros o impidiendo su correcto disfrute. Por último, conviene señalar que los sujetos activos de estas figuras penales son, generalmente y con alguna excepción,⁶² los particulares, en lugar de los funcionarios públicos, como ocurre en el Capítulo siguiente.

61. La doctrina mayoritaria incluye en el catálogo de libertades públicas las siguientes: Libertad de asociación y reunión, libertad de culto, libertad de enseñanza y de cátedra, libertad de expresión, libertad de información, libertad de manifestación y libertad de movimientos o circulación.

62. V. arts. 511.3 y 521.

4.2. Sección 1.^ª, De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución

4.2.1. Delito de xenofobia. Art. 510 CP

Art. 510 CP: ⁶³

«1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

Este precepto viene a reproducir, con una redacción algo mas extensa y precisa, el texto de su antecesor (art. 165 ter), precepto de muy reciente introducción en nuestro ordenamiento penal, pues fue incluido en el CP 73 por L.O. 4/1995 de 11 de mayo, junto con los arts. 137 bis b) y bis c), dentro del capítulo de los delitos contra el derecho de gentes. Según se desprende de la Exposición de motivos de la referida ley, la penalización de las conductas fomentadoras de la discriminación, el odio, o la violencia, obedece a la reciente proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita, perpetrados bajo banderas y símbolos de ideología nazi, y a la reaparición en la guerra civil de la antigua Yugoslavia de prácticas xenófobas y genocidas. La incorporación de estas figuras delictivas, viene a adaptar nuestra legislación punitiva a las prescripciones internacionales sobre

63. Art. 165 ter del anterior CP.

estas materias, asumidas por el reino de España,⁶⁴ y a dar cumplimiento al contenido de la Resolución num. 827 de 1993, adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se acordó la creación de un Tribunal Internacional para enjuiciar las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado de las extintas repúblicas yugoslavas. Se pretende con ello, atajar también la excesiva permisividad que existía en España respecto a las actividades de propaganda y edición de publicaciones de ideología neonazi, acercando nuestra normativa penal, en este aspecto en concreto, a las legislaciones de los demás países europeos. La aparición de este tipo delictivo, también está influenciada por la doctrina constitucional, y de un modo especial, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991 de 11 de noviembre, resolutoria de un recurso de amparo en el que se reconoce a la demandante, como miembro del pueblo judío y víctima del holocausto nazi, a la protección del derecho al honor con motivo de la publicación de un artículo periodístico escrito por un dirigente nazi, en el que minimizaba el holocausto de los judíos durante la segunda guerra mundial, y propugnaba la aparición de un nuevo Führer.⁶⁵

Apartado 1. El vehículo para la comisión del ilícito penal, es el derecho a la libertad de expresión, que se utiliza con una finalidad discriminatoria contra determinadas colectividades. Como se indica en el rótulo de la sección en la que se encuadra este delito, el mismo, se comete con ocasión del ejercicio desviado e impropio del derecho a la libertad de expresión, garantizado en el art. 20.1 a) CE. Se tipifica en este apartado una provocación específica, debiendo integrarse el contenido de la acción típica con el concepto de provocación recogido en el art. 18.1 CP 95, y considerar, que aquélla existe cuando concurren los

64. Convenio de Nueva York de 9-12-1.948, para la prevención y sanción del delito de genocidio y el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de eliminación racial de 21-12-1.965.

65. Se trata del «caso Degrelle», de un gran interés porque, entre otros aspectos, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente el derecho al honor de las colectividades étnicas, nacionales o religiosas, siempre que los ataques trasciendan a sus miembros y que éstos sean identificables como individuos, dentro de la colectividad.

requisitos indicados en este último precepto, y se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión, ante una concurrencia de personas o cualquier otro medio semejante, que facilite la publicidad, a la discriminación, el odio o la violencia, frente a sujetos pasivos colectivos. Debe considerarse también típica, la conducta cuando la provocación afecte a los miembros de los grupos o asociaciones, siempre que aquella tenga relación con su pertenencia a los mismos. En el caso de que la provocación fuera sucedida de la perpetración de un delito, debería castigarse también como inducción, aplicando las normas penológicas del concurso ideal regulado en el art. 77 CP 95. En cuanto a la intensidad de la incitación, siguiendo la jurisprudencia general, *«ha de ser de posible eficacia, es decir, que pueda reconocérsele virtualidad suasoria y de convencimiento, pero sin exigírsele un eco o reflejo de real eficacia, una fuerza suficiente y absoluta para sojuzgar y determinar la voluntad del provocado»* (STS de 21 de marzo de 1986). El elemento subjetivo y que impulsa al agente a llevar a cabo esta concreta provocación, responde a la intencionalidad de inculcar a terceras personas o favorecer en ellas sentimientos de rechazo contra grupos o asociaciones, por los motivos específicos que se señalan expresamente en el tipo. La conducta que se sanciona en la norma tiene un carácter muy amplio, y denota que el legislador ha pretendido abarcar en ella toda clase de motivaciones que inciten a la discriminación, al odio o a la violencia, a pesar de la dificultad que entraña el castigo de la provocación de sentimientos de aversión, como el odio, más retórico que práctico, pues su prueba, como es fácil imaginar, ha de resultar muy difícil. Se trata en realidad, de un delito de xenofobia y discriminación, en el que llama la atención la referencia expresa a los motivos antisemitas, pues no son sino una especialidad de los racistas o étnicos, ya incluidos en la norma, por lo que resulta innecesaria la referencia, que no se contenía en su antecesor (art. 165 ter). La exhaustiva relación de conductas discriminatorias descritas en el precepto comentado —que entendemos deben ser interpretadas en sentido restrictivo y considerarse como *«numerus clausus»*—, proporciona una mayor seguridad jurídica que la alternativa de la posible referencia al art. 14 CE, no asumida por el legislador, y que acaba con una fórmula abierta, incluyendo *«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*. El tipo penal se inspira no obstante, en dicho precepto constitucional, al reproducir básicamente el catálogo

de causas discriminatorias contenidas en el mismo, pero añade, acertadamente, las motivadas por razón de orientación sexual, enfermedad o minusvalía, que no están expresamente contempladas en aquél.

Apartado 2. La conducta sancionada en el segundo párrafo del art. 510, constituye una de las innovaciones del CP 95, pues incorpora un nuevo tipo penal que no tiene correspondencia con ningún precepto del anterior. El instrumento utilizado para perpetrar el delito es el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que reconoce y protege el art. 20.1 d) CE. El sujeto activo, se ampara en uno de los pilares del sistema de libertades de nuestro ordenamiento constitucional, como es la libertad de información y, valiéndose del mismo de un modo fraudulento, lesiona el derecho al honor de los miembros de determinados grupos, garantizado también como derecho fundamental en el art. 18.1 del texto constitucional; aunque el ataque deba venir referido a un colectivo, como luego se verá. La acción típica consiste en difundir informaciones injuriosas, específicamente sobre grupos o asociaciones, relativas a sus ideas, creencias, raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad. Es importante resaltar, que el hecho punible es una información y que «informar» significa dar noticia de una cosa. Quedan, por tanto, fuera de la norma penal las opiniones críticas que puedan difundirse contra determinados colectivos humanos, por muy equivocadas, discriminatorias o discutibles que puedan resultar, pues lo que se castiga es la información, no la opinión; cuyo cauce específico de protección debe buscarse en vía civil.⁶⁶ Son varios los elementos que integran el delito. Destaca en primer lugar la calificación de «injuriosas» que se atribuye a la información objeto de difusión. Este artículo, más que describir un hecho o una conducta determinada, opta por incorporar un concepto jurídico-penal, convirtiéndose así en una modalidad del delito de injurias con publicidad, que se proyecta sobre un sujeto pasivo necesariamente colectivo, en la medida en que sus destinatarios

66. A través de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978.

sólo pueden ser los grupos o asociaciones, formalmente constituidos o susceptibles de identificación como tales; sin que quepa aplicar este precepto a sus integrantes, pues su defensa penal se encuentra garantizada en los arts. 208 y 209. Por lo tanto, la acción típica ha de complementarse con los elementos generales propios del delito de injurias del art. 208, a los que deben añadirse los específicos del tipo penal objeto de comentario. En segundo lugar, se traslada a esta figura delictiva el elemento subjetivo de la calumnia, que precisa el conocimiento de la falsedad de la información, o que el agente actúe con temerario desprecio hacia la verdad, siguiendo el legislador la línea trazada por la doctrina jurisprudencial, que ha venido exigiendo reiteradamente una voluntad específica de perjudicar el honor de un tercero, bien porque se haya llevado a cabo a sabiendas de su inexactitud, bien porque se haya procedido con desprecio absoluto hacia la verdad y hacia su búsqueda.⁶⁷ Este delito, pese a ser claramente de resultado, a diferencia del definido en el apartado anterior que es puramente tendencial, se castiga con la misma pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, lo que lo convierte en un subtipo agravado del delito de injurias, cuya penalidad es sensiblemente inferior. Sin embargo, al tratarse de una figura penal específica e independiente, no le son de aplicación los especiales requisitos de procedibilidad, legitimación, o los plazos de prescripción propios de la calumnia y la injuria.

4.2.2. Discriminación en servicios públicos. Art. 511 CP

Art. 511 CP: ⁶⁸

«1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su

67. V. STS (2.ª) de 22-10-1.991.

68. Arts. 165 y 181 bis del anterior CP.

sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años».

Con este precepto, España da cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos al suscribir el Convenio Internacional para la prevención y represión del delito de Apartheid de 1972, y el Convenio para la eliminación de toda forma de Discriminación Racial de 1965.

Apartado 1. Se castiga una discriminación específica vulneradora del principio de igualdad en la aplicación de la ley, al denegarse intencionadamente por un particular que esté al frente de un servicio público, una prestación a la que una persona tenga derecho. El bien jurídico protegido por este delito, como en el genérico de prevaricación, está constituido por el recto y normal funcionamiento de la actividad administrativa con sujeción al sistema constitucional de valores, aunque con una especial lesión de la interdicción de la discriminación y del principio de igualdad ante la ley, que forman parte integrante del mismo y justifican el plus de antijuricidad que confiere a la conducta una mayor penalidad. El sujeto activo de esta infracción penal tiene que estar al frente de un servicio público, condición que constituye un elemento característico y distintivo del tipo, especialmente cualificado por razón de su autor. Otro de los requisitos normativos esenciales del precepto, es que se trate de un servicio público, cuyo concepto es de bastante difícil precisión y debe buscarse fundamentalmente en la jurisprudencia contencioso-administrativa. La Sala Tercera del Tribunal Supremo lo ha entendido en un sentido amplio, acuñando una definición bastante precisa en su Sentencia de 5 de junio de 1989, en la

que homologa como servicio público «*toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa*», que se ha convertido en un referente de continua cita en resoluciones posteriores.⁶⁹ La Sala de revisión del art. 61 LOPJ, en su Sentencia de 19 de septiembre de 1990, proporciona una definición mucho más completa y útil para delimitar su alcance dentro del precepto penal que se analiza, al considerar el servicio público como una categoría jurídica específica, con una doble dimensión subjetiva, desde el momento en que el público es su destinatario natural y la Administración pública asume una posición de supremacía, cuyo contenido consiste en el suministro a los usuarios de prestaciones asistenciales, económicas o jurídicas. El tipo, también requiere que se deniegue una prestación, y que se haga arbitrariamente; es decir, de forma que suponga un ataque manifiesto a la legalidad. El concepto de prestación, ha de interpretarse en un sentido genérico y no necesariamente jurídico, debiendo atenernos a la significación terminológica del vocablo que, según la acepción tercera del diccionario de la Real Academia de la Lengua, equivale a cualquier cosa o servicio que se presta a un tercero. La acción de denegar, debe entenderse de un modo positivo, sin que quepan en ella los retrasos injustificados en la tramitación de la concesión de la prestación. No basta, desde luego, la mera irregularidad administrativa o una discutible interpretación del ordenamiento jurídico. La similitud de este delito con el de prevaricación del art. 404 es muy notable en muchos de sus aspectos esenciales, por lo que entendemos que puede trasladarse, a los efectos referidos, la doctrina jurisprudencial que exige una actuación que sea arbitraria e injusta de forma evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración. La motivación específica que desencadena todo el proceso delictual en el agente es previa a la materialización de la conducta típica y obedece a razones discriminatorias, relacionadas con las específicas condiciones o circunstancias personales o sociales del sujeto pasivo que se describen en la norma, lo que constituye un hecho psicológico de difícil demostración, pues deberá inferirse por lo general a través de circunstancias externas con las que

69. V. SSTs. (3.ª) de 22 de marzo y 26 de junio de 1.995, entre otras.

pueda establecerse un nexo causal y lógico, mediante prueba indiciaria.

Apartado 2. Sólo cambia respecto al párrafo primero el sujeto pasivo del delito que, en este caso, no es individual sino colectivo; aunque, sorprendentemente, se hace también referencia a los miembros de esas colectividades, que ya estarían incluidos en el apartado anterior, pues la acción típica es idéntica y la denegación obedece a las mismas causas. Destaca no obstante, la concreción del legislador a la hora de delimitar las personas jurídicas beneficiarias de la prestación injustamente denegada, que no puede extenderse a otros sujetos de derecho distintos a las asociaciones, fundaciones, sociedades o corporaciones, a diferencia del tipo penal del art. 510.1, mucho más amplio y abierto a cualquier grupo. En el precepto, se aprecia un intento de hacer coincidir al sujeto pasivo del ilícito penal con el concepto de persona jurídica de nuestro derecho privado, inspirándose en el art. 35 C.Civ.⁷⁰ e incluyendo a las sociedades civiles y mercantiles.⁷¹ Aunque esta precisión, tiene cierta justificación, pues por lo general, es requisito indispensable para acceder a una prestación pública, que el beneficiario goce de personalidad jurídica, e incomprensiblemente, quedan impunes algunas conductas tales como, a modo de ejemplo, la denegación injusta, arbitraria y por causas discriminatorias de prestaciones económicas a un grupo artístico o cultural o a un centro docente, entre otras.

Apartado 3. Se incluye en este último párrafo una modalidad agravada del tipo general, por razón del sujeto activo, cuando aquél ostente la condición de funcionario público, según la definición contenida en el art. 24.2 CP. En este caso, las penas han de imponerse en su mitad superior, añadiéndose la pena conjunta de inhabilitación especial para empleo o cargo público por periodo de dos a cuatro años, que convierte este delito en grave, a diferencia de los tipificados en numerales anteriores. Tal circunstancia, permitirá que hechos punibles de esta naturaleza puedan tener acceso a la casación, siendo además el supuesto

70. Este artículo considera personas jurídicas a «las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley».

71. V. arts. 1.665 y ss. del Código Civil y arts. 116 y 122 del Código de Comercio.

más frecuente en la práctica el de su comisión por funcionario público, al estar éstos normalmente al frente de los servicios públicos.

4.2.3. Discriminación profesional o empresarial. Art. 512

Art. 512 CP:

«Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años».

Constituye una innovación del CP 95 que carece de precedente en los textos penales anteriores y que supone una ampliación de la tipología criminal, al extenderse también a un ámbito estrictamente privado, dentro del marco de relaciones entre particulares. Se penaliza en este precepto una modalidad delictiva de la conducta típica descrita en el artículo que le precede, en el que podría haberse integrado en párrafo independiente. Nos encontramos ante un delito especialmente cualificado por el sujeto activo, que debe ostentar la cualidad de profesional o empresario ejerciente. Es una reproducción atenuada del artículo anterior y que tiene idéntico significado, pues en el mismo sólo se modifica, debe suponerse que por razones de estilo, el origen nacional del perjudicado por la pertenencia del mismo a una nación, lo que viene a ser lo mismo. El sujeto pasivo sólo puede serlo una persona física, a quien el agente, por razones xenófobas o discriminatorias, le deniega injustamente cualquier prestación, entendida en un sentido lato, bien sea personal, asistencial, económica, de servicios, suministros o de cualquier otra naturaleza. Puede darse también en hipótesis, la posibilidad de que exista una relación de dependencia laboral o profesional con el autor del delito, ya que este tipo penal es muy genérico y no está inserto en el Título XV, donde están radicados los delitos contra los derechos de los trabajadores y existe un precepto específico que también sanciona comportamientos discriminatorios, como el art. 314. La conducta punible, ha de quedar circunscrita y restringida sólo a aque-

llas prestaciones ofrecidas por los profesionales y empresarios a los consumidores y usuarios en general, de las que cualquiera puede valerse. No pueden incluirse en el tipo, los servicios especiales o las prestaciones no destinadas al público en general, supuestos en los que ha de primar el derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 30 CE, quedando igualmente fuera del campo penal, la denegación de prestaciones que estén amparadas en la iniciativa privada, la libertad de ejercicio de los profesionales, o la autonomía de la voluntad de los contratantes, aunque pudieran tener tintes discriminatorios. Valga como ejemplo, el caso de un abogado que se negara a asistir a un detenido en su declaración por ser enfermo de SIDA. Si no acepta el desempeño de esa función cuando es llamado a instancia del detenido, su conducta sería impune, pues cualquier persona no tiene derecho a que le asista el letrado que ella elija, sin el consentimiento del mismo. Por el contrario, si es designado a través del turno de oficio para prestar ese servicio de asistencia letrada, a la que cualquier persona privada de libertad tiene derecho, no puede dejar de prestarlo por este motivo, pues incurriría en este delito.

4.2.4. Reuniones y manifestaciones ilícitas. Art. 513 CP

Art. 513 CP: ⁷²

«Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:

- 1.º Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.*
- 2.º Aquéllas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso».*

Este precepto, que reproduce literalmente el texto del primer apartado de su antecesor (art. 167), carece de contenido sancionatorio, pues se limita a indicar lo que debe entenderse por reuniones y manifestaciones ilícitas, exclusivamente a efectos de punir las conductas específicas que se definen en el artículo siguiente, en el que anteriormente

72. Art. 167 del anterior CP.

estaba integrado y del que no puede disociarse. Es una norma de concreción de las extralimitaciones en el recto ejercicio de los derechos constitucionalizados de reunión y manifestación. El art. 513 se adecua, como es obligado, al art. 21 CE que garantiza el derecho de reunión, siempre que sea pacífica y sin armas, como una variante colectiva de la libertad de expresión y asociación, constituyendo un cauce del principio democrático participativo, que se caracteriza por la agrupación concertada de una serie de personas con un fin lícito. En el apartado siguiente del mismo precepto constitucional, las manifestaciones se asimilan a las reuniones en lugares de tránsito público, requiriendo únicamente la previa comunicación a la autoridad gubernativa, que sólo podrá prohibirlas cuando existan fundadas razones de alteración del orden público y pueda ocasionarse un peligro racional para las personas y bienes. La manifestación pública es un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, a través del cual se pretende por lo general comunicar y llamar la atención de la sociedad y de los poderes públicos sobre determinadas reivindicaciones, protestas o celebraciones de un grupo de personas que comparten una afinidad ideológica sobre una cuestión concreta, que les lleva a unirse y a manifestarse. La definición de reuniones y manifestaciones ilícitas contenida en este artículo, es una exigencia de la L.O. 9/1983, de 15 de julio reguladora del derecho de reunión y dictada en desarrollo del art. 21 CE, la cual se remite sobre este punto a las leyes penales, a fin de restringir lo menos posible su libre ejercicio.⁷³ En cuanto al concepto de reunión, habrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 1.2 de la calendada ley orgánica y entender también como tal a efectos penales la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas, con finalidad determinada. El tratamiento gubernativo de las manifestaciones, es idéntico al de las reuniones que se celebren en lugares de tránsito público, lo que viene a confirmar la afinidad conceptual existente entre ambas, cuya diferenciación, según la dogmática tradicional, se centra en el carácter estático de las reuniones, frente al dinámico de las manifestaciones. Por último, es interesante destacar que en el CP 95 se suprime el art. 168

73. El art. 1.3 de la L.O. 9/1983 señala que «Son reuniones ilícitas las así tipificadas por las Leyes penales».

del texto anterior que daba rango penal al incumplimiento de meros requisitos de carácter administrativo, sancionando a los promotores de cualquier reunión o manifestación que los eludieran, precepto muy criticado por la doctrina y la jurisprudencia.⁷⁴

Apartado 1. La primera modalidad de reunión o manifestación ilícita consiste realmente en la concertación de actos preparatorios para la comisión de un hecho delictivo, que se tipifica y convierte en un delito específico e independiente. No exige la norma que el delito que motiva la celebración de la reunión comience a realizarse y menos aún que llegue a perpetrarse, por lo que puede darse una situación de concurso entre la reunión ilegal y el delito que la motiva, si éste se consuma efectivamente. El fin mismo de la reunión o manifestación, es el de cometer «algún delito», lo cual no quiere decir, que no deba estar concretado el hecho delictivo que se piensa acometer, sino que puede ser cualquiera de las infracciones penales que tienen consideración delictiva, sin que puedan incluirse las de índole menor, como las faltas. Por otra parte, consideramos que no resulta típica la conducta consistente en concertar la ejecución de un delito sin trazar un plan para ejecutarlo con posterioridad, pues ello equivaldría a convertir la reunión en una forma de conspiración o proposición para delinquir en un segundo momento, que sólo puede castigarse en los casos especialmente previstos en la ley,⁷⁵ no estando contemplada para las reuniones ilegales, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las asociaciones ilícitas. La finalidad de la reunión, ha de estar ligada a la perpetración del delito, lo que debe traducirse en un propósito específico de cometer un hecho delictivo consecuencia de la reunión o manifestación, y no con ocasión de las mismas. La ideación criminal concreta y definida, constituye por tanto, el elemento subjetivo específico del tipo, con independencia de su materialización, que podría dar lugar a un concurso ideal de delitos a punir conforme al art. 77, como antes dijéramos.

74. Ver STS (2.ª) de 18 de febrero de 1.992, en la que se indica que «la pura inobservancia de disposiciones de policía no deben sin más integrar ilícitos de naturaleza penal».

75. Art. 18.3 del Código Penal.

Apartado 2. Esta variante delimita de un modo mucho más preciso que la anterior los presupuestos objetivos que convierten en ilegal y elevan a la categoría de delito una determinada extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación, concretándola en la concurrencia de personas con armas, explosivos, objetos contundentes o peligrosos. Se precisa, que alguno de los participantes en la reunión o manifestación (que debe contar inicialmente con un mínimo de asistentes superior a veinte, para tener esa consideración), porte armas u objetos peligrosos, con independencia de cual sea la finalidad de la misma; debiendo partirse de que el fin no es delictivo, pues en ese caso la reunión *ab initio* ya sería ilícita. Es claro, que quedan fuera del tipo y excluidas del presente apartado, las reuniones privadas y en lugares cerrados que se indican en el art. 2 de la L.O. 9/1983, sin perjuicio de que pudiera imputarse a sus asistentes un delito de tenencia ilícita de armas, municiones o explosivos.⁷⁶ La lectura del tipo penal, suscita dos cuestiones. La primera es la relativa a lo que ha de entenderse por armas u objetos contundentes o peligrosos; y la segunda, al número de personas que los lleven consigo en el transcurso de la reunión o manifestación. No plantea problemas el concepto de arma, que ha de venir referido a las de fuego, capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora, debiendo incluirse también las llamadas armas blancas, siguiendo la jurisprudencia tradicional que lo ha entendido en un sentido muy amplio, al asimilarlas a «*todo ingenio o máquina capaz de pinchar o punzar*».⁷⁷ Los explosivos, pueden ser cualquier clase de sustancia o artificio susceptible de explotar, pues su evidente peligrosidad encaja en la fórmula abierta con la que se configura este delito, sin necesidad de mayores tecnicismos. En cuanto a los objetos «*contundentes o peligrosos*», hay que considerar aquéllos que racionalmente puedan entrañar un potencial peligro en caso de utilización, tanto para la integridad física de las personas, como para los bienes ajenos; sin que resulte precisa la causación de lesiones o daños, o la utilización de los objetos que puedan portar los asistentes a la convocatoria. En cuanto al número de personas

76. Ver arts. 563 a 570 del CP.

77. Ver SSTs (2.ª) de 11 de octubre y 16 de diciembre de 1.982, entre otras.

que porten armas o medios peligrosos, dado que no se contiene ninguna exigencia en el precepto, entendemos que es suficiente la concurrencia de más de un individuo desde el comienzo de la reunión o manifestación, puesto que la sanción penal, como se verá al comentar el artículo siguiente, se personaliza en los promotores o directores que no hayan tratado de impedirlo y en los asistentes que lleven consigo los objetos peligrosos. Coincidimos con Orts Berenguer y Tamarit Sumalla, en que no se trasmuta en ilegal, aquella reunión lícita a la que, una vez iniciada, se sumen algunas personas ajenas a la misma y traten de hacerla degenerar hasta convertirla en violenta o se amparen en ella para cometer algún delito.

4.2.5. Penalidad de reuniones o manifestaciones. Art. 514 CP

*Art. 514 CP:*⁷⁸

«1. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el número 1.º del artículo anterior y los que, en relación con el número 2.º del mismo, no hayan tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. A estos efectos, se reputarán directores o promotores de la reunión o manifestación los que la convoquen o presidan.

2. Los asistentes a una reunión o manifestación que porten armas u otros medios igualmente peligrosos serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. Los Jueces o Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada.

3. Las personas que, con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigadas con la pena que a su delito corresponda, en su mitad superior.

78. Art. 167, párrafos segundo al cuarto y art. 171, párrafo primero del anterior CP.

4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años o multa de doce a veinticuatro meses si los hechos se realizaren con violencia, y con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo.

5. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieren subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes.»

En este artículo se establecen las penas concretas aplicables a promotores y directores, así como a determinados asistentes a las reuniones y manifestaciones que el precepto anterior califica penalmente ilícitas y a quienes, con ocasión de las mismas, realizan actos de violencia. Con carácter general, hay que entender que la acción típica descrita en el art. 513 y que se integra por remisión en el presente, requiere, además de los requisitos normativos de carácter objetivo ya indicados, un elemento culpabilístico esencial, constituido por el pleno conocimiento del sujeto activo de la ilegalidad de la reunión o manifestación, bien por haberla convocado o presidido, sabiendo que el fin de su celebración es delictivo, por haber concurrido a la misma portando armas u otros objetos peligrosos cuando el fin no sea la comisión de algún delito, o por no haber tratado de impedir esto último por todos los medios a su alcance. Asimismo, el presente precepto ha sido modificado por la LO 2/1998, de 15 de junio de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que para combatir la violencia callejera, ha introducido dos nuevos apartados en el presente artículo (también ha modificado el art. 170 CP 95). Así, la denominada violencia callejera se ha constituido en uno de los fenómenos, más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años. Los me-

dios de comunicación y los más diversos foros de reflexión y debate político y social han dejado constancia de la gravedad de esta nueva forma de terrorismo, dada su extraordinaria capacidad para alterar la paz social. Por otro lado, ese impacto social se ha visto acentuado por la sensación, ampliamente extendida, de la impunidad con la que han venido actuando sus responsables, en quienes concurría muchas veces la condición de ser jóvenes en proceso de formación.

La respuesta de las instituciones democráticas a este fenómeno ha de ser necesariamente multidireccional, serena y ajustada. Sólo de este modo resultará ampliamente compartida, compatible con el escrupuloso respeto de las libertades públicas y, en definitiva, eficaz para preservar la pacífica convivencia de los ciudadanos. Consecuentemente, esa respuesta debe contemplar el impulso de la educación en los valores democráticos, el fomento de las medidas que faciliten la inserción en el tejido socioeconómico y laboral de los jóvenes y la perfección de los sistemas de prevención e investigación de los cuerpos de policía. Pero tampoco debe descuidarse la necesidad de completar y ajustar las normas reguladoras de la actuación del sistema punitivo.

Apartado 1. Es una figura delictiva que penaliza dos conductas muy distintas, por lo que deben analizarse por separado. En primer lugar exige una determinada cualificación del agente, que debe ostentar la cualidad de «promotor o director» de la reunión o manifestación que se celebre con el fin de cometer un delito, al remitirse al ordinal 1.º del artículo precedente, pasando a sancionar seguidamente y con igual pena una conducta omisiva de cualquier asistente, que infrinja el deber de impedir la concurrencia de personas armadas o que porten objetos peligrosos, con referencia al ordinal 2.º El término que el legislador ha elegido para identificar al sujeto activo es muy amplio, y obliga a una precisión final en la propia norma, que termina equiparando a los directores o promotores, con los que convoquen o presidan la reunión o manifestación. Aun así, el concepto sigue siendo impreciso, y es muy probable, como apunta parte de la doctrina,⁷⁹ que suscite en la práctica

79. Tamarit Sumalla señala que «la idea de presidencia introduce un matiz de signo restrictivo, pues supone que la reunión se desenvuelva con arreglo a cierta formalidad,

serios problemas de prueba, pues no parece fácil que las reuniones y manifestaciones con finalidad criminal, tengan una estructura organizada y definida. Nótese, que resulta atípica la concurrencia de cualquier persona a una reunión o manifestación que se celebre con una finalidad delictiva, pues lo relevante desde el campo jurídico-penal no es la asistencia, sino la promoción o dirección, de manera que habrá de demostrarse cumplidamente, en el caso del art. 513.1.º, que se ha tenido un actuación relevante en la convocatoria –aunque el convocante no asistiera– o que se ha asumido un protagonismo en su dirección, con plena conciencia, en uno y otro caso, de su ilicitud. El segundo supuesto –que debe complementarse con el art. 513.2.º, al que se remite–, penaliza la actuación, de quienes no hayan tratado de impedir por todos los medios a su alcance la concurrencia de personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso. Llama la atención, que se sancione esta conducta omisiva con una pena superior a la establecida en el apartado siguiente para los participantes en la reunión o manifestación que porten armas u otros medios peligrosos. No es razonable, que se considere más grave la omisión de impedir la comisión de un delito, que el delito mismo. Precisamente por esta razón, consideramos que se habría de interpretar en un sentido limitado y restrictivo una frase tan genérica como «*impedir por todos los medios*», máxime cuando estamos ante un delito doloso. Hay que sobreentender, aunque no lo exprese el precepto, que el agente debe ser necesariamente uno de los asistentes a la convocatoria, y valorarse las verdaderas posibilidades del sujeto para evitar que los participantes porten los objetos indicados en el art. 513.2.º, pues no puede exigirse a la persona que, ejerciendo un derecho fundamental, asiste a una reunión o manifestación con una finalidad inicial que no es ilícita, que mantenga un comportamiento poco menos que heroico, y se enfrente a individuos armados o que porten objetos peligrosos, en una situación normalmente tensa y de evidente riesgo personal. Lo suyo, hubiera sido que se sancionara una conducta activa y no impedi-

por lo que en muchos casos, dada la dinámica propia de una reunión de estas características, no habrá lugar a determinar por esta vía el sujeto activo del delito».

tiva; concretamente el comportamiento inverso de quienes hubieren propiciado que los asistentes porten armas o elementos peligrosos.

Apartado 2. Quizá por evitar reiteraciones y por una cuestión de estilo, no se reproduzcan en este apartado las circunstancias descriptivas de los objetos que han de llevar consigo los intervinientes en la reunión o manifestación, debiendo entenderse que son las mismas que en el art. 513.2, por cuanto «*los medios peligrosos*» las engloban implícitamente. En este caso, los sujetos activos del ilícito penal, son aquellas personas que asisten a una reunión o manifestación pacífica y la transforman en ilegal por el hecho de portar objetos peligrosos, privando así de tutela constitucional al derecho de reunirse y manifestarse libremente. No se requiere, que los participantes hagan uso de los referidos medios peligrosos, pero debe exigirse el elemento objetivo de su porte y disponibilidad con plena autonomía, considerándose como un delito de los calificados de «*propia mano*», al igual que el de tenencia ilícita de armas, siendo posible la coautoría en aquellos casos en que la posesión haya sido compartida sucesiva o simultáneamente por varios sujetos. Concluye este segundo apartado, con una atenuación de la pena, en función de unas determinadas causas subjetivas y objetivas, posibilitando su rebaja en un grado. Es en realidad un subtipo atenuado, que habrán de aplicar Jueces y Tribunales discrecionalmente, valorando en primer lugar, los antecedentes de conducta del sujeto, las circunstancias concretas del caso, y la peligrosidad del arma u objeto portado.

Apartado 3. Se cierra este artículo, con una figura delictiva que no afecta a la ilicitud de la reunión o manifestación, pues castiga a aquellas personas que, con ocasión de su celebración, aprovechan esa circunstancia para realizar actos de violencia contra personas o bienes. No requiere el tipo penal, por lo tanto, que la reunión sea ilícita, aunque tampoco lo excluye, pudiendo darse también el caso de que los no asistentes a la misma, se sumen al grupo y, amparándose en él, se comporten de forma violenta, con abstracción de que porten o hagan uso de objetos o medios peligrosos. La conducta punible, consiste en la realización de actos de violencia y se trata de un delito autónomo e independiente de los anteriores, en el que se establece una agravación

penológica, justificada por el amparo del agente en el derecho fundamental de reunión para cometer la acción, lo que refuerza y agrava su ilicitud. Puede darse, la posibilidad de un concurso real entre el delito de asistencia a una reunión o manifestación portando armas u objetos peligrosos, y el delito autónomo de realización de actos violentos con ocasión de la misma, pues son comportamientos distintos y diferenciados penalmente. En este apartado final, no se determina con precisión la conducta punible. Se introduce un tipo agravado y amplio que penaliza de un modo muy genérico: la realización de actos violentos, los cuales, según sus características concretas, serán subsumibles en el delito que corresponda en cada caso, en función de la violencia ejercida, aplicándose la pena que corresponda en su mitad superior. La violencia a que alude la norma, se aparta del concepto tradicional del derecho penal, al extenderse no sólo a las personas, sino también a las propiedades; por lo que los delitos más frecuentes serán los atentados, lesiones, estragos y daños, fundamentalmente.

Apartado 4. La incorporación, como nuevo apartado 4 del artículo 514, de un precepto que sancione específicamente la celebración de actos que impidan o perturben gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita (actos de los que son paradigma las denominadas contra-manifestaciones).

La necesidad de esta previsión legal parece evidente, ya que, aunque la Constitución reconoce y ampara los derechos de reunión y manifestación (cuya regulación se contienen en la Ley Orgánica 9/1993, de 15 de julio), es notorio que existen aún casos en los que los ciudadanos no pueden reunirse ni manifestarse libremente, ya que el ejercicio de estos derechos cívicos se condiciona, restringe o anula, según los casos, por las amenazas, coacciones o actos de violencia que individuos intolerantes efectúan contra ellos.

En garantía de estos derechos democráticos se ha definido este nuevo delito, que es una plasmación específica de las coacciones lesivas de derechos fundamentales sancionadas en el segundo párrafo del artículo 172 del Código Penal vigente (respecto del que es tipo especial), y con el que se recupera, aunque de forma más matizada y flexible, una regulación que se incorporó a nuestro Código Penal, por vez primera, con la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del

Código en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación.

Artículo 5. La introducción, como nuevo apartado 5 del artículo 514, de un precepto específico que tipifique la convocatoria y la celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, siempre que en ellas concurren finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Este precepto concreta, para el caso de las reuniones y manifestaciones más peligrosas, el delito de desobediencia genérica del artículo 556 del Código vigente, si bien con las importantes precisiones que a continuación se expresan. El propósito del legislador es, en efecto, limitar la sanción penal, de conformidad con los principios de fragmentariedad y última «ratio» propios de este ordenamiento, a las conductas más graves. Por ello se limita la sanción penal, en primer lugar, a los actos de convocatoria o celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, que son aquellas en las que, según explicita la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión, «existen razones fundadas de que pueden producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes». Y, en segundo lugar, el tipo se limita, aún dentro de éstas, a aquellas específicas reuniones o manifestaciones en las que concurren las finalidades propias y características de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, según resulta de las expresiones con las que se delimita este ánimo tendencial típico («subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública»). Estas expresiones, en efecto, describen muy precisamente, tanto en el Código Penal de 1995 (así se emplean de manera directa los artículos 571 y 577 y, por referencia, en los artículos 574 y 575), como en la literatura científica y la jurisprudencia española, el ánimo tendencial propio y característico de la delincuencia terrorista, ya que «subversión del orden constitucional» significa (gramaticalmente, pero también por interpretaciones históricas, contextuales e incluso de Derecho comparado) la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones, en tanto que «alterar gravemente la paz pública» supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público san-

cionada penalmente, de tal manera que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática.

4.2.6. Asociaciones ilícitas. Art. 515

Art. 515 CP:⁸⁰

«Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello».

En este artículo, el legislador relaciona aquellas asociaciones que se consideran ilícitas y, por ende, punibles penalmente. Al igual que se dijera al glosar el art. 513, las conductas que son objeto de sanción vienen descritas en los artículos posteriores, que cierran esta sección y se completan con el art. 515, al que están supeditados, pues es la norma esencial que les llena de contenido. El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, según la doctrina clásica, lo constituye el correcto ejercicio del derecho de asociación, prevaleciendo a este respecto, la autorizada opinión de García Pablos, que considera que el bien tutelado en estos delitos, es el orden público en un sentido amplio, y más en concreto, la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. La ubicación sistemática de este precepto,

80. Art. 173 del anterior CP.

se ampara en que el delito que tipifica, tiene una estrecha relación con el derecho fundamental de asociación, reconocido en el art. 22 CE. La doctrina del Tribunal Constitucional; ha considerado que el art. 1.1 de la Carta Magna, al consagrar la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, reconoce como principio general inspirador la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales; libertad que, en el ámbito de la formación de agrupaciones entre individuos, se traduce, entre otras, en el derecho de asociación, cuyo contenido positivo reside en el derecho de fundarla y participar en ella, desarrollando la actividad necesaria o conveniente al logro de los fines lícitos en atención a los cuales se constituye, mediante el empleo de medios igualmente lícitos.⁸¹ El máximo intérprete de la Constitución, entiende el derecho asociacional, como una manifestación del derecho a la libertad, y lo supedita al logro de un fin lícito, siendo de destacar la existencia de asociaciones con relevancia constitucional, como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales. Al igual que los demás derechos fundamentales, el de asociación tiene sus límites, marcados en el propio art. 22.1 y 5 CE, que considera ilegales las asociaciones que persigan fines ilícitos o utilicen medios delictivos para su consecución, a la vez que prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. El art. 515 CP 95, es fiel reflejo de ello, y se adapta a las directrices constitucionales, como no podía ser de otro modo. La mayor parte de la doctrina, destaca que el hecho de que la Constitución declare ilegales o prohibidas determinadas asociaciones, no implica la obligación del legislador ordinario de incriminarlas, pues la ilicitud constitucional no tiene que corresponder necesariamente con la penal; aunque esta legislación obviamente, no pueda proscribir asociaciones permitidas por la Constitución.

Confrontando el precepto que comentamos con su antecesor en el CP 73, observamos que desaparece la referencia a las asociaciones «clandestinas», lo que consideramos acertado ya que la ilegalidad penal de la asociación debe estar referida esencialmente a los medios o fines delictivos que persiga, en lugar de al carácter secreto o clandestino de

81. V. SSTC nums. 132/1989 y 24/1987, de 18 de julio y 24 de marzo, respectivamente.

la misma, que puede dar lugar a una simple ilicitud administrativa. La reforma del Código en este punto, se ha acomodado a las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales.⁸² Normalmente, estas asociaciones secretas o clandestinas —que viene a ser sinónimo—, lo son, porque tienen por objeto la comisión de hechos delictivos, con lo que generalmente serán penalmente ilícitas por esa razón; aunque el ocultismo asociativo no sea indiciario de ilegalidad penal. También, se añaden unas novedades que se comentarán en su momento, tales como la adición de las bandas terroristas, una más completa redacción del párrafo 5.º, y la incorporación en el apartado 3.º del control de la personalidad, que se equipara al empleo de medios violentos. Para un buen entendimiento del precepto que analizamos, resulta necesario establecer el concepto de asociación, que no es un término jurídico, por lo que no cabe trasladar al ámbito del derecho punitivo, el significado civilista de aquél, aunque pueda tomarse en consideración para interpretarlo. Buscando una concepción ecléctica en la doctrina, y matizando que la asociación desde la vertiente penal tiene una dimensión más amplia que desde la óptica civil,⁸³ la dogmática penal, coincide en las notas de organización y permanencia que la caracterizan, pudiendo definirse como *«la unión concertada y duradera de una pluralidad de individuos, con entidad diferenciada de la de sus miembros y una base organizada, dirigida a la consecución de una concreta finalidad»*. En cuanto al número mínimo de componentes que se precisan para formar la asociación, al no existir ningún condicionante legal, es suficiente la concurrencia de dos individuos, según ha admitido la jurisprudencia,

82. Cfr. STS (2.º) de 30-10-1994, que contiene la siguiente doctrina: «Es lógico que el sistema democrático exija claridad, transparencia y publicidad a las asociaciones y que el secretismo u oscurantismo abra vía franca a la prohibición y desautorización administrativa, pero como señala un sector de la doctrina, confundir contravención al ordenamiento con el injusto típico, al socaire de un precepto constitucional, significa tanto como desconocer no sólo el objeto oculto de determinadas asociaciones, sino el fundamento y los límites del ius puniendi en un Estado de Derecho». En similares términos se pronuncia también la STS (2.º) de 30-10-1994.

83. Córdoba Roda la define como «el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una entidad independiente de sus individuos y dirigido al logro de un determinado fin»; mientras que Vives Antón entiende por tal «toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines».

destacando a estos efectos, la STS de 12 de marzo de 1992,⁸⁴ que encuadra en el concepto de asociación ilegal la actuación organizada de dos personas, y considera como tal «una pluralidad de sujetos así como cierta estructura estable con objetivos definidos, a medio de los actos concretamente ejecutados». Por último, interesa señalar, que la jurisprudencia viene reiterando⁸⁵ que el delito de asociación ilícita, tiene una naturaleza eminentemente formal y pasiva, bastando para su existencia, la mera constitución en alguna de sus diversas manifestaciones de la entidad ilegal, penalizándose su existencia por este mero hecho, sin que pueda absorber otras actividades delictivas concursales que la asociación pueda realizar y que deberán sancionarse individualizadamente.

Apartado 1. En este apartado se incluyen dos supuestos distintos: el de las asociaciones que se constituyen expresamente para cometer cualquier hecho delictivo, y aquellas otras fundadas inicialmente con un fin lícito que posteriormente promueven la comisión de algún delito. Son trasladables al primero de los supuestos, los comentarios realizados sobre el art. 513.1.^o El propósito criminal preexistente, desencadena la creación de una figura asociativa con esa finalidad específica, siendo indiferente que la ideación delictual determinante del nacimiento de la asociación esté perfilada con precisión, o se lleve a efecto el hecho delictivo, pues el delito de asociación ilícita tiene naturaleza formal, como se ya ha dicho, y habrán de sancionarse autónomamente en concurso real las concretas actuaciones delictivas que puedan realizarse. Debe matizarse sin embargo que, como bien señala Tamarit Sumalla, la referencia a algún delito debe ser interpretada en sentido concreto, esto es, como la finalidad previa, o la posterior resolución de cometer uno o diversos delitos concretamente individualizables, aunque no lo sean sus modalidades de ejecución, delitos que habrán de ser promovidos por la asociación como entidad, y no por alguno de sus componentes. El segundo supuesto, convierte en penalmente ilícitas a las asociaciones con finalidad inicial no delictiva que promueven des-

84. Se trata de la Sentencia del «caso Amedo», que, a su vez, cita otra resolución anterior de la Sala de 8-10-1979.

85. V. STS (2.^a) de 11 de mayo de 1.970

pués, la comisión de algún delito. En este caso, la ilicitud sobreviene a la fundación de la asociación, debiendo estarse, como es natural, a los fines reales perseguidos y no a los declarados estatutariamente, que obviamente nunca serán los verdaderos.

Apartado 2. A diferencia de la regulación anterior,⁸⁶ el legislador ha querido distinguir la asociación ilícita que desenvuelve su actividad en el campo de la delincuencia común, de las organizaciones de corte terrorista, por la especial repulsa y sensibilización social que existe frente al fenómeno del terrorismo, y que justifica un tratamiento punitivo más severo; aunque no hay duda de que ambas figuras asociativas son variantes pertenecientes a la misma categoría penal, por lo que se considera acertada su integración conjunta, aunque diferenciada, en el tipo ordinario. El concepto de organizaciones o grupos terroristas, de clara inspiración jurisprudencial,⁸⁷ se localiza en el art. 571 del Código,

86. V. art. 173 del anterior Código, en el que no se incluían de un modo expreso las bandas armadas y organizaciones terroristas dentro de las distintas categorías de asociaciones ilícitas, castigándose en el art. 174.3.º con penas más graves a los promotores y directivos que a los simples integrantes.

87. Las agrupaciones delictivas del primer apartado del precepto que comentamos y las del presente, según señala la STS (2.º) de 12-3-1992 relativa al caso Amedo, «tienen en común una pluralidad de sujetos así como una cierta estructura estable con objetivos definidos (la subversión, el terrorismo o la delincuencia común) a medio de los actos concretamente ejecutados, con la particularidad sin embargo de que (en estas últimas) se acentúa todo cuanto se refiere a la organización del grupo a la par que la violencia pasa a ser método imprescindible, instrumento obligado de acción, con una perspectiva fundamentalmente política en el más amplio sentido». Esta misma Sentencia considera grupos armados «a las agrupaciones para la acción armada provistas de una cierta organización de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, prendidos por las ideas de jerarquía y disciplina, y con unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos que la organización criminal procura normalmente (armamentos y explosivos), sin que pueda comprenderse en tal definición la acción realizada por miembros radicalizados de ciertas organizaciones políticas concertados para llevar a cabo actos de violencia. Estabilidad, interconexión, enfrentamiento al orden jurídico con adecuado armamento o explosivos y grave incidencia en la seguridad ciudadana como elemento subjetivo del injusto, por medio de una actividad delictiva de suficiente entidad como para ser rechazada por las normas socioculturales de la colectividad. Todo ello con un plus de peligrosidad, de organización o de fines, que la distingue de la asociación ilícita».

que los define, como aquéllos cuya finalidad es la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. El legislador, ha querido cubrir el vacío que anteriormente existía a este respecto, y que había sido denunciado ante el Tribunal Constitucional,⁸⁸ en pro de la seguridad jurídica. El art. 55.2 CE, hace referencia a las bandas armadas, y a la posibilidad de que se determine por ley orgánica la suspensión de derechos fundamentales en el curso de investigaciones relacionadas con actuaciones delictivas llevadas a cabo por aquéllas o por elementos terroristas. Ello ha permitido, que el Tribunal Constitucional haya tenido oportunidad de señalar que el concepto de banda armada, ha de ser interpretado y aplicado muy restrictivamente.⁸⁹ En la doctrina, merece destacarse la definición de Carbonell Mateu, que considera banda armada *«todo grupo permanente, organizado y suficientemente numeroso que, hallándose en posesión de armas de fuego o sustancias o aparatos explosivos o inflamables, en cantidad semejante a la requerida para el depósito, intenta subvertir o subvierte dolosamente la seguridad interior del Estado»*. Aunque el Código, sigue sin definir lo que debe entenderse por banda armada, la jurisprudencia las ha asimilado a las organizaciones terroristas,⁹⁰ para distinguirlas de las

88. V. Sentencia del Pleno del TC num. 89/1992 de 12-3-1.993 que resolvió desestimatoriamente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco contra la L.O. 3/1988 de reforma del Código Penal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, en la que se consideró que introducir las expresiones de «elementos u organizaciones terroristas» en diversos preceptos del CP sin definición expresa no resulta inconstitucional, ya que el referido texto se inserta en el seno de un ordenamiento que proporciona datos para la determinación clara y precisa de aquellas nociones, lo que satisface el principio de tipicidad penal.

89. V. La STC num. 199/1987 de 16-12-1987 dictada en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la L.O. 9/1984 dice a este respecto: «Es cierto que el concepto de banda armada podría ser entendido extensivamente, pero ya se ha dicho que ha de ser interpretado y aplicado muy restrictivamente, y así lo ha sostenido también la jurisprudencia, a cuyo criterio deben someterse desde luego las autoridades gubernativas para evitar incurrir en las responsabilidades que el propio precepto constitucional ha previsto».

90. En la STS (2.ª) de 12-3-1992 antes citada, se señala lo siguiente: «La banda (armada) y la organización (terrorista) tienen una mayor entidad (respecto a la asociación ilícita) en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derroca del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su

asociaciones ilícitas. Sin embargo, y a pesar de esta interpretación integradora que conviene tener presente, se trata de agrupaciones delictivas distintas y diferenciables, aunque compartan ciertos rasgos comunes; siendo más amplio el concepto de banda armada, que no tiene que estar necesariamente ligado a la consecución de un objetivo político concreto.⁹¹ La banda armada requiere, en nuestra opinión, una estructura organizativa, una idea de permanencia ligada a la consecución de sus fines criminales, y un número significativo de componentes en posesión o en disposición de utilizar para conseguir los objetivos perseguidos, determinado armamento de guerra o defensa, incluidos los explosivos y sustancias inflamables u otras susceptibles de causar estragos; debiendo analizarse cada caso individualizadamente, y con criterio restrictivo, en función de la naturaleza del grupo, su organización y funcionamiento, los medios disponibles, fines perseguidos y acciones concretas proyectadas o realizadas, para su incardinación en esta categoría asociativa, que no tiene necesariamente que tener una ideología política o un componente terrorista, aunque sea el supuesto más normal (piénsese por ejemplo en las bandas armadas mafiosas o en las integradas por narcotraficantes), aunque en la jurisprudencia, se insiste,⁹² late la idea de que su finalidad es la de conculcar el orden constitucional y el propio sistema democrático.

Apartado 3

A) Empleo de medios violentos. En esta clase de asociaciones se parte de la licitud de sus fines, transmutándose en penalmente

presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de «infundir terror» a todos los niveles. Ello no obstante en la práctica coinciden los procedimientos deleznales utilizados por las bandas y las organizaciones, unidas en una misma finalidad destructiva».

91. V. STS (2.º) de 1-3-1988.

92. V. STS (2.º) de 27-5-1988 en la que se contiene la siguiente definición: «debiéndose entender por grupos o bandas, el conjunto o pluralidad de personas, que con idea de permanencia y estabilidad, se enfrentan al orden jurídico del Estado, y por armados, siempre que tengan a su disposición armas de defensa o de guerra o sustancias o aparatos explosivos o inflamables».

ilícitas por el empleo de determinados medios ilícitos. Este tercer apartado, reproduce el contenido del art. 173.2.º CP 73, destacando como novedad la adición del empleo de métodos de alteración o control de la personalidad para conseguir los fines de la asociación, que se asimilan penalmente a los violentos. Se incrimina el medio igual que el fin, lo que resulta desproporcionado. No se ha corregido tampoco por el legislador, la omisión ya denunciada por la doctrina, relativa a que los medios violentos empleados deban ser necesariamente delictivos, como ha de presuponerse, pues este precepto, rebasaría el límite impuesto por el art. 22.2 CE, que restringe este derecho fundamental, tan sólo cuando las asociaciones utilizan medios tipificados como delito, quedando fuera del tipo, aquellos casos en que la violencia ejercida fuera constitutiva de falta. Aunque algunos autores han sostenido que se trata de un supuesto innecesario, ya que los medios violentos son en realidad fines ilícitos intermedios, y quedarían subsumidos en el apartado primero (Rodríguez Devesa y Terradillos, entre otros), entendemos que esta opinión es excesivamente forzada, planeando el problema más bien sobre la determinación de si los medios violentos son consustanciales a la esencia de la asociación. Creemos que es ésta la clave del asunto, pues no pueden penalizarse las asociaciones, por el mero hecho de que alguno de sus miembros utilice la violencia de forma aislada y no significativa para alcanzar un fin que es plenamente lícito y que dota de sentido a su existencia. Consideramos igualmente acertada la subsistencia de este apartado, aunque sólo sea por razones pragmáticas, pues es mucho más fácil demostrar que una asociación es ilegal por los métodos violentos normalmente empleados por sus componentes, que por su verdadera finalidad delictiva, que se procurará permanezca oculta y será difícilmente desenmascarable, por lógico que resulte pensar que una asociación que emplea sistemáticamente la violencia, pueda perseguir realmente un fin acorde con el ordenamiento jurídico.

B) Alteración o control de la personalidad. Entre las categorías de asociaciones ilícitas, se incorpora al CP 95, la de aquellas que, teniendo un fin lícito, utilizan la alteración o control de la personalidad como medio para su consecución. Se asimila penalmente este método persuasivo con la violencia, por la sensibilización social

existente respecto a las sectas pseudoreligiosas que, anulando o manipulando la frágil personalidad de sus adeptos, ejercen sobre ellos un control psicológico alienante para conseguir el dominio de sus pautas de conducta, sin que sea preciso que se produzcan daños psíquicos. La alteración o control de la personalidad, no está tipificada como delito (salvo supuestos extremos en que se produjera un menoscabo de la salud mental que pudiera encajar en el tipo básico del delito de lesiones del art. 147.1 CP), por lo que, *prima facie*, no es un medio delictivo para conseguir un fin ilícito. La jurisprudencia, en las contadas ocasiones en que ha afrontado el estudio de las sectas, ha vinculado su posible ilicitud asociativa con la comisión de un delito de lesiones psíquicas.⁹³ La consideración delictiva de estas asociaciones, siendo lícito su objeto, plantea serias dudas de constitucionalidad, teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho, el art. 22.1 CE limita el derecho asociativo sólo y exclusivamente cuando, a través de su ejercicio desviado, se persigan fines o utilicen medios delictivos, no pudiendo el legislador penal ir más allá del límite marcado por el constituyente. Coincidimos plenamente sobre este punto con la opinión de Tamarit Sumalla, que señala lo siguiente: «esta norma constitucional (art. 2.1 CE) es portadora de un contenido material, según el cual no basta con que sea formalmente una ley penal la que defina cuáles son los medios ilícitos sino que éstos deben autónomamente ser constitutivos de delito, lo cual no sucede en el caso de la alteración o control de la personalidad».

Apartado 4. La subsistencia de las asociaciones de carácter paramilitar en el CP 95, es consecuencia directa de la prohibición constitucional (art. 25.5) de este tipo de figuras asociativas; aunque su interdicción, no comporta una necesaria criminalización, como sucede con las asociaciones secretas, afortunadamente desaparecidas de nuestro ordenamiento penal, como propugnaban la doctrina y la jurisprudencia.⁹⁴

93. V. STS (2.ª) de 30-10-1994 relativa al carácter de asociación ilícita de la secta denominada «Niños de Dios».

94. V. STS (2.ª) de 30-10-1994, antes citada, que contiene la siguiente doctrina: «Es lógico que el sistema democrático exija claridad, transparencia y publicidad a las asociaciones y que el secretismo u oscurantismo abra vía franca a la prohibición y desautoriza-

El tipo objetivo es muy poco preciso, pues no se concreta lo que debe entenderse por organizaciones paramilitares. Desde luego hay que desechar que el uso de uniformes y distintivos de apariencia militar o la existencia de una organización o modos similares a los que rigen en el ejército sea, por sí solo, elemento determinante para considerar ilícitas estas asociaciones. Es consustancial a las fuerzas armadas, el ejercicio institucionalizado de la violencia en pro de la defensa nacional y el empleo de armamento; por lo que cualquier grupo paramilitar, por el hecho de utilizar armas, estaría necesariamente inmerso en el concepto de banda armada del numeral segundo de este mismo artículo. No somos partidarios de que estas modalidades asociativas se mantengan penalmente como una categoría especial, pues hay que estar a los fines o medios empleados para establecer su ilicitud penal, siendo irrelevantes, a estos efectos, las formas, modos, vestimenta o apariencias de inspiración militar que puedan evocar o recrear los asociados, si ello no va ligado a una finalidad delictiva o al empleo de medios que también lo sean.

Apartado 5. Se amplía en este apartado el espectro de la tipicidad objetiva respecto al precepto correspondiente del Código anterior, que restringía la conducta típica a la discriminación racial, extendiéndola también a las asociaciones que promuevan el odio o la violencia o inciten a ello, contra personas o colectividades por razones tanto xenófobas, como discriminatorias, reproduciéndose el esquema de motivaciones recogido en los artículos precedentes y concretamente en el art. 512, a cuyos comentarios nos remitimos, reiterando las críticas sobre la inclusión, a modo de elemento objetivo, de un sentimiento tan personal y subjetivo como el odio. Entendemos que la acción de promover o incitar debe constituir el soporte esencial que justifique el nacimiento y la exis-

ción administrativa, pero como señala un sector de la doctrina «confundir contravención al ordenamiento con el injusto típico, al socaire de un precepto constitucional, significa tanto como desconocer, no sólo el objeto oculto de determinadas asociaciones, sino el fundamento y los límites del «ius puniendi» en un Estado de Derecho». El reproche penal puede activarse en el caso de que los fines y medios de una sociedad secreta sean en sí mismos delictivos ya que el ocultismo no es inexorablemente indiciario de ilegalidad penal».

tencia misma de la asociación, circunstancias que habrán de inferirse de las actividades realizadas por aquella y que no se corresponderán lógicamente con los principios y objetivos declarados estatutariamente. Quedarían, por tanto excluidas, las asociaciones que de un modo ocasional y no sistemático, realizaran esta clase de actuaciones, sin perjuicio de que pudieran punirse las conductas concretas llevadas a cabo por sus asociados, siempre que fueran individualizables y tuvieran encaje en el tipo general del art. 510 que encabeza esta sección. Coincidimos con el criterio expuesto por García Pablos, para diferenciar lo que debe entenderse por promover e incitar. El primer término, tiene un sentido más amplio y general, que comprendería todo tipo de comportamientos propiciadores de la discriminación; mientras que la incitación, reviste un contenido mucho más específico, referido a un destinatario personal a quien se trata de motivar o determinar. El fin perseguido por esta específica modalidad asociativa, es ya de por sí penalmente ilícito, pues coincide casi literalmente con la acción típica descrita en el art. 510. Entiendo por consiguiente, que su incriminación resulta inadecuada por redundante, teniendo en cuenta que su objeto consiste en promover la comisión de un determinado delito, y serían por ello incardinables en el ordinal primero del precepto en el que están insertas.

4.2.7. Supuesto agravado. Art. 516 CP

Art. 516 CP:⁹⁵

«En los casos previstos en el número 2.º del artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

1.º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2.º A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años».

95 Art. 174.3.º del anterior CP.

En este precepto, se establecen las penas a imponer a los sujetos que pertenezcan a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas definidos en el ordinal 2.º del artículo anterior, fijándose la penalidad en función del grado de implicación, y de la posición que ocupe el sujeto activo del delito en su aparato organizativo y esquema de funcionamiento. La penalidad, es mucho más severa que la contemplada en el artículo siguiente para los integrantes de las restantes asociaciones ilícitas, debido al especial reproche social que provoca la actuación de estos grupos criminales. Es objeto de punición, la mera pertenencia a esta clase de asociaciones ilícitas, con independencia de los actos de colaboración que favorezcan las actividades u objetivos de estas organizaciones, ahora incluidos en los delitos de terrorismo, o de los ulteriores hechos delictivos en que el miembro de la organización pudiera eventualmente participar. La diferencia entre integrantes y colaboradores, radica en que estos últimos, han de realizar alguna concreta aportación a los fines de la asociación, contribución que no requiere la integración, que tiene un carácter meramente formal.⁹⁶ El tipo de injusto de pertenencia a bandas armadas u organizaciones terroristas, justifica la configuración de esta infracción criminal como un delito permanente⁹⁷ y de mera actividad, con entidad propia y diferenciada de los delitos que el miembro de la asociación ilícita pudiera cometer.⁹⁸ Se trata de un delito doloso, no siendo admisible la modalidad culposa, pues su propia configuración típica lleva implícito el conocimiento pleno por parte del agente de que la asociación en la que está integrado es de carácter abiertamente ilegal.

96. V. STS (2.º) de 25-11-1995.

97. V. STS (2.º) de 20-2-1.996.

98. Sobre este particular interesa reflejar la doctrina contenida en la STS (2.º) de 30-1-1.989: «La asociación ilegal, o si se prefiere, la banda terrorista, o mejor aun, su creación y mantenimiento, puede estimarse como algo preparatorio respecto a esas otras infracciones criminales, pero no en relación con un hecho determinado y aislado, sino como plataforma desde la cual se delinque luego en abanico y hacia muy distintas direcciones. De ese modo, cada hecho delictivo posterior tiene su propio «iter criminis», así como sus actos preparatorios en sentido estricto, razón ésta por la que la intervención de la banda como colectivo queda en un estadio todavía más lejano, amorfo y polivalente a la vez. Quiebra, pues, todo intento de consunción en esos otros comportamientos criminales, individualizados y de distinta naturaleza».

A) Promotores y directores

Aunque ambas actividades se asimilan penológicamente, se trata acciones distintas que requieren un tratamiento diferenciado. La incriminación de la promoción como conducta típica, excluye la participación en este delito a modo de inducción, pues el promotor siempre sería autor directo por requerimiento del tipo. El promotor, es quien realiza los actos anteriores o simultáneos que sean necesarios para lograr la fundación y puesta en funcionamiento de estas concretas asociaciones ilícitas, mientras que el director interviene en un momento cronológicamente ulterior, una vez que las mismas están ya consolidadas y tienen una estructura operativa apta para la consecución de sus fines, realizando actos de mando o de gobierno que recaen sobre la actividad misma de una organización ya constituida. Ambas figuras, no son excluyentes, y puede darse el caso de que el promotor también desempeñe funciones directivas. Conviene advertir, que la acción de los directores, tanto de bandas armadas como de organizaciones terroristas, se proyecta no sólo sobre la asociación ilícita considerada en su conjunto, sino que el núcleo del injusto se extiende igualmente a la dirección de cualquiera de sus grupos. Debe tratarse de un comando o facción que opere en régimen de autarquía, aunque inserto en el organigrama general de la organización, y que desenvuelva su actuación dentro de las directrices y objetivos generales característicos de la misma.

B) Integrantes

A los meros integrantes de las organizaciones anteriores, se les sanciona con una pena algo inferior a la prevista para los fundadores y directores, en razón a su menor capacidad de decisión, grado de influencia y protagonismo dentro de la estructura jerárquica del grupo. La pertenencia a esta categoría de asociaciones ilícitas, es típica por sí misma, puesto que la norma no exige la realización de una concreta actividad que coadyuve al logro de los fines criminales del grupo, a diferencia de lo que sucede con las restantes modalidades asociativas en las que se requiere la condición de miembro activo. La jurisprudencia, ha admitido incluso que tienen cabida en el tipo los actos de ejecu-

ción imperfecta.⁹⁹ Sin embargo, al tratarse de organizaciones que actúan de forma clandestina, la prueba de la militancia, normalmente deberá estar relacionada y habrá de colegirse de las actividades específicamente realizadas por el sujeto activo, bien sean ejecutivas o de apoyo logístico, económico, propagandístico o actos de colaboración que favorezcan las actividades o fines de la organización o banda criminal, sin perjuicio de su punición independiente como delitos autónomos.

4.2.8. Supuesto atenuado. Art. 517 CP

Art. 517 CP:¹⁰⁰

«En los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 5.º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:

1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».

Siguiendo la metodología empleada en el Código anterior, el criterio para graduar la gravedad de las penas imponibles a los integrantes de las asociaciones ilícitas, parte de una doble consideración: por un lado, se establecen sanciones más severas para los miembros de las bandas armadas y organizaciones terroristas que para los componentes de las restantes asociaciones criminales; y por otro, se diferencian a efectos punitivos, los fundadores y directivos de los miembros activos.

99. V. STS (2.º) de 30-9-1.993 que señala lo siguiente: «Sin perjuicio de entender que esta clase de delitos es difícil encuadrarlos en una fase comisiva imperfecta cual es la de tentativa, no cabe duda que puede haber supuestos en que iniciados los actos conducentes a la comisión completa de lo pretendido, cual es la integración total y efectiva en la banda armada, no lleguen a completarse, bien por desistimiento voluntario, bien por causas ajenas a la voluntad de los autores».

100. Art. 174.1.º y 2.º del anterior CP.

A) Fundadores, directores, y presidentes

En este primer apartado, se castiga la participación de los fundadores, directores, y presidentes en el delito de asociaciones ilícitas comunes con una pena superior a la asignada a los miembros activos, por el plus de gravedad que entraña la constitución y dirección de aquéllas. La doctrina tradicional, sigue sobre este punto las definiciones de Córdoba Roda, inspiradas en la acepción literal de los términos que el legislador ha incorporado a la norma, considerando que son fundadores, aquellos que crean o constituyen la asociación, directores quienes tienen a su cargo el régimen y dirección de la misma, y presidentes quienes ocupan el puesto principal o superior; suprimiéndose, respecto al artículo precedente, la referencia típica a la participación del promotor, conducta mucho más genérica e imprecisa.

B) Miembros activos

Córdoba Roda, diferencia los meros afiliados de los miembros activos, en que los primeros se limitan a cumplir los trámites de afiliación necesarios para integrarse en la asociación, mientras que los segundos, además de ello, llevan a cabo determinadas acciones en favor de la asociación. El adjetivo «activo» es excesivamente vago, no habiéndose corregido la inconcreción de la acción típica que se retoma del Código anterior, aunque se despenaliza, acertadamente, la intervención de los meros asistentes contemplada en el antiguo art. 176. En nuestra opinión «miembro activo» es aquel que sin ocupar un cargo directivo en la estructura orgánica de la asociación, mantiene en ella, de forma estable y permanente, un grado de implicación de cierta relevancia que se materializa a través de actuaciones concretas relacionadas con las actividades de la misma. De un modo más gráfico, Manzanares Samaniego y Albácar López,¹⁰¹ señalan que «la mera afiliación de quien ni cõtiza ni asiste a las sesiones no es suficiente para llenar la valoración

101. V. «Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)». Ed. Comares. Granada 1990. 2.ª Edic., pag 586.

legal. El equivalente del miembro activo sería, en religión, el católico practicante».

4.2.9. Cooperación con asociación ilícita. Art. 518 CP

Art. 518 CP: ¹⁰²

«Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1.º y 3.º al 5.º del artículo 515, incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

Este tipo delictivo, es una fiel reproducción de su antecesor, y está referido exclusivamente a las asociaciones ilícitas que no tengan la consideración de bandas armadas u organizaciones terroristas, al estar regulada de forma autónoma y castigada en el art. 576 con pena de mayor gravedad la colaboración con estas asociaciones criminales. Es en realidad, una forma de participación que se configura como un delito autónomo. Parte de la consideración, de que el sujeto activo no ostenta la condición de fundador, directivo o miembro activo de asociación ilegal, a modo de cláusula de cierre del artículo precedente, sancionando aquellas conductas de relevancia que contribuyan a la fundación, organización o desarrollo de las actividades de asociaciones delictivas no terroristas. La conducta típica, consiste en una cooperación de cierta trascendencia que favorezca la creación, la estructura organizativa o la actividad ilícita de la asociación criminal. El elemento objetivo del tipo penal, viene constituido por la acción de cooperar, que tiene un sentido lato, no sólo por su propia significación gramatical, sino también por el contexto en el que se inserta, al establecer la norma que puede tener naturaleza económica o de cualquier otra clase. Parece que el legislador, consciente de la amplitud del tipo, ha querido compensarlo al precisar que la colaboración debe ser «en todo caso

102. Art. 175 del anterior CP.

relevante», adjetivo éste un tanto impreciso,¹⁰³ aunque su inclusión reporta mayor seguridad jurídica. La relevancia, es un concepto indeterminado, y su delimitación quedará al arbitrio judicial, en función de la casuística. En cuanto al elemento subjetivo, aunque no se exija expresamente, el propósito del agente, debe estar guiado por una específica finalidad de favorecer la fundación u operatividad de la asociación, con plena conciencia de su carácter marcadamente ilícito.

4.2.10. Formas de participación intentada. Art. 519 CP

Art. 519 CP:

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

El presente precepto, sin precedente en el CP anterior, sigue la sistemática impuesta por los arts. 17.3 y 18.2 del CP, se prevé el castigo de estos actos preparatorios para cometer el delito de asociación ilícita, a fin de evitar su impunidad. En este caso no se sigue la técnica anterior de diferenciar la mayor punibilidad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, respecto al resto de las asociaciones descritas en el art. 515, sin perjuicio de la posible incardinación de las primeras en el art. 578. La referencia genérica que el precepto comentado realiza a la pena que corresponda a los hechos que se incriminan en los artículos precedentes, exige el establecimiento en cada caso del grado de intervención del sujeto activo y la determinación de la forma de participación criminal.

4.2.11. Disolución y otras consecuencias accesorias. Art. 520

Art. 520 CP:¹⁰⁴

103. Según el Diccionario de La Real Academia de la Lengua significa «sobresaliente, excelente».

104. Art. 174. último párrafo del anterior CP.

«Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código».

En el artículo comentado, se mantiene la obligatoriedad de que los órganos judiciales competentes para el enjuiciamiento acuerden en la sentencia, la disolución de la asociación ilícita, ya prevista en el párrafo final del art. 174 del Código anterior. Se trata, de una decisión obligatoria, y que debe tomarse en la resolución judicial que ponga fin al proceso, pues requiere un previo pronunciamiento de fondo acerca de la ilicitud penal de la asociación, cesando en ese momento las medidas cautelares que sobre la clausura temporal de la empresa o la suspensión de las actividades de la sociedad pudiera haber adoptado en Juez de Instrucción durante la tramitación de la causa. La novedad del precepto, radica en que la disolución de la asociación, puede completarse además con la adopción de cualquiera de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP 95, al que expresamente hace referencia. En este segundo supuesto, la medida penológica accesoria a la pena principal que pueda imponerse por el hecho delictivo, no es preceptiva sino facultativa, y deberá estar orientada a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, como se señala en el apartado 3 del referido art. 129. En el caso comentado, se precisa igualmente la previa audiencia de los titulares de la asociación o de sus representantes legales, así como de las partes personadas en la causa, con carácter previo, a la imposición de la consecuencia accesoria de que se trate. Nada se dice acerca de que esta decisión jurisdiccional requiera una previa rogación de parte, por lo que entendemos que puede adoptarse de oficio, sin que por ello, se vulnere el principio acusatorio, siempre que, para evitar que se produzca indefensión, hayan sido oídas las partes y los posibles afectados por la medida, y se razonen las causas que la motivan. Discrepamos sin embargo, con algún sector doctrinal respecto a que la disolución de la asociación ilícita esté sujeta al régimen general del art. 129.1.b), ya que, se trata de una medida accesoria obligada que viene impuesta al Juez o Tribunal en todos los casos en que haya sido aplicado el art. 515, y que no está sujeta a ninguna formalidad o requisito procedimental, por su carácter especial.

4.2.12. Especial atención a la condición de autoridad, agente de esta o funcionario. Art. 521

Art. 521 CP: ¹⁰⁵

«En el delito de asociación ilícita, si el reo fuere autoridad, agente de ésta o funcionario público, se le impondrá además de las penas señaladas, la de inhabilitación absoluta de diez a quince años».

Las diferencias entre este precepto y el art. 250 CP 73 son tan notables que resulta difícil establecer la correspondencia entre ambos, dada la ampliación objetiva y subjetiva del ámbito punitivo contenida en el precepto que es objeto de comentario y que prevé la imposición de una pena privativa de derechos, conjunta con la privativa de libertad, para aquellos supuestos en los que el sujeto activo del ilícito penal ostente la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario. La aplicación de esta sanción no requiere de una obligada condena del agente como autor de alguno de los delitos tipificados en los arts. 516 a 519, sino que se extiende a cualquiera de las formas de participación contempladas en los mismos. El concepto de autoridad y de funcionario público se localiza, a efectos penales, en el art. 24 CP 95, prosiguiendo el legislador con la técnica de incluir una figura agravada independiente cuando la conducta delictiva es realizada por persona que ostente aquella cualidad, por el plus de antijuridicidad que ello comporta. No se precisa que el agente, se halle constituido en autoridad o que actúe en el ejercicio de sus funciones, ya que no existe previsión al respecto en el tipo penal.

¹⁰⁵ Art. 250 del anterior CP.

4.3. Sección 2.^a, De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos

«Si dos hombres disputan sobre religión, por lo menos uno está loco.»

(Pensamiento árabe).

4.3.1. Introducción

El art. 16.1 CE garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público, señalando en su apartado 3, que ninguna confesión tendrá carácter estatal. La L.O. 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa, desarrolla el contenido de este derecho fundamental, configurando un sistema jurídico-político basado en el pluralismo, la igualdad, la libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos, y la aconfesionalidad del Estado. El Tribunal Constitucional ¹⁰⁶ ha establecido la existencia de dos principios básicos que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y sus relaciones con las iglesias y confesiones. El primero de ellos, es la libertad religiosa entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *«agere licere»* del individuo; y el segundo, es el de igualdad, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o creencias, y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos ellos. El derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, tiene constitucionalmente un doble ámbito de protección, en cuanto mezcolanza y manifestación tanto de la libertad ideológica, como del principio de igualdad de trato de todas las confesiones y también de aquellos que no profesan ninguna,¹⁰⁷ estando teñido de una significación característica propia, que se proyecta sobre

106. V. STC num. 24 de 13-5-1.982.

107. Conforme al art. 2.1 a) de la L.O. 7/1980, la libertad religiosa y de culto comprende el derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna.

los sentimientos más íntimos de aquellas personas con determinadas creencias religiosas. Estos sentimientos religiosos, pese a pertenecer a la esfera personal de las convicciones de los seres humanos, ha querido el legislador, que gocen de protección penal, toda vez que el Código Penal tutela no sólo los bienes materiales, sino también los ideológicos o espirituales, sancionando aquellos ataques o lesiones que socialmente revisten una mayor gravedad.

Los delitos que se incardinan en esta sección, con la excepción del art. 526 que cierra la misma y está referido al respeto que merecen los difuntos, tutelan una variante específica de la libertad de conciencia, como es la libertad religiosa y los sentimientos de esa índole que comparten un buen número de ciudadanos. El mantenimiento de esta clase de tipos delictivos, ha sido cuestionado por un amplio sector doctrinal y, como señala Tamarit Sumalla, algunos autores han sostenido la necesidad de llevar el proceso de secularización hasta las últimas consecuencias y prescindir de un grupo autónomo de delitos de religión, en la convicción de que los meros sentimientos, no son acreedores de tutela penal, y de que, por otra parte, los tipos genéricos contra la libertad individual y contra el ejercicio de los derechos de asociación y reunión, podrían ofrecer una protección satisfactoria de las diversas manifestaciones de la libertad religiosa. Sin perder de vista este planteamiento que, debería orientar la evolución del tratamiento político criminal de estas conductas, lo cierto es que el legislador de 1995 ha seguido una línea continuista respecto a la regulación precedente, que no ha sufrido modificación relevante, salvo algunos ligeros retoques que serán objeto de análisis en su momento, y la supresión de los anteriores arts. 210 y 211, de escasa significación y que punían el maltrato a un ministro de una confesión religiosa y los actos inespecíficos de ofensa en lugar religioso, respectivamente. Ello puede obedecer, a la honda tradición y al arraigo que los delitos de religión tienen en nuestro ordenamiento penal, pues no en vano han estado presentes en todos los Códigos, guardando una significativa correlación, en cuanto a su sistemática, con los distintos textos constitucionales imperantes en cada momento histórico. Los Códigos de 1822, 1848, 1928 y 1944, tenían como finalidad la protección de la religión católica como la oficial del Estado, en correspondencia con las Constituciones o leyes fundamentales con vigencia coetánea de 1812, 1845, 1876 y 1945; mientras

que los Códigos de 1870 y 1932, encuadraron estas figuras delictivas bajo las rúbricas de «delitos relativos al libre ejercicio de los cultos» y de «delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos», correlativamente a las Constituciones de 1869 y 1931.¹⁰⁸ En la regulación actual, el enunciado de la sección mantiene los delitos contra la libertad de conciencia,¹⁰⁹ que se completa de una manera más precisa, con la inclusión de los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, impulsada por la corriente jurisprudencial.¹¹⁰

En definitiva, este elenco de figuras penales tiene como finalidad la protección de la libertad de conciencia, en la vertiente o manifestación específica de la libertad religiosa, que comprende la libertad de cultos, creencias, convicciones y sentimientos religiosos de quienes los profesen, garantizados en el art. 16.1 del texto constitucional y en la L.O. 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, dictada en su desarrollo; así como el respeto a los difuntos, que no guarda similitud con los delitos

108. V. STS (2.ª) de 26-11-1.990. La STS (2.ª) de 25-3-1.993, sobre la evolución y tratamiento histórico de estos delitos, señala lo siguiente: «ha sido completamente distinto en las diferentes etapas históricas y en los distintos países, atendiendo a las concepciones políticas dominantes, y a los tiempos y lugares, apreciándose como extremos el sistema imperante cuando los llamados «crimen laese divinae» eran reputados como delitos contra el Estado convirtiéndose éste en vengador de los delitos contra la divinidad, por estimar coincidentes los valores religiosos y los estatales, y la de los Estados ateos, en los que se ignoran por parte del Estado la existencia de los valores religiosos por lo que se dejan absolutamente desprotegidos jurídicamente, pasando por la postura intermedia representada por la política jurídica del siglo XVIII que restaurando el punto de vista laicista romano encerrado en el brocardo «Deorum iniuriae, Dilis curae» (a los dioses incumbe cuidar de sus propias ofensas) aun manteniendo los delitos «contra la Religión» se abolieron los «Delitos de Religión».

109. Introducida por la Ley Orgánica 8/1.984 de 25 de junio.

110. V. STS (2.ª) de 8-4-1.981, que contiene la siguiente doctrina: «lo religioso no es un aspecto o valor accesorio o circunstancial sino esencial de la persona, y como tal garantizado en la Constitución Española (art. 16.1), extendiéndose esta garantía o protección en el ámbito penal a la libertad religiosa —art. 205 del C.P.—, a la libertad de culto —art. 207—, ambas libertades con la extensión reconocida en la Ley Orgánica de 5 de julio de 1980 (art. 2.ª), y a los sentimientos religiosos, tipificando en los arts. 208 y 209 del texto penal los actos de profanación y ofensa, y estos actos no suponen un agravio o ultraje a una persona determinada sino a los sentimientos religiosos de la comunidad en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud».

en materia de religión. No sucede lo propio, como destaca Vives Antón, con las ideas, sentimientos y creencias de otra naturaleza que pudieran hallarse enlazadas a formas no religiosas de concebir el mundo, pensamiento éste, que ha sido destacado por un amplio sector de la dogmática penalista, como un foco de reflexión que suscita dudas de inconstitucionalidad por la preterición de las mismas conductas frente a quienes no profesen creencias de índole religiosa, que resultan atípicas, y por ende, contrarias al principio constitucional de igualdad ante la ley.

4.3.2. Proselitismo ilegal. Art. 522

*Art. 522 CP:*¹¹¹

«Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen».

Es una reproducción del art. 205 del CP 73, con una redacción algo más cuidada, que no afecta a su contenido esencial, excepción hecha de la sustitución en el párrafo primero de la frase «actos de culto», por «actos propios de las creencias que se profesen», y la adición en el párrafo segundo, de la palabra «ritos». Los actos de culto,¹¹² son de significación más precisa y restringida que los relativos a las creencias, por lo que el ámbito de protección del tipo se expande hacia toda clase de liturgias, ceremoniales y actividades que puedan llevar a cabo, individual o colectivamente, los miembros de la confesión religiosa de que se trate. El añadido del vocablo «rito» sigue la misma tendencia, con la finalidad de abarcar también los rituales de una organización secular, en coheren-

111. Art. 205 del anterior CP.

112. El Diccionario de la Real Academia los define como el conjunto de actos y ceremonias con que el hombre tributa un homenaje a Dios o a los bienaventurados.

cia con el bien jurídico tutelado, que es la libertad de conciencia en sentido amplio.

El párrafo primero de este tipo delictivo, al que la doctrina ha venido tradicionalmente denominando «*proselitismo ilegal*», está integrado por una conducta dirigida a impedir la práctica de actos de culto propios de las creencias religiosas que profese el sujeto pasivo o la asistencia a los mismos, empleando para ello, cualquier acto de fuerza, violencia, intimidación o coacción, que sea apto para conseguir ese propósito. Carece de interés, detenerse en el análisis de los conceptos de fuerza, violencia o intimidación, ampliamente diseccionados por la jurisprudencia en la exégesis de los delitos de robo. La referencia a «*cualquier otro apremio ilegítimo*», implica la incorporación de una cláusula residual de cierre, en la que cabe incardinar cualquier conducta impositiva que consiga doblegar la voluntad del sujeto pasivo. El segundo párrafo, incrimina a quienes por iguales medios realicen la conducta inversa (obliguen a hacer lo no querido, en lugar de impedir hacer lo querido), forzando a practicar o a concurrir a actos de culto o ritos, así como a realizar actos reveladores de profesar o no una religión o cambiar la que se profese. El último inciso, engarza con la previsión constitucional del art. 16.2 CE, que establece un acotamiento negativo, al disponer que «*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*».

En cuanto al concepto de «*confesión religiosa*», su concepción debe ser necesariamente amplia y comprender aquellas que tengan ontológicamente tal carácter, con independencia de la oficialidad que pueda otorgarles su inscripción en el registro público correspondiente, ya que el precepto, a diferencia del que le sucede, no hace distinción ni contiene ninguna exigencia a este respecto. Es un delito de resultado, aunque aquél debe alcanzarse a través de los medios específicos que se indican en la norma, pues en otro caso la acción resultaría atípica; precisión ésta puramente dialéctica, ya que la variedad y amplitud de los medios comisivos descritos en el tipo hacen prácticamente impensable que el resultado se consiga de otra forma. Esta infracción penal, admite supuestos de ejecución imperfecta. Como destaca de forma casi unánime la doctrina, se trata de un tipo privilegiado del delito de coacciones sancionado en el art. 172, habida cuenta que el principio de especialidad (art. 8.1.^º), lleva a la aplicación de este precepto especial

frente al general de coacciones. La inutilidad e inconveniencia de la figura delictiva que se comenta, resulta patente a la vista de la nimia penalidad asignada a la conducta típica que, de no existir esta norma, sería perfectamente incardinable en el subtipo agravado del delito de coacciones del párrafo segundo del art. 172 CP 95, sancionado con una pena mucho más grave. Este desfase entre la antijuricidad de la conducta y su sanción penal ha sido muy criticado por diversos autores (Vives Antón y Tamarit Sumalla, entre otros).

4.3.3. Perturbación de actos religiosos. Art. 523 CP

Art. 523 CP: ¹¹³

«El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

Coincide literalmente con su antecesor al que sólo se le ha añadido la precisión de que las confesiones religiosas son las inscritas en el «Ministerio de Justicia e Interior». La vocación de permanencia del Código, aconsejaba una mención más genérica al Departamento Ministerial competente, pues esta referencia tan específica y coyuntural, ya ha quedado obsoleta con la actual separación de los Ministerios de Justicia e Interior, estando ubicado el registro en el primero de ellos. Bien jurídico protegido en este precepto, es la libertad de cultos, en cuanto variante específica de la libertad religiosa. Se trata de un tipo penal muy complejo, en el que la conducta típica, consiste en la realización de una serie de comportamientos bastante heterogéneos entre sí, que tiene que recaer en determinados actos desarrollados por confesiones religiosas, con la exigencia de que se encuentren debidamente

113. Art. 207 del anterior CP.

inscritas como tales en el registro público correspondiente,¹¹⁴ mediante una serie de modos comisivos concretos.

La acción punible contempla tres variantes: impedir, interrumpir y perturbar. Las dos primeras, llevan implícito un resultado concreto, en la medida en que equivalen a imposibilitar la realización de la ceremonia religiosa o frustrar la continuidad de la misma, una vez comenzada. Sin embargo, el término «perturbar» es mucho más vago, pues no está ligado a un resultado objetivo, y permite que el acto se lleve a cabo, significando, según su acepción académica, trastornar el orden y concierto de las cosas o su quietud y sosiego. La perturbación, aunque no se diga expresamente, ha de ser grave, pues se castiga igual que las otras dos conductas precedentes. Se precisa, una intencionalidad específica del agente de imposibilitar el normal desarrollo del acto religioso, y que la conducta realizada sea objetivamente idónea a la finalidad perseguida. En lo que respeta a los medios empleados, deben entenderse como *numerus clausus*, no ofreciendo dificultad los conceptos de violencia o amenaza ya utilizados en el Código con efectos generales. Por tumulto, ha de considerarse la confusión, alboroto o desorden generalizado en la multitud, aunque generado por una o varias o personas, que son los sujetos activos del ilícito penal. La mención a las vías de hecho, introduce por su inconcreción, un elemento de inseguridad jurídica, de ahí que se insista, en que, al margen del resultado, se precisa un dolo específico del agente de producirlo efectivamente. La acción típica, ha de recaer sobre el acto, función, ceremonia o manifestación que esté celebrando la confesión religiosa, tratando el legislador de abarcar todas las actividades colectivas litúrgicas, de culto, oración, conmemoración o cualesquiera otras. El párrafo segundo de la norma, contiene un tipo cualificado en razón al lugar de comisión del hecho, y en función de si está o no destinado al culto. Está claro, que el lugar es donde el sujeto activo consigue su propósito criminal, con independencia del sitio en que se realice la acción. El problema surge, en lo que debe entenderse por «*lugar destinado al culto*». El precepto, ya parte de la idea de que el acto religioso se desarrolle en un marco distinto al

114. V. Real Decreto 142/1981 de 9 de enero sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, complementado por R.D. num. 1879/1994 de 16 de septiembre.

que está específicamente destinado al culto (por ejemplo, una iglesia, sinagoga o mezquita), y añade, un plus de gravedad antijurídica cuando la perturbación, interrupción o impedimento, se logra en lugar considerado sagrado por los fieles, por el mayor agravio que supone para los creyentes en una determinada fe religiosa. Esa especial vinculación del destino del local al culto, debe excluir la aplicación del subtipo agravado cuando el delito se comete en el discurrir de una ceremonia religiosa celebrada ocasionalmente en un emplazamiento que no esté de forma permanente y habitual destinado a ello.

4.3.4. Profanación. Art. 524 CP

Art. 524 CP: ¹¹⁵

«El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses».

Se reordenan las conductas delictivas del Código derogado, unificándose los tipos básico, agravado simple y agravado cualificado de los tres párrafos del precepto anterior en un tipo general, con pena alternativa de prisión o multa, para poder graduar la sanción a imponer y ajustarla a la gravedad de la infracción. El bien jurídico protegido, lo constituyen los sentimientos religiosos que, por su esencia íntima e inmaterial, son de difícil tutela legal, hasta el punto de que la protección constitucional se circunscribe a la libertad religiosa y de culto. La referencia expresa a que los mismos estén *«legalmente tutelados»*, consideramos que debe interpretarse como el deseo del legislador de excluir del tipo las actividades que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Libertad religiosa, y más concretamente, las relacionadas en su art. 3.2.¹¹⁶ La tipicidad de la conducta, queda condicionada a que

¹¹⁵ Art. 208 del anterior CP.

¹¹⁶ El artículo citado dispone lo siguiente: «Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores [...] y otros fines análogos ajenos a los religiosos».

la acción se desarrolle en el transcurso de una ceremonia religiosa o en lugares destinados al culto, como son también los templos, mediante la ejecución de actos de profanación que ofendan los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Los distintos elementos conformadores del tipo penal, han sido analizados con gran minuciosidad por la jurisprudencia, y en concreto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993\3152), cuya doctrina resulta plenamente trasladable al precepto hoy vigente.¹¹⁷ Los actos de profanación, han de ser entendidos por tanto, según su acepción gramatical, como el trato irrespetuoso de las cosas dedicadas a Dios o al culto divino, según la confesión religiosa de que se trate; mientras que la ofensa de los sentimientos religiosos, constituye el elemento subjetivo del delito, siendo, por ello, de difícil probanza y debiendo inferirse normalmente de los actos objetivos de profanación realizados por el sujeto activo, que tienen que tener la consideración de graves y una cierta trascendencia para ser objeto de incriminación. El delito de profanación, es básicamente de resultado, por lo que se ha dicho, aunque caben supuestos de tentativa y formas de participación distintas a la autoría. Es factible también, que puedan darse supuestos concursales no absorbidos por el tipo penal.¹¹⁸

117. Resulta de interés la transcripción del comienzo de su cuarto fundamento jurídico, en el que se lee lo siguiente: «El hecho de que en el art. 208 del Código Penal (524 actual) se diga: «el que ejecute actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados...», hizo pensar a algunos que la utilización en el precepto de la preposición «en», remarcaba el carácter eminentemente subjetivo de este delito quedando como irrelevante el aspecto objetivo, mas es lo cierto que éste, como no podría ser menos, tiene la relevancia normal en todo delito y, evidentemente, se halla constituido por los actos de profanación y tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han coincidido en que la acepción jurídica ha de estimarse coincidente con la gramatical, según la cual, supone «tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto», lo que conduce a la necesidad de precisar, a su vez, las cosas que han de calificarse como sagradas y es claro que atendiendo a los dogmas y a los ritos de las distintas religiones, siempre se han reputado como tales las dedicadas a Dios o al culto divino...».

118. V. STS (2.ª) de 10-12-1.982, que contiene la siguiente doctrina: «puede afirmarse que el relato describe circunstanciadamente dos conductas que, aunque tuvieron un desarrollo coetáneo, responden a una voluntad distinta y orientada hacia varios resultados: de una parte, el ánimo de lucro ilícito que se exteriorizó en el apoderamiento del dinero que había en la Sacristía y en los cepillos de la iglesia...y, de otra, la ejecución de

4.3.5. Escarnio. Art. 525

Art. 525 CP:¹¹⁹

«1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

El delito de escarnio regulado en este precepto, ha sufrido una importante remodelación con relación al tipo previsto en el antiguo Código, aunque conserva una parte de su estructura típica.

Apartado 1. En su primer apartado, puesto que el segundo carece de precedente, se aprecian como novedades más destacables las siguientes:

A) Se incluye explícitamente como elemento subjetivo del delito que la acción típica se materialice con la expresa finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, en cuanto bien jurídico que es objeto de protección. Esta intencionalidad o dolo específico debe quedar patente y ser además objetivamente idónea para producir el resultado requerido en la norma.

actos de profanación como fueron beber vino en el copón del Sagrario, esparcir por el suelo las Formas consagradas, quemando algunas con cerillas, y dejar, cuando abandonaron el templo, la botella vacía en el interior del Sagrario y varias monedas en el copón, actos adecuados para producir ofensa en los sentimientos religiosos...y movidos por un ánimo específicamente ofensivo según se infiere de la descripción de los hechos...y como dichas conductas, además de ser distintas en su voluntad, desarrollo y resultados, no se hallan enlazadas por conexión medial alguna de índole necesaria, es obvio que quedan fuera de los supuestos de aplicación del párrafo 2.º.

119. El párrafo 1 concuerda con anterior art. 209 CP. El párrafo 2 carece de correspondencia.

B) Se añade como medio comisivo la frase «*cualquier tipo de documento*», para englobar en el precepto, además de los escritos, aquellos otros documentos gráficos, sonoros y visuales, cuyo concepto ha de corresponderse con la definición contenida en el art. 26 CP.

C) Se amplía la conducta típica con la extensión del escarnio a las creencias religiosas.

D) Se incorpora, como nueva acción delictiva, la pública vejación a quienes profesen o practiquen sus creencias religiosas.

E) Se suprime la distinción penológica agravatoria anteriormente contemplada para el caso de que el delito se cometiera en actos o lugares de culto.

Esta figura delictiva es bastante compleja y, además del elemento subjetivo del injusto ya indicado, está integrada por dos acciones dispares, como son el escarnio de las creencias o actividades de una confesión religiosa y la vejación pública de quienes las profesan o practican, conductas ambas que deben realizarse públicamente, mediante la palabra, el escrito, o cualquier clase de documento. La jurisprudencia,¹²⁰ respecto al delito de escarnio, ha venido exigiendo como requisitos básicos para su apreciación los siguientes:

1.º En cuanto a la acción de escarnecer o elemento objetivo del tipo, se entiende como befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar, grosera e insultante, expresión de desprecio o mofa, burla y vilipendio, mediante actos que no suponen un agravio a una persona determinada sino a los sentimientos religiosos de la comunidad, en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud.

2.º En cuanto a la antijuricidad, que en la conducta delictiva se aprecie la repulsa del ente social afectado y con el resultado de una ofensa a los sentimientos religiosos de los adeptos a determinada confesión religiosa.

120. V. SSTs (2.º) de 8-4-1.981, 19-2-1.982, 25-1-1.983, 12-4-1.984, 20-5-1.988 y 26-11-1.990, entre otras.

3.º En cuanto a la culpabilidad o elemento subjetivo del injusto, la captación de un ánimo específico de injuriar, como sinónimo del propósito deliberado de ofender, de modo que la simple negación o crítica mesurada de determinada religión o de sus dogmas no entraña afrenta ni menosprecio.

La nueva redacción de la primera parte del tipo, lo configura como de tendencia y no de resultado, si se tiene en cuenta que no se exige que la ofensa efectivamente se produzca, bastando la mera exteriorización pública de la acción ofensiva. La segunda parte de la conducta típica, se personaliza en la vejación pública de quienes profesan o practican determinada religión, acción que puede identificarse con el concepto de injuria grave, según la doctrina. En cuanto al requisito de la publicidad, debe dársele un contenido amplio, pudiendo acudir al criterio plasmado en el art. 211 para el delito de injuria, cuando la ofensa o vejación se propague por medio de la imprenta, la radiodifusión, o cualquier otro medio semejante que llegue a un buen número de personas.

Apartado 2. Uno de los derechos que la libertad religiosa y de culto garantiza, con la consiguiente inmunidad de coacción, es precisamente el de no profesar ninguna creencia religiosa.¹²¹ Con ello queda en evidencia, que la libertad religiosa no es sino una variante específica de un derecho fundamental con una dimensión más amplia y general que engloba a aquélla, y que no es otro que la libertad ideológica. Por tanto, la opción personal de los no creyentes, en cuanto manifestación entroncada en el derecho fundamental a la libertad de ideas y creencias, es tan digna y respetable como la de quienes tienen convicciones religiosas, y debe merecer igual protección penal. La incorporación por vez primera de esta figura delictiva a nuestro ordenamiento penal, viene a dar tardío cumplimiento a un mandato constitucional que había sufrido una demora incomprensible. La innovación, sin embargo, no ha sido excesivamente afortunada, pues restringe la acción típica respecto al párrafo anterior, al excluir del tipo la mención a la vejación.

121 V. art. 2.1.a) de la L.O. 7/1980 de Libertad Religiosa.

Lo mismo ocurre en cuanto a los medios comisivos, que se limitan a la palabra o escrito, desapareciendo la referencia a «cualquier tipo de documento». La equiparación de ambos párrafos, es sólo a efectos cos-méticos y penológicos, pues la conducta punible del que se comenta, tanto en la acción como en los medios, sufre una importante mutilación. Al igual que en el párrafo anterior, el sujeto pasivo del delito es un grupo o colectividad de individuos que son objeto de público escarnio por su cualidad negativa de no profesar religión alguna. Como ponen de manifiesto la mayoría de los autores, la protección del tipo, debe entenderse referida a las personas que no tienen creencias religiosas (ateos o agnósticos); pues sería absurdo que sólo tuviera efectividad para los que carecieran por completo de cualquier clase de creencias.

4.3.6. Violación de sepulturas y profanación de cadáveres. Art. 526 CP

*Art. 526 CP:*¹²²

«El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

En este artículo, se amplía la acción típica de su antecesor, adaptándola a los tiempos actuales al equiparar la profanación de un cadáver con la de sus cenizas. Se añade además, un tipo agravado que recuerda al delito de daños, cuando exista una intencionalidad de ultraje, y los mismos recaigan sobre lugares funerarios, donde reposan los restos mortales de una persona, y se suprime la distinción anterior entre delito y falta, en función de la menor entidad del acto de profanación, que actualmente siempre revestirá carácter delictivo, por lo que requerirá que entrañe una cierta gravedad. También destaca, el cambio de emplazamiento sistemático de estos delitos, que ahora se

122. Arts. 340 y 577 del anterior CP.

agrupan con los afectantes a la libertad de conciencia, por la similitud que el sentimiento social de respecto a los difuntos guarda tradicionalmente con las creencias o los sentimientos religiosos, trascendentes o culturales del ser humano. También se despenalizan, con buen criterio desde mi punto de vista, tanto las inhumaciones que se llevarán a cabo incumpliendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas al efecto y anteriormente sancionadas en el art. 339, cómo la exhumación o traslado de restos humanos tipificada en el art. 345, que serán objeto de la sanción administrativa que corresponda, pues el simple incumplimiento de normas reglamentarias no puede justificar una condena penal.

El bien jurídico protegido, como señala la doctrina, consiste en tutelar el interés de la sociedad en el respeto a la memoria de los difuntos, que Córdoba Roda también amplía al respeto al lugar físico destinado a los muertos y al cuerpo de los mismos. El titular de ese bien general, es la sociedad en su conjunto y no los difuntos o sus allegados que pudieran estar lógicamente más afectados emocionalmente por la conducta punible. Este tipo delictivo, según su exégesis jurisprudencial,¹²³ requiere un dolo específico, consistente en el ánimo y la conciencia de faltar a la paz y descanso de los muertos, así como el debido respeto a ellos y a su memoria y los sentimientos de piedad, de deudos y amigos. Este elemento intencional, por pertenecer a la esfera íntima y subjetiva del ser humano, habrá de inferirse por lo general de los pormenores concretos y objetivos de la acción realizada. La acción típica se desglosa en tres comportamientos distintos que se analizarán por separado:

A) En primer lugar, la violación de sepulcros o sepulturas, que debe implicar la ejecución por el sujeto activo de una conducta, entendida en sentido amplio, que objetivamente entrañe la realización de actos indignos en unos lugares concretos que merecen el respeto general de la sociedad, como son aquellos en los que yace un cadáver o reposan los restos mortales de una persona, siempre con el dolo específico ya indicado, que ha de guiar la conducta del agente.

123 V. SSTs (2.º) de 26-11-1.984 y 19-11-1.991.

Coincidimos con Tamarit Sumalla, en que violar en este caso, debe entenderse en sentido objetivo y material de abrir ilegítimamente un sepulcro o sepultura o acceder a él.

B) Si en el apartado anterior la acción recae sobre cosas materiales, en este caso, el destinatario de la conducta típica es el cadáver o las cenizas humanas objeto de profanación que, siguiendo la definición académica, supone un tratamiento irrespetuoso. Córdoba Roda, considera que actos de profanación son las acciones de deshonra o menosprecio que físicamente incidan sobre el cadáver, y Vives Antón puntualiza, que la conducta requiere una acción material o física. Entendemos que se ha querido ampliar el tipo con la inclusión de las cenizas, comprendiendo este vocablo no sólo los resultantes de la incineración del cadáver, sino también los residuos que van quedando del mismo con el paso del tiempo.

C) Se incorporan unas conductas concretas de resultado en el segundo inciso del precepto, aunque lo esencial no es sólo el daño, alteración o destrucción, sino que afecte a su vez a urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos. Se asemeja al delito de daños, aunque en este caso, la intencionalidad del agente está constituida por el propósito de ultrajar, y el bien jurídico protegido es diferente, pudiendo producirse un concurso ideal de delitos y siendo irrelevante la cuantía de los desperfectos que puedan ocasionarse, insistiéndose en que el elemento intencional es absolutamente determinante, según la jurisprudencia.¹²⁴ Daño equivale a deterioro o menoscabo, destrucción a destroz total o ruina, y alteración a descomposición que modifique la configuración de una cosa. La incorporación de la palabra «destrucción», implica una cierta redundancia, pues está englobada en el daño, mientras que la alteración no lleva aparejada necesariamente la producción de un resultado dañoso. La significación de urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos no requiere especial comentario, debiendo estarse a su acepción literal.

124. V. STS (2.ª) de 15-3-1.995, que en un caso en el que se produjo la entrada en un cementerio, la rotura de diversas sepulturas y la apropiación de varios crucifijos y un medallón, apreció que la intencionalidad del sujeto «se redujo al apoderamiento de lo

Queda obviamente fuera del tipo, la realización objetiva de aquellos actos guiados por una intencionalidad distinta a la expresada en el mismo y especialmente los llevados a cabo con fines didácticos, investigadores o curativos.¹²⁵ Por último, conviene señalar que caben situaciones concursales con otros delitos distintos cuando el ánimo del agente, además de estar guiado por la voluntad de atentar contra el respeto debido a la memoria de los difuntos o de ultrajar, coincida con la intencionalidad propia de otras infracciones penales, y concurra naturalmente la conducta típica, como puede ocurrir en el caso del robo.

4.4. Sección 3.ª. De los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria

«El pesar de los pesares, es vivir con militares.»
(Pintada callejera antimilitarista).

4.4.1. El art. 527 CP

Art. 527 CP:

«Será castigado con la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años y multa de doce a veinticuatro meses el objeto que, sin justa causa:

1.º Llamado al cumplimiento del servicio que se le asigne, dejare de presentarse, retrasando su incorporación al mismo por tiempo superior a un mes.

2.º Hallándose incorporado al referido servicio, dejare de asistir al mismo por más de veinte días consecutivos o treinta no consecutivos.

ajeno con exclusivo ánimo de lucro, sin detenerse ante lo sagrado del lugar», por lo que no considera encajable su conducta en el anterior art. 340.

125. V. Orden de 31 de octubre de 1.932, sobre cadáveres destinados a la enseñanza; Ley 30/1.979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 29/1.980 de 21 de junio sobre autopsias clínicas y Ley 42/1.988 de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

3.º Incorporado para el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, se negare de modo explícito o por actos concluyentes a cumplirla.

La inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las Administraciones, Entidades o Empresas Públicas o de sus Organismos Autónomos, y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará exento del cumplimiento de la prestación».

Este artículo no tiene correspondencia con ningún precepto del Código anterior, aunque su antecedente normativo se localiza en una ley penal especial, concretamente en la L.O. 14/1986, de 9 de diciembre, que modificó parcialmente el art. 2.º de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre,¹²⁶ y que actualmente ha quedado derogada expresamente por

126. Barrada Ferreiros, A. «Los delitos contra los deberes de cumplir el servicio militar y la prestación social sustitutoria. Los artículos 604, 527 y 528 del Código Penal». Revista La Ley, num. 4383, de 29 de septiembre de 1997. El mencionado autor señala como antecedentes, la Ley 48/1984 de 26 de diciembre, por la que se regula la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutoria —dictada en desarrollo del art. 30.2 CE y del art. 37 de la L.O. 6/1980—, que fue acompañada por la L.O. 8/1984, de la misma fecha, por la que se regulaba, entre otras materias, el régimen de recursos y el régimen penal de la objeción de conciencia. Esta ley penal especial estableció tres nuevas figuras delictivas con clara vinculación respecto al esquema que se recogía en el entonces vigente Código de Justicia Militar para los militares de reemplazo (delitos de deserción, falta de incorporación a filas y negativa a prestar el servicio militar) y, así, en su art. 2 consideraba como merecedoras de reproche penal las siguientes conductas: 1.º) el objetor que, sin causa justificada faltare por más de tres días consecutivos a la prestación social sustitutoria; 2.º) el objetor que, llamado al servicio dejare de presentarse injustificadamente en el tiempo y lugar que se señale; y 3.º) el objetor que rehusare cumplir la prestación social sustitutoria, en cuyo caso, una vez cumplida la condena, quedará excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización. Finalizaba el apartado 5.º del mismo art. 2, aclarando que el enjuiciamiento de estos delitos correspondería a la jurisdicción ordinaria, que aplicaría como supletorio el Libro I del Código Penal. Este régimen jurídico se mantuvo, hasta la promulgación del CP 95 con una ligera modificación penológica que se llevó a cabo por el art. 8 L.O. 14/1985, de 9 de diciembre, mediante la que se adaptaron el Código Penal común y esta Ley orgánica 8/1984 como consecuencia de la aprobación del Código Penal Militar. Por su parte el CP 95, derogó la

la disposición derogatoria única del Código vigente, que incorpora a su texto este nuevo artículo. Es decir, aunque estamos ante una norma penal que anteriormente y de modo incomprensible, no estaba incluida en el catálogo de delitos compendiados en el Código, la conducta que se sanciona ya era punible con anterioridad, aunque ahora se han introducido algunas modificaciones de redacción con respecto a la anterior regulación, destacando la imposición de unas penas que no implican necesariamente la privación de libertad del sujeto activo.¹²⁷ Recientemente, se ha dictado la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, cuya disposición derogatoria única, deroga la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, así como todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opogan a dicha Ley, y fija un plazo de tres meses para elaborar las disposiciones necesarias para el cumplimiento y ejecución de la misma.

La inclusión de estos delitos dentro del Capítulo IV es muy discutible, y ha sido cuestionada por la mayor parte de la doctrina, y en términos muy duros por algunos autores, destacando la posición mantenida por Carbonell Mateu, que afirma lo siguiente: *«La opción adoptada por el legislador de 1995 de disociar la objeción (de conciencia) al servicio militar de la profesada a la prestación social sustitutoria constituye un «fraude de etiquetas» cuya expresión más grosera viene significada por la colocación de los delitos contra la prestación, nada menos que el en Título XXI: Delitos contra la Constitución»*. Algo más moderado, Tamarit Sumalla, considera forzada la ordenación

indicada ley penal especial e incorporó en su texto el art. 527, mediante el que se pretenden castigar conductas equivalentes a las contenidas en los tres apartados del art. 2 de la Ley Orgánica 8/1984, y el art. 528, en el que se regula un tipo penal de nuevo cuño en virtud del cual se castigan, agravadas con las penas del art. 604 en su mitad superior, las conductas descritas en el art. 527 cuando hubiere constancia de que la objeción de conciencia se ha alegado falsamente.

127. La supresión de las penas de prisión para los objetores de conciencia que tengan administrativamente reconocida esa condición, fue el resultado de una enmienda transaccional del Grupo Socialista en el Congreso, a instancia del Grupo Catalán, pues en el proyecto inicial se contemplaba una pena privativa de libertad en estos supuestos. No obstante, los distintos tipos penales que se integran en este artículo tienen la consideración de delitos graves y están castigados con penas conjuntas de inhabilitación absoluta y multa.

sistemática del precepto, según dice, *«junto a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales, como de hecho revela la referencia explícita a los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria en el epígrafe del capítulo»*.

En coincidencia con la opinión dominante, consideramos que lo más coherente hubiera sido la agrupación del artículo comentado con los delitos relativos a la defensa nacional, junto con el de objeción a la prestación del servicio militar tipificado en el art. 604, por el evidente paralelismo que con aquél tiene la prestación que ya el legislador denomina «sustitutoria»; en cuanto variante o sustitutivo del propio servicio militar, que se instaura en realidad como un medio disuasorio para asegurar el cumplimiento del mismo. Parece pues evidente e innegable que dichas figuras delictivas tienden a tutelar la «totalidad del sistema» de servicio militar obligatorio, en el que se encuadra el derecho a ser reconocido como objetor de conciencia a dicho servicio con las armas, con el subsiguiente nacimiento del deber de realizar una prestación personal social sustitutoria, alternativa de aquel servicio. Resulta aun más incomprensible esta separación sistemática, si se tiene en cuenta que el art. 528, siguiente al que comentamos y que cierra el capítulo, que se remite al art. 604, cuando haya constancia de que la objeción de conciencia haya sido alegada falsamente. En todo caso, se discrepe o no, lo cierto es que este precepto se encuadra legalmente dentro de los delitos contra la Constitución, y que en el debate parlamentario se partió de que la objeción de conciencia al servicio militar, constituye una proyección del derecho fundamental de la libertad ideológica y de conciencia (art. 16.1 CE), conforme había declarado reiteradamente la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se decidió su inserción en el presente capítulo.

No existe unanimidad doctrinal, sobre el bien jurídico que en este artículo se tutela. Un importante sector de opinión del que forma parte Tamarit Sumalla, considera que está constituido por el interés del Estado en el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, como garantía del funcionamiento del sistema de objeción de conciencia legalmente establecido. Una segunda corriente, en la que se encuentra Carbonell Mateu, entiende que, tanto en el delito contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria, como en el de cumplimiento del servicio militar, se trata de tutelar el sistema del servicio

militar obligatorio. Otros autores, como García Rivas, opinan que el bien jurídico, no es otro que la defensa nacional, en su modalidad de defensa civil, frente a la militar. El Tribunal Constitucional, ha mantenido sobre este punto, una posición intermedia, estableciendo en la Sentencia de 28 de marzo de 1996, que el bien jurídico tutelado trata de forma inmediata de proteger la institución de la prestación social sustitutoria, e indirectamente, de proteger el deber constitucional de contribuir a la defensa de España.

A) Regulación legal de la objeción de conciencia y doctrina constitucional

1.º) Referencias constitucionales. La objeción de conciencia se encuentra recogida en el art. 30.2 CE, en los siguientes términos: «*La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria*». Para un correcto entendimiento de este precepto debe tenerse en cuenta que en el primer apartado del art. 30 se establece el derecho y el deber de los españoles de defender a España, que sólo afecta en la práctica a los varones. Al analizar la regulación de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia que existe una evidente interrelación entre el derecho fundamental a la libertad ideológica proclamada en el art. 16.1 del texto constitucional, y el derecho a la objeción de conciencia que se plasma en el art. 30.2, de manera, que la doctrina más autorizada viene admitiendo que la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia. El Tribunal Constitucional, ha señalado igualmente, que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida por el art. 16 CE.¹²⁸ La libertad ideológica posibilita que los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 CE, como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, sean una realidad y no la mera proclamación teórica de

128. V. STC num. 53 de 11 de abril de 1.985.

unos principios sin contenido efectivo, de ahí, que el texto constitucional no permita más limitación en sus manifestaciones que la estrictamente necesaria para el mantenimiento del orden público protegido en la ley. Sin embargo, la doctrina constitucional ha dejado bien claro que su innegable relación con el art. 16, no permite calificar el derecho de objeción de conciencia como fundamental, pues no se encuentra incluido dentro de la Sección primera del Capítulo II, calificándolo como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental,¹²⁹ aunque goza a pesar de ello, de una protección procesal idéntica a la del núcleo de los derechos fundamentales. En cualquier caso, la objeción de conciencia está vinculada por la propia Constitución a las obligaciones castrenses de los españoles, y se configura por el constituyente como una causa de exención del servicio militar; pudiendo venir regulado su ejercicio por una ley ordinaria de desarrollo, no sujeta a reserva de Ley Orgánica, pues no está incluida en los arts. 15 al 29 CE.

2.º) Disposiciones legales ordinarias de desarrollo: La ley que desarrollaba el mandato constitucional era la 48/1984 de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, habiendo quedado modificados algunos de sus preceptos¹³⁰ por la Ley Orgánica 13/1991 de 20 de diciembre, del servicio militar. Tiene interés igualmente la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre que derogó el art. 45 LOTC y estableció el régimen de recursos contra las resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia denegatorias de las solicitudes presentadas, contra las que puede interponerse un recurso jurisdiccional en sede contencioso-administrativa, por los trámites especiales establecidos para protección de los derechos fundamentales, previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.¹³¹ Por último, el R.D. 266/1995 de 24 de febrero, que aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, es la normativa administrativa básica vigente dictada en desarrollo de la Ley 48/1984, que unifica en un solo

129. V. STC num. 160 de 27 de octubre de 1.987.

130. Concretamente los arts. 3.º1, 8.º1, 3 y 4 y 9.º

131. Según se establece en el inciso final del art. 41.1 de la LOTC, las normas procesales para la protección de la objeción de conciencia se equiparan a las aplicables a los derechos fundamentales.

texto reglamentario la regulación del reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y de la prestación social sustitutoria. Sin embargo, recientemente, se ha aprobado la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, cuya disposición derogatoria única, deroga la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, así como todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a dicha Ley, y fija un plazo de tres meses (Disp. final única) para elaborar las disposiciones necesarias para el cumplimiento y ejecución de la misma. La aplicación de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, había evidenciado algunas insuficiencias y limitaciones, que, unidas a críticas procedentes de diversos sectores de la juventud, han motivado la elaboración de un nuevo texto legal, al objeto de garantizar el derecho constitucional de objeción de conciencia y mejorar, al mismo tiempo, las condiciones de cumplimiento de la prestación social sustitutoria. Las disposiciones anteriores, deben ser tenidas en cuenta, ya que los tipos penales del art. 527 requieren que el sujeto activo ostente la condición previa de objetor.

3.º) Doctrina del Tribunal Constitucional. El Pleno del Tribunal Constitucional ha analizado de forma amplia y exhaustiva el contenido y alcance del derecho a la objeción de conciencia en dos Sentencias fundamentales. La primera resolución en la que se abordó este tema en profundidad fue la Sentencia num. 160/1987 de 27 de octubre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la totalidad de la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria y contra el antiguo art. 2 de la L.O. 8/1984, relativa al régimen de recursos y penal en materia de objeción de conciencia. La segunda sentencia, es la de 28 de marzo de 1996, que resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por diferentes órganos jurisdiccionales sobre el antiguo art. 2, apartado 3 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal. Ambas Sentencias fueron desestimatorias, aunque se formularon algunos votos particulares, especialmente en la primera. Para conocer la dimensión constitucional de este derecho y la naturaleza de la prestación social sustitutoria, conviene que nos detengamos en el análisis de ambas resoluciones.

STC de 27 de octubre de 1987: Ha sido sin duda la Sentencia más importante, extensa y polémica que ha pronunciado el máximo intérprete de nuestra norma fundamental sobre esta cuestión, con un total de tres votos particulares discrepantes. La opinión mayoritaria y vinculante de los componentes del Tribunal Constitucional, está esencialmente referida a los siguientes aspectos:

1. *Naturaleza.* Tiene una naturaleza excepcional y aunque protegido por el recurso de amparo, está caracterizado como un derecho constitucional autónomo. Su relación con el art. 16 no autoriza ni permite calificarlo de fundamental, lo que legitima al legislador para regularlo por ley ordinaria.

2. *Contenido.* No consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta, sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada existente en cada caso. Es decir, no se garantiza una abstención, sino el derecho del objetor a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar, que habrá de cumplirse de no mediar esa declaración, sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. La referencia sustitutiva de la prestación social al servicio militar, no implica su identificación con él y su forma de prestarlo.

3. *Límites.* El amparo en la libertad ideológica o de conciencia no es suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales como el de cumplir el servicio militar obligatorio, por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Puede constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestarlo, sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social, que constituye una excepción al cumplimiento de un deber general.

4. *Competencias del legislador.* Ha de armonizar en la forma que estime más conveniente el derecho individual del objetor con la salvaguarda de fines constitucionalmente reconocidos, como la defensa nacional, que justifican el deber de cumplir el servicio militar obligatorio. En un Estado social y democrático de derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario, expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como excepcional, porque de lo que se

trata es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima legal.

5. *Votos particulares.* Los votos particulares se fundamentan en la consideración del derecho a la objeción de conciencia como fundamental, con apoyo en la doctrina constitucional anterior, según la cual: «la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, que supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma». También se discrepaba de la constitucionalidad de los preceptos de la Ley de Objeción de conciencia que permiten al Consejo requerir de terceros la aportación de la documentación complementaria para verificar las alegaciones del solicitante, de la duración de la prestación, que debía equipararse a la del servicio militar y de la desproporción entre la gravedad de la conducta y la pena establecida.

STC de 28 de marzo de 1996: Esta segunda Sentencia resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que fueron planteadas por diversos órganos jurisdiccionales en relación con el antiguo art. 2.3 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre, por la que se regulaba el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal, tal y como quedó redactado en la L.O. 14/1985 y, en concreto, sobre las palabras «en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena», por su posible oposición al principio de proporcionalidad de las penas, a la luz de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE. El planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad estaba basado en la excesiva penalidad prevista en esta ley penal especial para los objetores que rehusaren cumplir la prestación social sustitutoria, a quienes se castigaba con la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo (desde dos años, cuatro meses y un día a seis años) e inhabilitación especial durante el tiempo de duración de la condena. Como argumentación de partida consideraban los promotores de la inconstitucionalidad, que en el derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho, como el que proclama el art 1.1 de nuestra Constitución, la pena no puede responder al mero capricho del legislador, sino a una necesidad de protección social, pues de lo contrario se convertiría en un ataque ilegítimo a la dignidad de la persona

reconocida en el art. 10.1 CE y supondría una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 y, en definitiva, de los principios de libertad y justicia que, como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagra el art. 1.1, produciéndose una quiebra del principio de proporcionalidad entre la pena fijada en la ley y la trascendencia social del hecho punible, afectando derechos fundamentales de primera magnitud, como el de la libertad personal (art. 16 CE), la libertad ideológica (art. 17) y al efecto resocializador de la pena que se deriva del art 25.2 CE, concluyendo que *«no resulta congruente con los principios generales de libertad y dignidad humana sancionar un incumplimiento administrativo que tiene su base en un disenso ideológico con una pena privativa de libertad de duración superior a veintiocho meses, que lleva consigo necesariamente el cumplimiento en prisión, sin posibilidad de tratamiento penal sustitutorio, de naturaleza meramente retributiva, añadida además a una pena privativa de derechos de igual duración»*. El Tribunal Constitucional, señala sin embargo, en cuanto al alcance del derecho fundamental a la libertad ideológica, que no puede ser aducido para eludir la prestación social sustitutoria, pues ni la organización ni los servicios relativos a la prestación social pueden violentar convicciones personales de quienes se oponen al servicio militar, puesto que la prestación sustitutoria es distinta del servicio militar y carece por su propia finalidad de naturaleza militar. En cuanto a su contenido, destaca que no resulta suficiente por sí sola para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de los deberes militares. Sin embargo, para justificar la extensión de la pena, indica que la prestación frustrada posee carácter sustitutiva del servicio militar obligatorio. En lo referente a la penalidad considera que el legislador goza de un amplio margen de libertad que deriva en última instancia de su legitimidad democrática, correspondiendo al mismo determinar la pena en función de la entidad del delito, sin sobrepasarla hasta el punto de lesionar el valor de la Justicia y la dignidad humana, lo que no ocurre con la Ley 8/1994, pese a su dureza.

El Tribunal Constitucional destaca que *«el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles —prevención especial, retribución, reinserción, etc.—*

ha optado por una concreta función de la pena en el derecho penal... el art. 25.2 contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad»; aclarando que «los objetores de conciencia al servicio militar tienen reconocido el derecho a que se les exima del deber de realizar ese servicio, pero la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar la prestación social como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las fuerzas armadas o de su radical supresión. Esta doctrina converge con lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que afirma que el Convenio de Roma y, en concreto, su art. 9 –según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión–, no garantiza un derecho a la exclusión del servicio civil sustitutivo del militar obligatorio».

Como se infiere de los pasajes de esta Sentencia que han sido transcritos, la doctrina constitucional es bien contundente y zanja definitivamente la cuestión, al establecer de forma clara y sin fisuras (sólo se formuló un voto particular de matiz), que los objetores de conciencia tienen derecho a que se les declare exentos de cumplir el servicio militar; pero no pueden ampararse en la libertad ideológica para dejar de cumplir la prestación social, reconociendo el derecho exclusivo del legislador a tipificar penalmente su incumplimiento, pues es a ese poder del Estado a quien corresponde la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y la penas con las que intenta conseguirlo.

B) Estudio de los tipos penales del art. 527

Sujeto activo: El precepto es un delito especial que requiere una previa cualificación del sujeto activo, que tiene que ostentar la condición de «objector», cuya declaración corresponde al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, con arreglo a las disposiciones legales reglamentarias en vigor (art. 4 de la Ley 22/1998, de 6 de julio y arts. 6 a 13 del Reglamento aprobado por Real Decreto 266/1995). Pero no es suficiente dicha declaración para ser considerado autor de los delitos pre-

vistos en el art. 527, sino que el interesado debe hallarse en una determinada situación respecto de la prestación social sustitutoria, que varía según cada una de las tres modalidades de la conducta típica descritas en el precepto; así, para el retraso en la incorporación descrito en el apartado 1.º, el objetor de conciencia debe haber sido llamado para incorporarse al cumplimiento de la prestación social sustitutoria; y para la inasistencia al servicio o la negativa a prestarlo previstas en los apartados 2.º y 3.º, el objetor debe hallarse incorporado efectivamente al cumplimiento del servicio social sustitutorio que le corresponda.¹³²

La conducta punible: Se configura como un delito especial de mera inactividad caracterizado por una omisión propia, consistente en incumplir determinados deberes derivados de la prestación social sustitutoria. Además de ello, y aunque no se diga expresamente, ha de mediar una previa declaración de utilidad para realizar la prestación sustitutoria y la comunicación del destino asignado para cumplirla, elementos esenciales que han de quedar debidamente acreditados, pues en otro caso no hay constancia de que la falta de incorporación no esté justificada. Puede ocurrir que causas de justificación actúen como causas de antijuridicidad o incluso de atipicidad, como pudiera ser el caso del objetor que haya sido declarado útil erróneamente o llamado injustificadamente al servicio, por tener derecho a prórroga o haya retrasado su incorporación por motivos justificados.¹³³

Elemento subjetivo: Se exige que la conducta omisiva no esté justificada, por lo que el tipo subjetivo requiere un elemento intencional y doloso, con plena conciencia y voluntad de incumplir la prestación, pudiendo hacerlo el obligado.

Modalidades de incumplimiento: Este artículo distingue tres modalidades de incumplimiento de la prestación social, pudiendo agruparse

132. La falta de técnica legislativa que de esta simple descripción se desprende, es directa consecuencia de la tramitación parlamentaria del precepto, que finalizó con la refundición en uno sólo de los diversos artículos que el proyecto dedicaba a esta materia; es patente que el apartado 3.º no describe con claridad la conducta que pretende sancionar, pues resulta indiferente que la negativa expresa a realizar el servicio de interés social se verifique antes o después de haberse incorporado al mismo.

133. V. STS (2.º) de 3 de julio de 1.997, con cita de la de 30 de junio anterior.

las dos primeras en la denominada «*insumisión impropia*» y la tercera en la «*insumisión propia o expresa*». Los supuestos son los siguientes:

1.ª La falta de presentación para cumplir el servicio asignado o el retraso en la incorporación, siempre que haya transcurrido un mes desde que el objetor debiera haberse incorporado. Se fija por el legislador un período mínimo que debe cumplirse íntegramente para considerar típica la conducta, debiendo ser computado el plazo del mes de fecha a fecha, según el art. 5.1 C.Civ., transcurrido el cual se entiende consumado el delito. Las conductas que supongan un retraso en la incorporación a cumplir el servicio social sustitutorio iguales o inferiores a un mes deberán ser castigadas con arreglo al art. 17 de la Ley 22/1998, de 6 de julio reguladora de la Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria, que califica como falta grave:

g) La inasistencia o el abandono injustificado, por tiempo superior a setenta y dos horas e inferior a veinte días consecutivos o treinta no consecutivos, de la actividad en que consista la prestación social.

h) El retraso en la incorporación al puesto de actividad ordenado, por más de treinta días y hasta un mes de duración.

Asimismo, son infracciones leves:

a) La inasistencia o abandono injustificado por tiempo no superior a setenta y dos horas de la actividad en que consista la prestación social.

b) El retraso en la incorporación al puesto de actividad ordenado por tiempo no superior a tres días.

2.ª Esta modalidad se produce en un segundo momento, cuando el objetor, una vez incorporado al servicio, deja de asistir voluntaria e injustificadamente más de veinte días consecutivos o de treinta no ininterrumpidos. Conviene aquí tener en cuenta lo argumentado con anterioridad, respecto al art. 17 de la Ley 22/1998, de 6 de julio reguladora de la Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria.

3.ª Por último, en el tercer caso se precisa, como en el anterior, una previa incorporación formal al servicio asignado. Es el delito de

insumisión propia, por tratarse del supuesto más grave, en la medida en que ataca de forma patente y frontal a la institución misma de la prestación social sustitutoria, y no sólo de ésta, sino del servicio militar. Por ello se discutió en los debates parlamentarios si debía segregarse esta conducta del tipo general y sancionarse con pena de prisión, como figuraba en el proyecto. El plus de gravedad igualmente reside en que no sólo se atenta contra el bien jurídico, sino que, como el anterior, también causa una perturbación en el servicio asignado. En este tercer supuesto la conducta típica se manifiesta en forma de resistencia o protesta pasiva, incumpliendo el objetor deliberadamente los deberes inherentes a la prestación social de un modo ostensible y concluyente. El comportamiento del sujeto puede responder a motivos de conciencia y también deberse a una objeción sobrevenida a la prestación, aunque no se exige que el objetor actúe necesariamente por una motivación ideológica o de conciencia, sino que se constate en el agente una actitud que revele clara y concluyentemente su negativa a cumplir la prestación, manifestada de forma expresa o por actos inequívocos y determinantes, al margen de los requisitos temporales requeridos en el apartado precedente y que no son aplicables al presente.¹³⁴

Penalidad: Todos los comportamientos descritos en los tres apartados del precepto se castigan con una pena conjunta de multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Como antes se indicó, se suprimen las penas de prisión establecidas en la L.O. 14/1985, que sancionaban las conductas equivalentes a las de los dos primeros números de este artículo con penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo. El tercer supuesto, consistente en que el objetor rehuse cumplir la prestación social, se punía con pena de prisión menor en sus grados medio o

134. Los defectos de técnica legislativa se manifiestan, de modo más relevante que en el art. 604, pues en este caso, se considera «insumiso» no sólo al que se incorpora a la prestación social con un retraso superior a un mes, sino también al que se ausenta de la misma durante veinte o treinta días; en ambos casos, la severidad de las penas y la consecuencia accesoria de quedar el penado eximido de la prestación, le «conducen» a no enmendar su conducta.

máximo e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, justamente la misma pena establecida en el art. 135 bis, i) CP 73 para el que rehusare sin causa legal el cumplimiento del servicio militar.

1.º La multa: Es una sanción pecuniaria que se impone en el CP 95 por el sistema de días-multa, quedando el condenado sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. La privación de libertad podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin semana o puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad con el condenado.

2.º La inhabilitación absoluta: Esta pena privativa de derechos, produce con carácter general ¹³⁵ la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos, que tenga o pueda obtener el penado durante el tiempo de la condena. El art. 527 amplía la inhabilitación y la extiende a la *«incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus Organismos autónomos, y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo»*. Esta es la novedad más importante de la actual regulación, que ha optado por eliminar las penas privativas de libertad a cambio de establecer una privativa de derechos de larguísima duración. Se conoce por la *«muerte civil»* ¹³⁶ y ha sido muy criticada por amplios sectores sociales por su falta de proporcionalidad con la gravedad intrínseca del hecho, no cumplir las finalidades propias de la pena y ser injusta al afectar de una forma muy desigual a aquellos que se dediquen a actividades privadas o profesionales y a quienes quieran desarrollar sus actividades en el sector público. Carbonell Mateu ha dicho que *«se trata más bien de una medida de disuasión que de una auténtica pena: de lo que se trata es de que cueste muy caro negarse a cumplir la prestación, sin que se recurra a la cárcel por el evidente desprestigio político que supone, para un Estado democrático, mantener en tal situación a objetores*

135. V. art. 41 del Código Penal.

136. Según la célebre expresión empleada por una diputada de ERC en los debates parlamentarios, indicando que «conducía a un proceso de marginación social».

de conciencia». A nadie se oculta además la dificultad que va entrañar el control judicial del efectivo cumplimiento de esta pena de inhabilitación, dada su amplitud, que quedará en muchos casos bajo la responsabilidad del penado.

3.º El cumplimiento de la condena extingue el de la prestación o lo que reste de ella. Algunos piensan que esta exención supone una verdadera ironía, pues el objetor que haya sufrido un mínimo de ocho años de inhabilitación, tras una Sentencia firme, es improbable que no haya cumplido los treinta años de edad, que operan como causa de exención de la prestación social.¹³⁷ En cualquier caso, es positivo que se contemple expresamente en el precepto, para evitar que el objetor fuera llamado a cumplir nuevamente la prestación, extinguida la pena y que se pudiera producir una situación de reincidencia.

4.º Casuística judicial: Los Jueces y Tribunales han sobrellevado las causas por insumisión con tratamiento desigual, molestos por lo general con que el poder legislativo haya dado un tratamiento penal a la insumisión y utilizado el poder judicial para una finalidad impropia. El respeto al sistema de legalidad les ha llevado a acatar y aplicar la legislación en vigor; si bien se han dado no pocos casos en los que se han apreciado determinadas circunstancias modificativas o, incluso, causas de exención de la responsabilidad criminal, que pasan por la eximente completa o incompleta de estado de necesidad o atenuante muy cualificada por conflicto ideológico, la atenuante analógica muy cualificada de estado pasional, el miedo insuperable o el error de prohibición. Lamentablemente esta situación no la ha corregido del todo el nuevo Código, aunque hay que reconocer que el avance ha sido importante, ya que mantiene en su art. 604 penas privativas de libertad para los que objetan al servicio militar; es decir al propio sistema del mantenimiento del servicio militar obligatorio. El problema, por tanto, sigue vigente, aunque será muy difícil que los insumisos puedan hoy en día ingresar en prisión, pues la penalidad que establece el Código en vigor posibilita que quede en suspenso la ejecución de la pena, al no exceder de dos años o sustituirse por arrestos de fin de semana o multa.¹³⁸

137. V. art. 19 d) del R.D. 266/1995.

138. V. arts. 81 y 88 del C.P.

4.4.2. Art. 528

Art. 528 CP:

«Cuando hubiere constancia de que la objeción de conciencia se ha alegado falsamente, las conductas descritas en el artículo anterior se castigarán con las penas del artículo 604 en su mitad superior».

Este artículo carece de sustantividad propia, pues se remite al anterior para determinar las conductas típicas, y al art. 604 para establecer la penalidad. El legislador, ha pensado en alguien que, con intención previa y preconcebida de incumplir tanto el servicio militar como la prestación social sustitutoria, se hace pasar por objetor, sin serlo, lo alega falsamente ante el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y obtiene el reconocimiento de esa condición, para evitar que se le impongan las penas aplicables a los que incumplan el deber de prestación del servicio militar, tratando de impedir esta norma penal que se cometa un fraude de ley. Parece que el poder legislativo tenga una cierta desconfianza del buen funcionamiento del sistema y trata con este artículo de disuadir con la cárcel a los falsos objetores que incumplan la prestación social. Es un caso que difícilmente puede darse en la práctica, ya que probar que la objeción se ha alegado falsamente resulta casi imposible, puesto que el derecho fundamental a la libertad ideológica impide al propio Consejo Nacional, la valoración de las doctrinas alegadas por el solicitante,¹³⁹ siendo poco probable que el órgano administrativo competente para el reconocimiento de la condición de objetor, tras el procedimiento establecido y requerir la información y documentación pertinente, declare objetor de conciencia a un individuo y pueda acreditarse posteriormente que lo haya alegado falsamente, salvo que se constatará la existencia de una clara falsedad documental, de la que pudiera inferirse una intencionalidad defraudatoria. La aplicación de este precepto debe entrañar la declaración de nulidad del reconocimiento de la condición de objetor de conciencia del culpable, que habrá de comunicarse por el Tribunal sentenciador a los organismos competentes de la Administración, para que el condenado cumpla el servicio militar, pues en esta figura penal la remisión al art. 604 lo es exclusiva-

139. V. art. 7 del R.D. 266/1.995 de 24 de febrero y art. 16.2 CE.

mente a efectos de determinación de la penalidad, pero nada se dice sobre que el penado quede exento del cumplimiento del servicio militar.

Por ultimo señalar que, no resulta muy aventurado augurar a los delitos coyunturales de esta Sección una existencia efímera, ante la anunciada supresión del servicio militar en su actual régimen de conscripción, siendo bastante probable que el art. 528 quede inédito, pues es muy difícil la detección de los numerosos objetores de conveniencia, cuyo crecimiento paulatino está siendo fomentado por la inadecuada regulación legal que actualmente existe.

4.5. Bibliografía

- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al derecho español», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, 1985.
- BARRADA FERREIROS, «Los delitos contra los deberes de cumplir el servicio militar y la prestación social sustitutoria. Los artículos 604, 527 y 528 del Código Penal». *Revista La Ley*, núm. 4383, de 29 de septiembre de 1997.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «Observaciones en torno al proyecto de ley sobre la reforma del Código Penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión, reunión y asociación», en *C.P.C.*, núm. 5, 1978.
- DEL MISMO AUTOR: «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en *Documentación Jurídica*, vol II, 1983.
- BUENO CASTELLOTE: «Algunas consideraciones sobre las libertades públicas y su nueva delimitación penal», *Boletín M.º de Justicia* núm. 1.779, 1996.
- CÁMARA VILLAR, «La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)», Madrid, Cívitas, 1991.
- CAMARASA CARRILLO, «Servicio militar y objeción de conciencia: régimen jurídico de la exención del servicio militar por razones de conciencia», Madrid, Marcial Pons, 1993.
- CARBONELL MATEU: «Derecho Penal: concepto y principios constitucionales», Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1995.
- CARMONA RUANO, «La objeción de conciencia al servicio militar y a la prestación social sustitutoria. La respuesta penal», Madrid 1.996, Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J.
- COBO DEL ROSAL/BOIX REIG: «Constitucionalización de los límites penales al derecho de asociación», en *Derecho Penal y Constitución*, 1982.

- CÓRDOBA RODA: «Libertad de asociación y ley penal», en A.D.P., 1977.
- DE LUCAS, Javier, «La Ley de Servicio Civil: las opciones posibles y su fundamento constitucional», en Boletín de Información del M.^o de Justicia, n.^o: 1696 de enero de 1994.
- ESCOBAR ROCA, «La objeción de conciencia en la Constitución Española», Madrid, 1.993, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA: «Asociaciones ilícitas en el Código Penal», Barcelona 1977.
- DEL MISMO AUTOR: «Asociaciones ilícitas. Discriminación racial», en la reforma del Código Penal de 1.983, vol. II, Madrid, 1985.
- GARCÍA RIVAS, «Los delitos de insumisión en la legislación española», en ADPCP, 1984.
- HURTADO ADRIÁN, «Algunas reflexiones sobre los delitos contra el deber de prestar el servicio militar o la prestación social sustitutoria», en Actualidad Penal, n.^o: 28, 1994.
- JIMÉNEZ DÍAZ, «Delitos relativos a la prestación social sustitutoria: su problemática aplicación», CPC, n.^o: 54, 1.994.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Objeción de conciencia e insumisión. Una aproximación desde el derecho penal», en Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J., 1994.
- LANDROVE DÍAZ, «Objeción de conciencia, insumisión y Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LANDROVE: «La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código Penal» en ADP 1972.
- LORENZO SALGADO: «Algunos aspectos de la reforma del Código Penal en materia de asociaciones ilícitas», en Estudios Penales, vol. I; Santiago de Compostela, 1977.
- MANZANARES SAMANIEGO: «Estudio de la Ley Orgánica 4/1.980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación, Madrid, 1982.
- MAQUEDA ABREU: «Sectas y derecho penal», Cuadernos Jurídicos, n.^o 41, 1996.
- MILLÁN GARRIDO, «La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria. Su régimen en el derecho positivo español», Madrid, Tecnos, 1990.
- MORILLAS CUEVAS: «Delitos contra la libertad religiosa», Granada 1977.
- MUÑOZ CONDE, «La objeción de conciencia en derecho penal», en homenaje a Roxin, Barcelona 1996.
- OLIVER ARAUJO, «La objeción de conciencia al servicio militar», Madrid Cívitas-III 1993.

- ORTS BERENGUER: «Inhumaciones ilegales e infanticidio», en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977.
- ORTS BERENGUER: «Reuniones y manifestaciones ilícitas», en *el Derecho Penal del Estado democrático*, Madrid, 1983.
- PERIS RIERA, «Precisiones en torno al régimen penal y disciplinario de la objeción de conciencia», en *Poder Judicial*, n.º: 22, 1991.
- PORTILLA CONTRERAS, «Los delitos de no incorporación y de rehusar el servicio militar», en *Comentarios a la legislación penal*, XVI, Madrid, 1993.
- RAMÍREZ SINEIRO, «El vigente régimen penal de la insumisión», en *Revista General de Derecho*, num. 580-81.
- ROBLEDO VILLAR, «Servicio militar y prestación social sustitutoria. Aspectos generales». *Revista General del Derecho* 1996, pags. 3298 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS: «Aconfesionalidad del Estado y Derecho Penal», en *Derecho penal del Estado democrático*, Madrid, 1983.
- RODRÍGUEZ RAMOS: «Libertades cívicas y derecho penal», Madrid, 1975.
- DEL MISMO AUTOR: «Discriminación punible», en *comentarios a la legislación penal*, vol. II, 1985.
- ROSELL GRANADOS: «Religión y jurisprudencia penal», Madrid 1996.
- SAINZ RUIZ, «La objeción de conciencia al servicio militar», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- SERRANO GÓMEZ: «Delitos contra la libertad de conciencia», en *La Reforma del Código Penal*, 1.983, vol. II, 1985.
- SUAREZ PERTIERRA, «La objeción de conciencia al servicio militar en España», *Anuario de Derechos Humanos*, 1990.
- TAMARIT SUMALLA, «La objeción de conciencia en el Derecho penal», *Cuadernos Jurídicos*, n.º: 2, 1994.
- TAMARIT SUMALLA: «Libertad ideológica y Derecho penal», Barcelona 1989.
- TERRADILLOS BASOCO: «Protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 69, 1983.
- TERUEL CARRALERO: «Los delitos contra la religión entre los delitos contra el Estado», en *ADP* 1960.
- VILA MAYO: «Los delitos contra la religión en el derecho penal español», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria*, Barcelona 1983.
- VIVES ANTÓN: «Reforma política y derecho penal», en *C.P.C*, I, 1977.

5. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales

«En una democracia, el acuerdo no es esencial, la participación, sí.»

(Gene Brown).

El Título XXI del Libro II CP 95, en el que se contienen los delitos contra la Constitución, recoge en su Capítulo V, los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales. A este respecto, como ya hemos precisado con anterioridad, a los efectos de todos los delitos del Capítulo, los conceptos de *«funcionario»* y *«autoridad»*, son los establecidos en el art. 24 CP 95. Según Muñoz Conde, la naturaleza de estos delitos, estriba en la lesión de un conjunto de derechos atribuidos a toda persona, por parte de las autoridades y funcionarios, cuando actúan en representación del poder estatal, de modo que rebasan las facultades que se les ha conferido en relación a dichos derechos. Con estos preceptos, se persigue garantizar el ejercicio de los derechos de la persona frente al ejercicio arbitrario y abusivo del poder de la maquinaria estatal. Por ello, la actividad del funcionario, debe ser necesariamente ejercitada en el ámbito propio de sus funciones, pues si actuara como particular, los preceptos infringidos serían otros, ya que estos delitos son especiales, de modo que *«autor»* en sentido estricto, únicamente puede ser, aquél que tenga las cualidades personales exigidas en el tipo: tener la condición de *«autoridad»* o *«funcionario público»*.

5.1. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales

Recoge la primera Sección los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual.

5.1.1. Entrega ilegal de una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo. Art. 529 CP

Art. 529 CP:

«1. El Juez o Magistrado que entregare una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo, que ilegalmente se la reclame, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si además entregara la persona de un detenido, se le impondrá la pena superior en grado»

Este precepto es manifestación del principio de legalidad imperante en nuestro sistema y recogido en el art. 9 CE, y de la llamada garantía jurisdiccional, que significa que las sentencias no pueden ser dictadas más que por el Tribunal competente (art. 117 CE) y tras cumplimentar todos los requisitos y garantías propias del proceso. Esta garantía, se consagra en el art. 24.2 CE, y se desarrolla en la LOPJ (art. 9.), en la LECrim. (art. 1) y en el Código Penal (art. 3). La garantía jurisdiccional, se transmuta así, en garantía de ejecución que exige que el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia se verifique en el modo exactamente previsto por la ley. El derecho fundamental a la libertad individual, está recogido en el art. 17 CE y se desarrolla en otras leyes, particularmente en la LECrim., regulándose meticulosa y especialmente el régimen de detención y prisión en la Ley General Penitenciaria. El delito es de propia mano y no admite complicidad, ni se exige dolo específico. Basta con el dolo genérico, aunque en su modalidad directa.

5.1.2. Privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Art. 530 CP

Art. 530 CP:

«La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicara o prolongara cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años».

Nos encontramos ante una detención ilegal, que se diferencia del tipo común básico del art. 163 CP 95, en que es cometido por un funcionario público; y se diferencia del tipo agravado común del art.

167 CP 95, en que el funcionario actúa en el curso de una investigación penal. Se trata, por tanto, de un delito especial propio. El ámbito de protección abarca cualquier situación de pérdida de capacidad deambulatoria, no sólo a la detención propiamente dicha. La ilegalidad de la detención ha de entenderse referida fundamentalmente a la inexistencia de supuestos que la justifiquen, lo que ha de ser entendido con criterios de racionalidad y ponderación (STS 16 de octubre de 1993). Constituye una norma incompleta, pues para la determinación de las conductas prohibidas es necesario remitirnos a las normas de la LECrim. que regulan los presupuestos y la forma en que debe practicarse la detención. El CP 95, se refiere a los plazos de 24 y 72 horas impuestos a los funcionarios de policía para comunicar la detención y poner a los detenidos a disposición judicial, y al de 72 horas que la ley impone al Juez para acordar la libertad o prisión. Además de los plazos, la legislación procesal prevé otras garantías, como el derecho a la asistencia médica, a intérprete o a la comunicación de la detención a los familiares o personas que el detenido desee o a la oficina consular. La detención para ser delictiva ha de ser ilegal. Por ello, desde este punto de vista el tipo constituye una norma penal en blanco que remite a leyes no penales para determinar el supuesto de hecho, fundamentalmente los arts. 489 a 504 LECrim. Según la jurisprudencia la consumación se produce en el instante que la persona quede privada de su libertad, a pesar de tratarse de un delito de efectos permanentes. El Tribunal Supremo ha exigido, en muchos casos, la presencia del elemento subjetivo del injusto consistente en la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el funcionario público de que la detención que ordena o realiza es ilegal. Es un delito de propia mano que no admite ni complicidad ni cooperación necesaria; solamente coautoría. No es admisible la tentativa porque es un delito instantáneo que se consuma en el momento en que vence el plazo legal para poner en libertad al privado de ella. Basta el dolo genérico. Cabe la alegación del error y la culpa (art. 532 CP 95, Vázquez Iruzubieta).

- 5.1.3. Incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Art. 531 CP

Art. 531 CP:

«La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicara o prolongara la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Los arts. 506 a 510 y 527 LECrim. constituyen el necesario complemento de esta norma. La incomunicación debe ser interpretada en sentido estricto como la medida que supone la restricción de ciertos derechos para evitar que se ponga en peligro la investigación y que tan sólo puede ser acordada por el Juez o Tribunal a cuya disposición se encuentre el sujeto detenido o preso. De este modo, el art. 506 LECrim. determina que la incomunicación a presos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general deba durar más de cinco días, con la salvedad establecida en el art. 508 que permite una segunda incomunicación que no podrá exceder de más de tres días.

- 5.1.4. Incomunicación y privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales cometida de forma imprudente. Art. 532 CP

Art. 532 CP:

«Si los hechos descritos en los dos artículos anteriores fueran cometidos por imprudencia grave, se castigarán con la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Los dos delitos anteriores pueden ser cometidos por imprudencia. Como señal Vázquez Iruzubieta, la imprudencia ha de ser necesariamente grave, ya que la leve es atípica, manifestándose la gravedad, no sólo por la duración en el tiempo del exceso cometido en el mantenimiento indebido de la privación de libertad o incomunicación, sino también en la modalidad de conducta culposa. En cualquier caso, parece evidente, que el legislador ha querido punibilizar aquellos casos en los que se procede de modo rutinario a la detención sin la realización

del examen conforme al deber exigible al funcionario o autoridad, en torno a la concurrencia en el caso específico, de las circunstancias concretas que justifican la misma.

5.1.5. Imposición a reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o uso de rigor innecesario. Art. 533 CP

Art. 533 CP:

«El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Nos encontramos ante un delito especial en el que el sujeto activo ha de ser un funcionario de centro penitenciario o de centro de protección o corrección de menores. No es necesario que el funcionario tenga atribuida la competencia para imponer la sanción o privación, ya que la ley castiga el rigor innecesario o ilegal aplicado a un preso o menor internado en uno de los centros mencionados. Por rigor innecesario se entiende, aquel que es innecesario conforme a una interpretación hermeneútica del derecho en su totalidad, sin que la necesidad de la conducta para determinados intereses o aspectos concretos del mismo, baste para atribuir a tal acción el carácter de necesaria. Para determinar los límites legales de las privaciones de derechos o el rigor lícito que se debe emplear para mantener la disciplina y el orden, nos hemos de remitir a los reglamentos internos pertinentes de dichas instituciones. Se admite la tentativa. Basta el dolo genérico. El dolo específico del art. 174 CP 95, puede determinar la existencia de un delito de tortura.

5.2. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad

En este apartado, se contienen aquellas conductas de los funcionarios públicos que generan un ataque a los derechos fundamentales de todo ciudadano a fiar la residencia y la intimidad domiciliaria y epis-

tolar reconocidas en los arts. 18 y 19 CE. Todos los tipos presentan la nota común de ocasionar la violación de garantías constitucionales concernientes al bien jurídico «intimidad» mediando una causa por delito. Estas garantías, se protegen triplemente en el CP 95. En primer lugar, de ataques de los particulares (art. 197 y ss.); en segundo lugar, de ataques de autoridades y funcionarios sin que medie causa legal por delito, en los que el sujeto activo se prevale de su cargo (arts. 198 y 204); y en tercer lugar, de los ataques en el seno de una investigación judicial por delito. Pero en este supuesto, no basta con el dato objetivo de la causa por delito, pues es necesario que la vulneración de garantías, acontezca en relación directa con los fines de la investigación; pues en otro caso, se vulnerarán los otros tipos pertenecientes a los otros ámbitos de protección penal de la intimidad mencionada.

5.2.1. Delitos contra la inviolabilidad del domicilio

Art. 534 CP:

«1. Será castigado con las penas de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales:

1.º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.

2.º Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento.

Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro. los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 6 a 12 años y multa de 12 a 24 meses sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación.

2. La autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

La referencia a las garantías constitucionales o legales le confiere una estructura de norma penal en blanco, teniendo que acudir a preceptos extrapenales. La «*entrada*» en el domicilio se regula en el art. 545 y ss. LECrim. (en casos de excepción se confieren otras facultades a las autoridades por la Ley Orgánica 4/1981). El sistema de garantías parte del principio de consentimiento del titular del domicilio y si éste no se otorga o no se encuentra al titular se precisará la intervención de la autoridad judicial que mediante auto motivado, expresará la forma y lugar donde haya de hacerse el registro. Los límites garantistas ceden ante las situaciones de flagrante delito y otros supuestos previstos en el art. 553 LECrim. El consentimiento es elemento de justificación, pero para estar legalmente prestado, no debe mediar engaño, coacción o amenazas, y ha de ser expreso. La acción típica que puede llevarse a cabo de modo directo o mediato consiste en la entrada en el domicilio, sin que pueda equipararse a ella la permanencia en el mismo contra la voluntad expresa del morador luego de haberse penetrado con su consentimiento, que es una conducta atípica. Por otra parte, la jurisprudencia en numerosas ocasiones ha excluido la aplicación del tipo en los casos en que no existía ánimo de violar el domicilio, sino que se había practicado la entrada con otra finalidad distinta.

En el apartado segundo se tipifica el «*registro ilegal*». La problemática es análoga a la anterior, pues también aquí son necesarios el consentimiento del titular o la autorización judicial para justificar la acción, de acuerdo con las garantías legales recogidas en el art. 569 y ss. LECrim. La ilegalidad consistirá en la falta de orden emitida por autoridad competente para practicar el registro, lo que presupone que ha existido una entrada previa al domicilio que puede o no ser constitutiva del delito previsto en el apartado 1.º, lo que supone la subsidiariedad de este apartado respecto de la conducta prevista en el apartado 1.º El segundo párrafo del apartado segundo, contiene un tipo cualificado. El hecho puede estar justificado, si los papeles y efectos deben ser recogidos y unidos al sumario (art. 574 de la LECrim.).

La vejación innecesaria practicada durante un registro lícito (insultos, gestos agraviantes, trato desconsiderado, etc.) se enmarcará dentro de los límites del presente tipo legal. Pero si las vejaciones producen una consecuencia lesiva a las personas o daños a las cosas, deben generar un concurso ideal con el hecho mismo de la vejación. Siendo

falta la vejación leve (art. 620.2.º CP 95), parece lógico que la vejación prevista como delito, sea necesariamente grave o al menos, lo suficientemente importante como para distanciarse de la falta (Vázquez Iruzubieta).

5.2.2. Delito contra la inviolabilidad de la correspondencia

Art. 535 CP:

«La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptara cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior, y, además, la de multa de 6 a 18 meses».

El art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, derecho que puede ser suspendido para los casos de excepción (art. 55 CE y L.O. 4/1981). Contiene el artículo un tipo básico y otro cualificado. El primero contempla la conducta del funcionario público o autoridad que, mediando causa por delito, detiene cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica. Por correspondencia privada, habrá que entender toda comunicación escrita, cerrada, dirigida a destinatario concreto, determinado y existente, de carácter personal, con comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias. No se exige en el tipo básico la apertura de la correspondencia. Ahora bien, la apertura de la correspondencia también debe entenderse como detención o interceptación. Tampoco se exige llegar al conocimiento del contenido de la correspondencia. Se excluye la correspondencia pública u oficial.

El párrafo segundo contiene un tipo cualificado, pues supone un incremento del desvalor del resultado. Efectivamente, si en el tipo básico se atacan la libertad de expresión o comunicación privada, en el cualificado se atacan además, las garantías derivadas del secreto y confidencialidad de la correspondencia. La divulgación o revelación de la

información obtenida a causa de la interceptación, no precisa de un ánimo o dolo específico, y es indiferente que lo que se divulgue sea un contenido escrito, en clave o letra ilegible.

5.2.3. Delito de interceptación de comunicaciones

Art. 536 CP:

«La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediante causa por delito, interceptara las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de 6 a 18 meses».

Esta misma conducta fuera de una causa por delito, es decir, por ataques por particulares, está recogida en el art. 197 CP 95, y si se actúa por autoridad o funcionario público prevaleciendo de su cargo en el art. 198 CP 95. La segunda gran diferencia con estos tipos, aparte del ámbito en que se realiza (una investigación penal) es la desaparición del elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad de descubrir los secretos del perjudicado o vulnerar su intimidad. Ello es debido a que en el art. 536 CP 95, el bien protegido son las garantías constitucionales de las comunicaciones privadas por medios técnicos. El delito se comete pues, independientemente de los fines que se persigan que, en principio, serán los propios de la investigación penal llevada a cabo. El tipo básico sólo exige una acción de interceptación de telecomunicaciones o bien una utilización de los artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación con violación de garantías, no exige el precepto un efectivo conocimiento por parte del funcionario de las conversaciones o mensajes. Por ello, la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la garantía constitucional de libertad de expresión o comunicación privada, incluida en el art. 18.3 CE. El

tipo agravado es una estructura compuesta que exige la concurrencia del tipo básico más el efectivo conocimiento de la información y un acto de revelación o divulgación de la información. El principio básico es el de inviolabilidad de las comunicaciones privadas por medios técnicos. Este principio tiene como límite la autorización judicial. Esta limitación, mencionada en el art. 579 LECrim., se produce específicamente en el seno de una investigación criminal, en el ámbito de la fase instructora o de investigación de un proceso penal.

5.3. Sección 3.^a. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales

5.3.1. Obstaculización del derecho a la asistencia letrada

Art. 537 CP:

«La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

Con la tipificación de este nuevo delito se protege el derecho a la asistencia de abogado así como el derecho a ser informado de las razones de la detención; derechos garantizados en los arts. 17.3 y 24.2 CE y que también cuenta con la cobertura legal del art. 542 LECrim. La referencia genérica a la autoridad o funcionario público sin más especificaciones, convierte en posibles sujetos activos, no únicamente a las autoridades gubernativas o agentes de la policía judicial, sino también a la autoridad judicial y demás funcionarios de instituciones penitenciarias. La conducta tipificada es triple. La primera modalidad, es impedir u obstaculizar el derecho, que cuando el medio consista en violencia o intimidación, producirá un concurso de delitos. La segunda, consiste en procurar o favorecer la renuncia, que parte del carácter irrenunciable de tal derecho. La tercera, consiste en no informar inme-

diata y comprensiblemente de los derechos al detenido y de las razones de la detención, que reproduce la expresión utilizada en el art. 17.3 CE.

5.3.2. Delitos contra la libertad de expresión

Art. 538 CP:

«La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años».

La censura previa está prohibida por el art. 20.2 CE, estando reconocido el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier modo de difusión en el art. 20.1 d). Los hechos recogidos en el precepto han de ser llevados a cabo fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes. La recogida de ediciones, libros, el secuestro de publicaciones, etc., es una de las posibilidades que prevé la L.O. 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. Así, respecto al establecimiento de censura previa, será delito en todo caso, pues no hay ningún supuesto permitido por la Constitución o las leyes. En cuanto a la suspensión o recogida de libros o periódicos sólo es posible en virtud de resolución judicial, según dispone el art. 20.5 CE, garantía que sólo puede ser suspendida «cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio» (art. 55.1 CE). El art. 21.1 L.O. 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, dispone para estas situaciones, que «la autoridad gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales, siempre y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 20 apartados 1.º a) y d) y 5 de la Constitución». La realización de la conducta fuera de tales casos constituye delito. Y a tales conductas, se adiciona, la suspensión de la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, en consecuencia con lo afirmado por la CE.

5.3.3. Delitos relativos a la libertad de asociación

Art. 539 CP:

«La autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima le impida la celebración de sus sesiones, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 8 a 12 años y multa de 6 a 12 meses».

Trata el precepto de la obstaculización del derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, cuyo apartado 4, preceptúa que sólo podrán ser disueltas o suspendidas, en sus actividades, en virtud de resolución judicial motivada. Dos son las conductas punibles, disolver o suspender una asociación e impedir la celebración de sus sesiones. La doctrina considera esta segunda modalidad, como un delito contra el derecho de reunión. Son conductas activas y de resultado, que admiten la tentativa, pero de propia mano, por lo que excluyen la complicidad. El tipo no exige dolo específico. Los medios comisivos pueden ser todos los que sirvan a la consecución del resultado delictivo, incluyendo la fuerza y la violencia o intimidación, que producirán un concurso ideal.

5.3.4. Delitos contra la libertad de reunión

Art. 540 CP:

«La autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las leyes, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años y multa de seis a nueve meses».

Castiga la obstaculización del derecho fundamental de reunión reconocido en el art. 21 CE. Debe entenderse por reunión el concepto constitucional de la misma, es decir, la concurrencia concertada y temporal de diversas personas con una finalidad determinada, sin que sea necesario que el número de componentes sea superior a 20, exigencia prevista en la L.O. 9/1983 reguladora del derecho de reunión. La reunión ha de ser pacífica, al aire libre o en local cerrado. El tipo se reali-

za cuando la prohibición o disolución de la reunión recaiga en alguna que posea la autorización previa en los casos que sea requisito necesario para su legalidad, o sin tal autorización, siempre que se desarrolle pacíficamente.

5.3.5. Expropiación ilegal

Art. 541 CP:

«La autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de 6 a 12 meses».

El artículo es consecuente con el art. 33 CE, según el cual nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes. La normativa extrapenal a la que el art. 541 se remite está constituida por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, según la cual los requisitos necesarios para que la expropiación pueda realizarse son, sustancialmente, la declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de la ocupación y previo pago o depósito del justiprecio. Según Vázquez Iruzubieta, la acción se ejecuta *manu militari*, pues si dimanara de una resolución administrativa, nos encontraríamos ante un delito de prevaricación. El Tribunal Constitucional, en STC 111/1983, de 2 de octubre, ha admitido la constitucionalidad de la expropiación por decreto-ley, entendiendo que tal vía puede utilizarse para expropiar, en supuestos en los que por su excepcionalidad así se justifique, y siempre y cuando no se intente regular por dicho cauce el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I CE, ni se atente contra el contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.

5.3.6. Delitos contra el libre ejercicio de los derechos cívicos

Art. 542 CP:

«Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes».

El artículo es una figura subsidiaria que entra en juego allí donde la conducta no se halle incriminada en otros preceptos de la Sección. El problema fundamental se encuentra en determinar qué debe entenderse por «derechos cívicos». Según la doctrina se trata de una norma penal en blanco, cuyo contenido debe integrarse acudiendo a una norma extrapenal, en este caso, la Constitución. Y así, tanto la doctrina como el Tribunal Supremo, han venido identificándolos, de manera general, con los derechos fundamentales, como dice la jurisprudencia, con los derechos políticos de participación en la vida pública, que equipara a los fundamentales. Sin embargo, la jurisprudencia, ha mantenido una línea expansiva al comprender no sólo los fundamentales, sino otros derechos reconocidos en normas de rango administrativo. A ello se oponen los autores, aduciendo con respecto al CP 95, una interpretación del bien jurídico protegido definido por la rúbrica del Capítulo, delitos cometidos contra las garantías constitucionales, incluido en el Título con la rúbrica delitos contra la Constitución. La discusión se centraría a estimar qué deben considerarse derechos constitucionales amparados, si sólo los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Primero del Título Primero o también otros pertenecientes incluso a la parte orgánica. La mayoría de los autores restringen el ámbito a los derechos constitucionales y de éstos tienen una concepción a efectos penales amplia y no estricta. La frase del artículo que incluye los derechos reconocidos en las leyes se interpreta como alusiva a las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales strictu sensu (STS de 24 de febrero de 1998).

Según señala Soto Nieto, es comúnmente compartido el criterio de que nos hallamos ante una norma general, amplia en su marco aplicativo, infracción residual o subsidiaria, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal. Su aplicación sólo es posible cuando no exista una norma

específica que, con igual inspiración y finalidad, protección de los derechos cívicos impedidos por un funcionario, prevea el ataque en concreto a uno de tales derechos o de una forma determinada (STSS de 8 de febrero y de octubre de 1993, 19 de octubre de 1995 y 24 de febrero de 1998). Es evidente que por muchas proclamas que se efectúen en favor de los derechos cívicos o fundamentales, los mismos quedarían vacíos de contenido si no se estableciese, de manera expresa, la sanción de funcionarios y autoridades que, abusando de su función, impidiesen ejercitarlos.

6. Delito de ultrajes a España

Art. 543 CP:

«Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas, o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de 7 a 12 meses».

El Capítulo VI, bajo este mismo epígrafe, cierra el Título XXI. La acción típica se define con los términos «ofensa» y «ultraje»; según la jurisprudencia y la doctrina «ultraje» equivale a injuria, es decir, a expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otro. Algunos autores estiman que ultraje es algo de mayor entidad que la injuria, o que es una injuria grave. Por «ofensa», debe entenderse algo más que simplemente una falta de respeto.¹⁴⁰ Como símbolos o emblemas deben ser entendidos la bandera de España

140. La STS de 23 de febrero de 1982 estableció que interpretar una canción en público, manifestando que «*si España es mi madre, yo soy un hijo de puta*», constituye delito de ultraje a la Nación española. Arrancar y prender fuego a la bandera nacional que colgaba de los balcones de un Ayuntamiento, y que había sido oficialmente usada por el mismo, constituye este delito (STS de 6 de diciembre de 1985. La STS de 28 de abril de 1989, ha determinado que no constituye delito la devolución de la bandera española al Ministerio de Interior acordada por el Pleno de un Ayuntamiento, «*por ser su presencia no deseable*».

ña, el escudo,¹⁴¹ el himno,¹⁴² y las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas a que alude el art. 4 CE. En todo caso, las ofensas pueden llevarse a cabo por escrito o de hecho, pero han de efectuarse con publicidad. La doctrina, teniendo en cuenta la analogía estructural entre este delito y el de injurias, coincide con la exigencia impuesta por la jurisprudencia, del elemento subjetivo del injusto de animus iniurandi, lo cual permite la exclusión del ámbito del tipo de los comportamientos no presididos por tal específica tendencia interna intensificada. La más grave problemática la presenta con la colisión con el derecho de libre expresión, por lo que los autores estiman que, en esencia, debe constituir la acción una apología o provocación a los delitos de traición o del resto de las figuras contra la Constitución. El delito se comete con dolo genérico y admite la complicidad, pero descarta la tentativa porque mientras los actos de ejecución no se hagan públicos, no abandonan la categoría de actos preparatorios impunes. En cualquier caso, el precepto tal y como aparece redactado, puede concurrir con la libertad de expresión y parece contener una dudosa utilidad práctica.

141. Nada preceptúa el art. 4 CE, respecto a la inclusión en la bandera del Escudo Real (R.D. 2267/82). Escudo Real y no Escudo Constitucional, como vulgarmente se le denomina.

142. Recogido por el Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el Himno Nacional, conocido tradicionalmente como «*Marcha Granadera*» o «*Marcha Real Española*».

ÍNDICE ALFABÉTICO

- A sabiendas, 28
- Abandono
 - Colectivo de servicio público, 42
 - Consumación, 45
 - Individual de destino, 36
- Abogado
 - Deslealtad profesional
 - Defensa de intereses contrapuestos, 238
 - Destrucción, inutilización u ocultación de documentos, 229
 - Perjuicio manifiesto, 240
 - Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
 - Obstrucción a la Justicia
 - Coacción o intimidación, 221
 - Incomparecencia injustificada en causa criminal, 217
 - Presentación de falso testimonio, 209
 - Prevaricación, 236
- Abusos contra la libertad sexual por autoridad o funcionario
 - Acoso sexual, 130
 - Bien jurídico, 129
 - Concurso, 130
 - Conducta, 129
 - Consumación, 130
 - Funcionario de prisiones, centros de protección o corrección, 130
 - Sujeto pasivo, 129
- Acoso sexual, 130
- Actividades prohibidas a funcionarios
 - Actividad profesional o de asesoramiento, 127
 - Bien jurídico, 126
 - Conducta, 127
 - Incompatibilidades, 126
- Acto
 - De culto, 414
 - Injusto, 80
 - Religioso. Impedir, interrumpir o perturbar, 417
- Actuaciones judiciales. Destrucción, inutilización u ocultación, 230
- Acusación y denuncia falsas, 137
 - Ante funcionario, 190
 - Bien jurídico, 188
 - Conciencia de falsedad, 191
 - Concurso, 195
 - Dolo, 188; 191
 - Falta, 194
 - Imputación falsa, 189
 - Penalidad, 194
 - Procedibilidad, 193
 - Requisitos, 189
 - Sujetos, 189
 - Ubicación, 186
 - Verdad, 190

- Administración. Injerencias, 368
- Agravante
 - Acusación y denuncia falsas, 189
 - Cohecho, 83
 - Delitos contra la Corona, 303; 306
- Albaceas. Negociaciones prohibidas, 125
- Alcalde
 - Desobediencia, 47
 - Prevaricación, 28
- Algarada, 271
- Alzamiento, 287
 - Invasión violenta de órganos legislativos, 326
 - Rebelión, 291
- Allanamiento. Delitos contra la Corona, 313
- Amenazas
 - A altas instituciones de la Nación, 357
 - A los ejércitos y Fuerzas de Seguridad, 359
 - Delitos contra la Corona, 315
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 344
 - Perturbación de actos religiosos, 417
- Ánimo de lucro
 - Encubrimiento, 167
 - Malversación, 115
- Antejuicio, 141; 152
- Armas
 - Banda armada, 397
 - Blancas, 185
 - De fuego, 185
 - Ejercicio violento del derecho de petición, 333
 - Objetor de conciencia, 429
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 343
 - Realización arbitraria del propio derecho, 185
 - Rebelión, 283
 - Reuniones y manifestaciones ilícitas, 384
 - Tenencia ilícita, 384; 389
- Arrogación de atribuciones. Véase Delitos contra la división de poderes
- Arrogar, 366
- Artículo CP 1.995
 - 404. Prevaricación mediante resolución arbitraria, 19
 - 405. Nombramiento ilegal de cargo público, 33
 - 406. Aceptación ilegal de cargo público, 35
 - 407. Abandono individual de destino, 35
 - 408. No promover la persecución de delitos, 37
 - 409. Abandono colectivo de servicio público, 42
 - 410. Desobediencia, 46
 - 411. Desobediencia reiterada, 51
 - 412. Denegación de auxilio a la Administración de Justicia u otro servicio público, 52
 - 413. Infidelidad en la custodia de documentos. Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación de documentos, 56
 - 414. Infidelidad en la custodia de documentos. Inutilización de medios para impedir el acceso, 59
 - 415. Infidelidad en la custodia de documentos. Acceso a documentos secretos, 60
 - 416. Infidelidad en la custodia de documentos. Acceso a documentos secretos de modo accidental, 61
 - 417. Violación de secretos, 67
 - 418. Violación de secretos. Aprovechamiento de secreto o información, 71
 - 419. Cohecho pasivo propio mediante acción u omisión constitutiva de delito, 75

- 420. Cohecho pasivo propio mediante acto injusto no constitutivo de delito, 80
- 421. Cohecho pasivo mediante abstención, 81
- 422. Cohecho pasivo de jurados, árbitros, peritos u otras personas, 82
- 423. Cohecho activo, 83
- 424. Cohecho atenuado, 85
- 425. Cohecho pasivo propio, 85
- 426. Cohecho pasivo impropio, 86
- 427. Cohecho. Exclusión de la pena, 87
- 428. Tráfico de influencias ejercidas por funcionario o autoridad, 89
- 429. Tráfico de influencias ejercida por particular, 92
- 430. Tráfico de influencias. Ofrecimiento de influencia a un particular, 93
- 431. Tráfico de influencias. Decomiso de dádivas o regalos, 94
- 432. Malversación propia mediante apropiación, 97
- 434. Malversación propia mediante distracción a aplicación privada, 115
- 435. Malversación impropia, 116
- 437. Exacciones ilegales, 122
- 438. Estafa o apropiación indebida cometida por autoridad o funcionario público, 123
- 439. Negociaciones prohibidas a los funcionarios, 124
- 440. Negociaciones prohibidas a otros sujetos, 125
- 441. Actividades prohibidas a funcionarios, 126
- 442. Uso de secretos o información privilegiada por autoridad o funcionario público, 127
- 443. Abusos contra la libertad sexual solicitada por autoridad o funcionario público, 129
- 444. Abusos contra la libertad sexual por funcionario de instituciones penitencias o centros de protección o corrección, 130
- 445. Diferenciación de los delitos contra la libertad sexual, 131
- 446. Prevaricación judicial dolosa, 144
- 447. Prevaricación judicial imprudente, 150
- 448. Prevaricación judicial. Negativa a juzgar, 151
- 449. Retardo malicioso en la Administración de Justicia, 155
- 450. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, 159
- 451. Encubrimiento, 166
- 452. Encubrimiento. Penalidad. Límites, 178
- 454. Encubrimiento. Exención de pena, 179
- 455. Realización arbitraria del propio derecho, 181
- 456. Acusación y denuncia falsas, 187
- 457. Simulación de delitos, 195
- 458. Falso testimonio de testigo, 202
- 459. Falso testimonio de peritos e intérpretes, 207
- 460. Falso testimonio. Alteración no sustancial de la verdad, 208
- 461. Presentación de testigos, peritos, intérpretes o elementos documentales falsos, 209
- 462. Falso testimonio. Retracción, 211
- 463. Obstrucción a la Justicia. Incomparecencia injustificada que provoca la suspensión del juicio oral en causa criminal, 214
- 464. Obstrucción a la Justicia. Coacción o intimidación a los intervinientes en la causa, 219

465. Deslealtad. Destrucción, inutilización u ocultación de documentos, 228
466. Deslealtad profesional. Revelación de actuaciones procesales secretas, 233
467. Deslealtad profesional de abogados y procuradores frente a sus clientes, 235
468. Quebrantamiento de condena. Tipo básico o autoliberación simple, 244
469. Quebrantamiento de condena. Violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Autoliberación calificada, 246
470. Quebrantamiento de condena. Facilitación de la evasión, 248
472. Rebelión propia, 273
473. Rebelión propia. Inducción, armas, combate y otras circunstancias, 280
474. Rebelión propia organizada con jefes no conocidos, 286
475. Rebelión impropia, 287
476. Rebelión. Favorecimiento o ayuda, 288
477. Rebelión. Provocación, conspiración y proposición, 289
478. Rebelión. Cometida por autoridad, 290
479. Rebelión. Consumación, 291
480. Rebelión. Desistimiento, 293
481. Rebelión. Concurso, 295
482. Rebelión. Autoridades que no resisten la rebelión, 296
483. Rebelión. Funcionarios, 297
484. Rebelión. Aceptación de empleo, 298
485. Delitos contra la Corona. Contra la vida, 305
486. Delitos contra la Corona. Contra la salud e integridad física, 308
487. Delitos contra la Corona. Contra la libertad ambulatoria, 309
488. Delitos contra la Corona. Provocación, conspiración y proposición, 310
489. Delitos contra la Corona. Coacciones, 311
490. Delitos contra la Corona. Allanamiento de morada, 313
490. Delitos contra la Corona. Amenazas, 315
490. Delitos contra la Corona. Contra el honor, 316
491. Delitos contra la Corona. Contra el honor, 317
492. Delitos contra las instituciones del Estado. Obstaculización de las Cortes, nombramiento Tutor o Regente, 323
493. Delitos contra las instituciones del Estado. Invasión violenta de órganos legislativos, 326
494. Delitos contra las instituciones del Estado. Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos, 330
495. Delitos contra las instituciones del Estado. Ejercicio violento del derecho de petición, 332
496. Delitos contra las instituciones del Estado. Injurias a los órganos legislativos, 334
497. Delitos contra las instituciones del Estado. Alteración de las sesiones de los órganos legislativos, 338
498. Delitos contra las instituciones del Estado. Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 342
499. Delitos contra las instituciones del Estado. Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 345

- 500. Delitos contra las instituciones del Estado. Detención ilegal contra parlamentario, 346
- 501. Delitos contra las instituciones del Estado. Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 350
- 502. Delitos contra las instituciones del Estado. Desobediencia a instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 351
- 503. Delitos contra las instituciones del Estado. Invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 354
- 504. Delitos contra las instituciones del Estado. Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación, 357
- 505. Delitos contra las instituciones del Estado. Injurias y amenazas a los ejércitos y Fuerzas de Seguridad, 359
- 506. Delitos contra la división de poderes. Arrogación de atribuciones genérica, 360
- 507. Delitos contra la división de poderes. Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 361
- 508. Delitos contra la división de poderes. Usurpación de atribuciones judiciales, 363
- 509. Delitos contra la división de poderes. Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 367
- 510. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Xenofobia, 372
- 511. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación en servicios públicos, 376
- 512. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación profesional o empresarial, 380
- 513. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Reuniones y manifestaciones ilícitas, 381
- 514. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Reuniones y manifestaciones ilícitas. Penalidad, 385
- 515. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Asociaciones ilícitas, 392
- 516. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Asociaciones ilícitas. Supuesto agravado, 402
- 517. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Asociaciones ilícitas. Tipo atenuado, 405
- 518. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Cooperación con asociación ilícita, 407
- 519. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Asociaciones ilícitas. Formas de participación, 408
- 520. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Asociaciones ilícitas. Disolución y consecuencias accesorias, 408
- 521. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Asociaciones ilícitas. Autoridad, agente o funcionario, 410

522. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Proselitismo ilegal, 414
523. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Perturbación de actos religiosos, 416
524. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Profanación, 418
525. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Escarnio, 420
526. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, 423
527. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Prestación social sustitutoria, 426
528. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos. Prestación social sustitutoria. Alegación falsa, 442
529. Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. Entrega ilegal de causa criminal, 446
530. Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. Privación de libertad con violación de plazos, 447
531. Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. Incomunicación de detenido con violación de plazos, 448
532. Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. Incomunicación y privación de libertad de forma imprudente, 449
533. Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
533. Malversación propia mediante distracción a usos ajenos a la función pública, 113
534. Delitos cometidos por los funcionarios mediando causa por delito. Contra la inviolabilidad domiciliaria, 451
535. Delitos cometidos por los funcionarios mediando causa por delito. Contra la inviolabilidad de la correspondencia, 453
536. Delitos cometidos por los funcionarios mediando causa por delito. Interceptación de comunicaciones, 454
537. Delitos cometidos por los funcionarios. Obstaculización del derecho a la asistencia letrada, 455
538. Delitos cometidos por los funcionarios. Contra la libertad de expresión, 456
539. Delitos cometidos por los funcionarios. Contra la libertad de asociación, 457
540. Delitos cometidos por los funcionarios. Contra la libertad de reunión, 457
541. Delitos cometidos por los funcionarios. Expropiación ilegal, 458
542. Delitos cometidos por los funcionarios. Contra el ejercicio de los derechos cívicos, 458

- 543. Delito de ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, 460
- Asistencia letrada
 - Discriminación, 381
 - Obstaculización, 455
- Asociación, 457
 - Concepto, 394
 - Derecho, 393
 - Discriminación en servicio público, 377
 - Ilícita. Véase Delitos en el ejercicio de los derechos fundamentales
- Atenuante
 - Cohecho, 88
 - Facilitación de evasión, 249
 - Malversación, 112
 - Obstrucción a la Justicia, 223
 - Rebelión. Desistimiento, 295
- Atribuciones
 - Administrativas, 362
 - Arrogación, 363
 - Judiciales. Usurpación, 363
 - Usurpación, 360
- Audiencia Nacional. Delitos contra la Corona, 304
- Autoliberación
 - Cualificada, 246
 - Simple, 244
- Autoridad
 - Abandono colectivo de servicio público, 42
 - Actividades prohibidas, 127
 - Arrogación de atribuciones genérica, 360
 - Asociaciones ilícitas, 410
 - Cohecho, 86
 - Concepto, 12
 - Delitos contra
 - El ejercicio de los derechos cívicos, 459
 - La libertad de asociación, 457
 - La libertad de expresión, 456
 - La libertad de reunión, 457
 - Desobediencia, 46
 - A instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 353
 - Reiterada, 51
 - Detención ilegal contra parlamentario, 348
 - Estafa o apropiación indebida, 123
 - Expropiación ilegal, 458
 - Fraudes, 121
 - Incomunicación con violación de plazos, 449
 - Infidelidad en la custodia de documentos, 57
 - Inutilización de medios para impedir el acceso, 59
 - Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 368
 - Interceptación de comunicaciones mediando causa por delito, 454
 - Malversación propia, 100
 - Negociaciones prohibidas, 124
 - Obstaculización del derecho a la asistencia letrada, 455
 - Omisión del deber de perseguir delitos, 37
 - Órdenes, 46
 - Prevaricación, 18
 - Privación de libertad con violación de plazos, 447
 - Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 345
 - Rebelión, 290
 - No resistir, 296
 - Simulación de delitos, 196
 - Tráfico de influencias, 90
 - Particular, 92
 - Uso de secretos o información privilegiada, 128
 - Violación
 - Correspondencia, 453
 - Domiciliaria, 452

- Secretos, 68
- Banda armada
 - Asociación ilícita, 397
 - Concepto, 397
 - Cooperación, 407
 - Encubrimiento, 177
- Banda terrorista
 - Asociaciones ilícitas, 396
- Bandera, 330; 372; 460
- Bien jurídico
 - Abusos contra la libertad sexual por autoridad o funcionario, 129
 - Actividades prohibidas a funcionarios, 126
 - Acusación y denuncia falsas, 188
 - Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos, 331
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 362
 - Asociaciones ilícitas, 392
 - Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación, 357
 - Cohecho, 73
 - Delitos contra la
 - Administración de Justicia, 136
 - Administración pública, 14
 - Corona, 302
 - División de poderes, 360
 - Deslealtad profesional, 236
 - Detención ilegal contra parlamentario, 347
 - Discriminación en servicios públicos, 377
 - Ejercicio violento del derecho de petición, 333
 - Encubrimiento, 168
 - Escarnio, 420
 - Fraudes, 121
 - Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 368
 - Injurias a los órganos legislativos, 335
 - Injurias y amenazas a los ejércitos y Fuerzas de Seguridad, 359
 - Interceptación de comunicaciones mediando causa por delito, 454
 - Invasión violenta
 - Local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 355
 - Órganos legislativos, 328
 - Negociaciones prohibidas a funcionarios, 124
 - Obstaculización a las Cortes, nombramiento de Tutor o Regente, 325
 - Obstrucción a la Justicia
 - Coacción o intimidación a los intervinientes, 220
 - Represalias, 225
 - Omisión del deber de impedir delitos, 160
 - Perturbación de actos religiosos, 416
 - Prestación social sustitutoria, 429
 - Prevaricación judicial, 140
 - Profanación, 418
 - Quebrantamiento de condena, 243
 - Realización arbitraria del propio derecho, 182
 - Rebelión, 271
 - Secretos o información privilegiada por funcionario, 128
 - Simulación de delitos, 196
 - Usurpación de atribuciones judiciales, 364
 - Violación de
 - Secretos, 68
 - Sepulturas y profanación de cadáveres, 424
 - * Cadáver. Profanación, 425
 - Calumnias, 194
 - A altas instituciones de la Nación, 357

- Contra la Corona, 317
- Xenofobia, 376
- Cámaras Legislativas, 277
- Cargo público
 - Aceptación ilegal, 35
 - Nombramiento ilegal, 34
 - Suspensión, 33
- Caudales o efectos públicos, 95
 - Concepto, 102; 108
 - Perjuicios, 97
 - Rebelión, 285
- Cenizas humanas. Profanación, 425
- Censura previa, 456
- Clausura
 - Asociación ilícita, 409
 - Tráfico de influencias, 93
- Coacciones
 - A la Corona, 311
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 342
 - Obstrucción a la Justicia, 219
 - Proselitismo ilegal, 415
- Cohecho
 - Activo, 83
 - Consumación, 83
 - Inducción o tentativa, 83
 - Atenuado, 85
 - Atenuado. Relación de parentesco, 85
 - Bien jurídico, 73
 - Competencia, 75
 - Exclusión de la pena, 87
 - Naturaleza, 72
 - Pasivo
 - Impropio, 86
 - Jurados, árbitros, peritos u otras personas, 82
 - Mediante abstención, 81
 - Pasivo propio
 - Acción u omisión constitutiva de delito
 - Consumación, 79
 - Dádiva o presente, 76
 - Quantum, 77
 - Dolo, 79
 - Participación, 79
 - Provecho propio o de tercero, 75
 - Consumación, 75
 - Acto injusto no constitutivo de delito
 - Acto injusto, 80
 - Falta, 81
- Combate, 284
- Comisión de investigación, 352
 - Falso testimonio, 354
- Comunicaciones. Interceptación, 454
- Comunidad Autónoma
 - Alteración de las sesiones de los órganos legislativos, 339
 - Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos, 331
 - Banderas y enseñas, 461
 - Coacciones y amenazas a los parlamentarios, 342
 - Detención ilegal contra parlamentario, 347
 - Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 351
 - Incomparecencia ante Comisión de investigación, 352
 - Injurias a Asamblea Legislativa, 336
 - Invasión violenta de órganos legislativos, 327
 - Invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 355
 - Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 346
 - Rebelión, 279
 - Ultrajes u ofensas, 461
- Concurso
 - Abusos contra la libertad sexual por autoridad o funcionario, 130

- Acusación y denuncia falsas, 195
- Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación, 358
- Delitos contra la Corona. Allanamiento de morada, 315
- Denegación de auxilio, 54
- Obstaculización a las Cortes, nombramiento Tutor o Regente, 326
- Obstrucción a la Justicia, 223
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad, 32
- Prevaricación judicial dolosa, 149
- Realización arbitraria del propio derecho, 186
- Rebelión, 296
- Simulación de delitos, 201
- Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, 426
- Concusión, 122
- Confesión religiosa, 415
- Congreso Diputados. Invasión violenta, 326
- Consejo de Ministros. Invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 355
- Conspiración
 - Asociaciones ilícitas, 408
 - Delitos contra la Corona, 310
 - Rebelión, 289
- Consumación
 - Abandono colectivo de servicio público, 45
 - Abusos contra la libertad sexual por autoridad o funcionario, 130
 - Alteración de las sesiones de los órganos legislativos, 340
 - Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos, 331
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 363
 - Arrogación de atribuciones genérica, 361
 - Cohecho, 83
 - Pasivo propio, 76; 79
 - Delitos contra la Corona. Allanamiento de morada, 314
 - Ejercicio violento del derecho de petición, 334
 - Fraudes, 121
 - Infidelidad en la custodia de documentos, 60
 - Invasión violenta
 - Local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 355
 - Órganos legislativos, 328
 - Negociaciones prohibidas a funcionarios, 125
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 344
 - Obstrucción a la Justicia, 225
 - Privación de libertad con violación de plazos, 448
 - Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 346
 - Rebelión, 272
 - Impropia, 288
 - Simulación de delitos, 199
 - Tráfico de influencias. Ofrecimiento, 94
 - Uso de secretos o información privilegiada por funcionario, 128
 - Violación de secretos, 70
- Consumidores, 381
- Contribuciones, 285
- Corporación, 377
- Correspondencia, 453
- Cortes Generales
 - Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos, 331
 - Coacciones y amenazas a sus miembros, 342

- Comisión de investigación. Incom-
parecencia, 352
- Detención ilegal contra parlamenta-
rio, 347
- Injurias, 336
- Invasión violenta, 326
- Inviolabilidad, 325; 328
- Obstaculización al nombramiento de
Tutor o Regente, 324
- Quebrantamiento de la inviolabilidad
de los órganos legislativos, 346
- Curadores, 125
- Custodia funcional, 57
- Dádivas
 - Cohecho, 73
 - Decomiso, 94
 - Tráfico de influencias, 93
- Deber de
 - Actuar, 161
 - Cooperación, 53; 54
 - Custodia, 95
 - Denuncia, 289
 - Fidelidad e integridad, 95
 - Perseguir delitos, 37
 - Prestar colaboración, 202
 - Sigilo, 56
 - Violación de secretos, 70
 - Solidaridad, 161
- Decomiso. Dádivas o regalos, 94
- Defensa nacional, 61
- Defensor del Pueblo. Desobediencia,
353
- Dejación
 - Funciones públicas, 37
 - Malversación, 102
- Delito de
 - Abandono individual de destino.
Véase Abandono
 - Abusos contra la libertad sexual por
funcionario. Véase Abusos contra
la libertad sexual...
 - Acusación y denuncia falsas. Véase
Acusación y denuncia falsas
 - Cohecho. Véase Cohecho
 - Denegación de auxilio. Véase Dene-
gación de auxilio
 - Desobediencia, 46. Véase Desobe-
diencia
 - Encubrimiento. Véase Encubrimiento
 - Exacciones ilegales. Véase Exaccio-
nes ilegales
 - Falso testimonio. Véase Falso testi-
monio
 - Fraudes. Véase Fraudes
 - Infidelidad en la custodia de docu-
mentos. Véase Infidelidad en la
custodia de documentos
 - Malversación. Véase Malversación
 - Negociaciones y actividades prohibi-
das a funcionarios. Véase Nego-
ciaciones/actividades prohibidas
 - Obstrucción a la Justicia. Véase
Obstrucción a la Justicia
 - Omisión del deber perseguir delitos.
Véase Omisión del deber de per-
seguir delitos
 - Omisión del deber de impedir deli-
tos. Véase Omisión del deber de
impedir delitos
 - Prevaricación judicial. Véase Preva-
ricación judicial
 - Quebrantamiento de condena. Véase
Quebrantamiento de condena
 - Realización arbitraria del propio de-
recho. Véase Realización arbitra-
ria del propio derecho
 - Rebelión. Véase Rebelión
 - Simulación de delitos. Véase Simu-
lación de delitos
 - Tráfico de influencias. Véase Tráfico
de influencias
 - Uso de secretos o información privi-
legiada por funcionario. Véase Se-
cretos e información privilegiada
 - Violación de secretos. Véase Viola-
ción de secretos

- Delito de ultrajes a España, 460
 - Complicidad, 461
 - Comunidades Autónomas, 461
 - Dolo, 461
 - Libertad de expresión, 461
 - Ofensa y ultraje, 460
 - Publicidad, 461
 - Símbolos o emblemas, 460
- Delitos cometidos por los funcionarios
 - Contra el ejercicio de los derechos cívicos, 458
 - Contra la libertad de asociación, 457
 - Contra la libertad de expresión, 456
 - Contra la libertad de reunión, 457; 458
 - Expropiación ilegal, 458
 - Justiprecio, 458
 - Prevaricación, 458
 - Libertad de asociación, 457
 - Mediando causa por delito
 - Contra la inviolabilidad de la correspondencia, 453
 - Contra la inviolabilidad domiciliaria, 451; 452
 - Interceptación de comunicaciones, 454
 - Obstaculización del derecho a la asistencia letrada, 455
- Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales
 - Entrega ilegal de causa criminal, 447
 - Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
 - Incomunicación de detenido con violación de plazos, 449
 - Privación de libertad con violación de plazos, 448
 - Forma imprudente, 449
- Delitos contra la Administración de Justicia
 - Antecedentes y regulación, 135
 - Bien jurídico, 136
 - Encubrimiento, 167
 - Falso testimonio, 202
 - Jurisdicción militar, 138
 - Omisión del deber de impedir delitos, 160
 - Omisión del deber de promover la persecución de delitos, 165
 - Prevaricación judicial, 138
 - Realización arbitraria del propio derecho, 181
- Delitos contra la Administración de Justicia Militar, 138
- Delitos contra la administración pública
 - Bien jurídico, 14
 - Prevaricación de funcionario público y autoridad, 18
- Delitos contra la Constitución, 269
 - Cometidos por funcionarios públicos, 446
 - Rebelión, 269
- Delitos contra la Corona, 299
 - Allanamiento de morada
 - Concurso, 315
 - Consumación, 314
 - Entrar o mantenerse, 314
 - Funcionario público, 315
 - Morada, 313
 - Penalidad, 314
 - Violencia o intimidación, 314
 - Amenazas, 315
 - Antecedentes, 299
 - Bien jurídico, 302
 - Coacciones, 311
 - Diferencias con amenazas, 312
 - Impedir, 312
 - Violencia e intimidación, 312
 - Competencia, 304
 - Conocimiento previo, 299; 303
 - Contra el honor
 - Bien jurídico, 320
 - Calumnias e injurias, 319
 - Exceptio veritatis, 322

- Gravedad, 321
- Libertad de expresión, 318
- Contra la libertad ambulatoria
 - Concurso, 310
 - Encierro o detención, 310
- Contra la vida, 305
 - Agravantes, 306
 - Desistimiento, 306
 - Matar, 307
 - Tentativa, 306
- Lesma majestad, 300
- Ley especial, 299; 303
- Prevalimiento, 303
- Provocación, conspiración y proposición, 310
- Sujetos pasivos, 303
- Ubicación, 301
- Delitos contra la división de poderes
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 362; 363
 - Modalidades, 363
 - Arrogación de atribuciones genérica, 360
 - Carecer de atribuciones legislativas, 361
 - Disposición general, 361
 - Arrogación de facultades, 360
 - Bien jurídico, 360
 - Impedir la ejecución de resolución judicial, 365
 - Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración
 - Bien jurídico, 368
 - Conflicto jurisdiccional, 368
 - Inhibición, 368
 - Penalidad, 369
 - Sujetos, 368
 - Usurpación de atribuciones, 360
 - Usurpación de atribuciones judiciales
 - Atentar independencia, 366
 - Bien jurídico, 364
 - Conductas, 365
 - Dolo, 367
 - Elemento subjetivo, 366
 - Instrucción, orden o intimación, 367
 - Penalidad, 366
 - Sujeto pasivo, 365
- Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos
- Escarnio
 - Bien jurídico, 420
 - Conducta, 421
 - Documento, 423
 - Dolo, 420
 - Medios, 421
 - Requisitos, 421
 - Vejación pública, 422
- Perturbación de actos religiosos, 416
 - Bien jurídico, 416
 - Dolo, 417
 - Impedir, interrumpir o perturbar, 417
 - Lugar destinado al culto, 417
 - Violencia, amenaza o tumulto, 417
- Prestación social sustitutoria, 427
 - Alegación falsa, 442
 - Bien jurídico, 429
 - Conducta, 437
 - Doctrina, 432
 - Dolo, 437
 - Insumisión, 438
 - Normativa, 431
 - Objeción de conciencia, 430
 - Objetor, 436
 - Penalidad, 439
- Profanación, 418
 - Bien jurídico, 418
 - Conducta, 418
- Proselitismo ilegal, 415
 - Coacciones, 416
 - Confesión religiosa, 415

- Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, 423
- Bien jurídico, 424
- Cadáver o cenizas, 425
- Concurso, 426
- Dolo, 424
- Inhumación/exhumación, 424
- Urna, panteón, lápida o nicho, 425
- Violación de sepulcros, 424
- Violencia o intimidación, 415
- Delitos contra las instituciones del Estado
 - Alteración de las sesiones de los órganos legislativos
 - Acción, 339
 - Alteración grave, 340
 - Consumación, 340
 - Cortes Generales, 339
 - Dolo, 340
 - Medios, 339
 - Perturbación no grave, 341
 - Sujetos, 339
 - Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos
 - Bien jurídico, 331
 - Consumación, 331
 - Lugar, 331
 - Manifestación, 330
 - Penalidad, 332
 - Promover, dirigir o presidir, 330
 - Sujeto activo, 331
- Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación, 357
 - Bien jurídico, 357
 - Concurso, 358
 - Exceptio veritatis, 358
 - Penalidad, 358
- Desobediencia a instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 352
 - Falso testimonio, 354
 - Negar o dilatar envío de informe, 353
 - Penalidad, 353
 - Sujeto, 353
- Detención ilegal contra parlamentario, 347
 - Bien jurídico, 347
 - Dolo, 349
 - Penalidad, 350
 - Requisitos, 347
 - Sujetos, 348
- Ejercicio violento del derecho de petición, 332
 - Acción, 333
 - Arma o instrumento peligroso, 333
 - Bien jurídico, 333
 - Consumación, 334
 - Dolo, 334
 - Promover, dirigir o presidir, 334
 - Sujetos, 334
- Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 350
 - Penalidad, 351
 - Sujetos, 351
 - Supplicatorio, 350
- Injurias a los órganos legislativos
 - Animus injuriandi, 336
 - Bien jurídico, 335
 - Elementos, 336
 - Exceptio veritatis, 337
 - Gravedad, 338
 - Libertad de expresión, 338
 - Medios o modos, 337
 - Sujetos, 336
- Injurias y amenazas a los ejércitos y Fuerzas de Seguridad
 - Bien jurídico, 359
 - Exceptio veritatis, 360
- Invasión violenta de Órganos legislativos
 - Alzamiento, 326

- Bien jurídico, 328
- Comunidad Autónoma, 327
- Consumación, 328
- Intimidación, 327
- Invadir, 326
- Sujetos, 327
- Invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad
 - Acción, 355
 - Bien jurídico, 355
 - Consumación, 355
 - Dolo, 356
 - Penalidad, 356
 - Sujetos, 355
- Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios
 - Acción, 344
 - Consumación, 344
 - Dolo, 344
 - Medios, 343
 - Sujetos, 344
- Obstaculización a las Cortes, nombramiento Tutor o Regente, 324
 - Bien jurídico, 325
 - Concurso, 326
 - Medios, 325
 - Penalidad, 326
 - Sujetos, 325
- Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 345
 - Consumación, 346
 - Sujeto, 345
- Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, 369
 - Asociaciones ilícitas, 392
 - Actos preparatorios, 408
 - Alteración o control de la personalidad, 399
 - Bandas armadas o terroristas, 396; 403; 404
 - Integrantes, 404
 - Promotores y directores, 404
- Bien jurídico, 392
- Consecuencias accesorias, 409
- Cooperación, 407
- Disolución, 409
- Finalidad inicial no delictiva, 395
- Fundadores, directores y presidentes, 406
- Medios violentos, 398
- Miembros activos, 406
- Paramilitar, 400
- Promover o incitar discriminación, 401
- Propósito criminal, 395
- Secretas o clandestinas, 394
- Discriminación en servicios públicos, 376
 - Bien jurídico, 377
 - Colectivo, 379
 - Por funcionario, 379
 - Por particular, 377
- Discriminación profesional o empresarial, 380
 - Sujetos, 380
- Reuniones y manifestaciones ilícitas, 381
 - Actos de violencia, 389
 - Armas, explosivos..., 384
 - Asistencia, 388
 - No impedir, 387
 - Para perpetrar delitos, 383
 - Penalidad, 386
 - Promotores o directores, 387
- Ubicación, 370
- Xenofobia
 - Difundir informaciones injuriosas, 375
 - Acción, 376
 - Calumnia, 376
 - Injuria, 375
 - Penalidad, 376
 - Libertad de expresión, 373

- Medios, 374
- Provocación, 373
- Delitos. No promover su persecución, 37
- Denegación de auxilio
 - A la Administración de Justicia u otro servicio público, 53
- Concurso, 54
- Deber de cooperación, 53
- Dolo, 55
- Elementos, 54
- Requerimiento de un particular, 54
- Depositorio
 - Aceptación del cargo, 119
 - Malversación impropia, 116
 - Quebrantamiento de depósito, 117
- Derecho
 - Asociación, 392; 457
 - Cívico, 459
 - Huelga, 43
 - Petición, 332
 - Reunión, 330; 457. Véase Delitos cometidos por los funcionarios
 - Reunión y manifestación, 382
- Deslealtad profesional, 213
- De abogados y procuradores frente a sus clientes
 - Bien jurídico, 236
 - Defensa o representación de intereses contrapuestos, 238
 - Dolo, 240
 - Requisitos, 239
- Perjuicio manifiesto, 240
 - Dolo, 242
 - Imprudencia grave, 242
 - Perjuicio, 241
- Destrucción, inutilización u ocultación de documentos
 - Abogados y Procuradores, 229
 - Acción, 230
 - Actuaciones judiciales, 230
 - Comisión por omisión, 231
 - Dolo, 232
 - Graduado social, 229
 - Otros sujetos, 230
 - Penalidad, 232
- Revelación de actuaciones procesales secretas
 - Abogado o Procurador, 233
 - Acción, 234
 - Actuaciones secretas, 232
 - Juez, Magistrado o Funcionarios judiciales, 234
 - Por particular, 235
- Desobediencia
 - A instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 353
 - Autoridad o Funcionario público, 46
 - Causa de justificación, 50
 - Dolo, 50
 - Negativa, 48
 - Reiterada, 51
 - Resolución judicial u orden, 47; 50
- Detención ilegal, 348.
 - Privación de libertad con violación de plazos, 447
- Detenido
 - Incomunicación con violación de plazos, 448
 - Privación de libertad con violación de plazos, 447
- Deuda, 183
- Diputados
 - Detención ilegal, 347
 - Detención o retención, 325
 - Imputación o procesamiento ilegal, 351
 - Inviolabilidad, 328
- Discriminación, 372
 - Asociaciones ilícitas, 401
 - Colectiva, 379
 - Interdicción, 377
 - Profesional o empresarial, 380
 - Servicios públicos, 377
- Disposición general, 361
- División de poderes. Véase Delitos contra la división de poderes

- Documentos, 56. Véase Infidelidad en la custodia de documentos
- Destrucción, inutilización u ocultación, 230
- Escarnio, 423
- Falsos. Presentación, 209
- Dolo
 - Acusación y denuncia falsas, 188
 - Alteración de las sesiones de los órganos legislativos, 340
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 363
 - Arrogación de atribuciones genérica, 361
 - Asociaciones ilícitas, 403
 - Cohecho pasivo propio, 79
 - Denegación de auxilio, 55
 - Deslealtad profesional
 - De abogados y procuradores frente a sus clientes, 240
 - Perjuicio manifiesto, 242
 - Destrucción, inutilización u ocultación de documentos, 232
 - Desobediencia, 50
 - Detención ilegal contra parlamentario, 349
 - Ejercicio violento del derecho de petición, 334
 - Entrega ilegal de causa criminal, 447
 - Escarnio, 420
 - Falso testimonio, 205; 207; 211
 - Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
 - Infidelidad en la custodia de documentos, 58
 - Inutilización de medios para impedir el acceso, 60
 - Invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 356
 - Malversación propia mediante apropiación, 102
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 344
 - Obstrucción a la Justicia
 - Coacción o intimidación a los intervinientes, 223
 - Represalias, 227
 - Omisión del deber de impedir delitos, 164
 - Perturbación de actos religiosos, 417
 - Prestación social sustitutoria, 437
 - Prevaricación judicial dolosa, 145
 - Privación de libertad con violación de plazos, 448
 - Quebrantamiento de condena, 245
 - Realización arbitraria del propio derecho, 183
 - Rebelión, 275
 - Tráfico de influencias, 89
 - Ultrajes a España, 461
 - Usurpación de atribuciones judiciales, 367
 - Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, 424
- Ejército. Injurias y amenazas, 359
- Embargo. Malversación impropia, 116
- Emblemas, 460
- Encubrimiento, 137
 - Autoencubrimiento, 180
- Auxilio para el beneficio de los autores o cómplices, 172
- Conocimiento, 174
- Bien jurídico, 168
- Conocimiento de la comisión de un delito, 169
- Dolo, 170
- Exención, 179
- Favorecimiento personal
 - Abusar, 178
 - Abuso de funciones públicas, 176
 - Conducta, 177
 - Funcionario público, 178
 - Hecho encubierto, 175
 - Terrorismo/banda armada, 177

- Favorecimiento real/personal, 172
- Intervención posterior, 171
- No haber intervenido en el delito, 171
- Ocultación del cuerpo, efectos o instrumentos del delito, 174
- Penalidad, 178
- Requisitos, 169
- Escarnio. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...
- Estado de sitio, 138
- Estafa o apropiación indebida por autoridad o funcionario
 - Abuso del cargo, 123
 - Competencia, 123
- Estragos, 284
- Evasión, 248
- Exacciones ilegales, 122
 - Delito de concusión, 122
 - Diferencias con cohecho, 123
- Exceptio veritatis, 322
 - Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación, 358
 - Injurias a los órganos legislativos, 337
 - Injurias y amenazas a los ejércitos y Fuerzas de Seguridad, 360
- Excusa absolutoria. Rebelión, 294
- Exhumación, 424
- Explosivos
 - Bandas armadas, 397
 - Reuniones y manifestaciones ilícitas, 384
 - Tenencia ilícita, 384
- Expropiación ilegal. Véase Delitos cometidos por los funcionarios
- Falsedad. Acusación y denuncia falsas, 191
- Falso testimonio, 137
 - Alteración no sustancial de la verdad, 208
 - Derecho a no declarar, 204
- Peritos e intérpretes
 - Dolo, 207
 - Inhabilitación, 207
- Perseguibilidad, 206
- Presentación, 209
 - Conducta, 210
 - Dolo, 211
 - Por colaboradores con la Administración de Justicia, 211
- Retractación, 211
- Testigo, 203
 - Acción, 205
 - Ante Tribunales Internacionales, 206
 - Contra el reo, 206
 - Dolo, 205
- Fiscal
 - Obstrucción a la Justicia. Incomparecencia injustificada en causa criminal, 217
 - Presentación de falso testimonio, 209
 - Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
- Fraudes
 - Bien jurídico, 121
 - Competencia, 121
 - Conducta, 121
 - Consumación, 121
 - Participación, 121
 - Sujetos, 121
- Fuerza en las cosas
 - Quebrantamiento de condena, 247
 - Realización arbitraria del propio derecho, 184
- Fuerzas Armadas. Rebelión, 279
- Fuerzas de seguridad. Injurias y amenazas, 359
- Funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección
 - Abusos sexuales, 130
 - Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450

Funcionario público

Abandono

Colectivo, 42

Individual, 36

Actividades prohibidas, 127

Arrogación de atribuciones genérica, 361

Asociaciones ilícitas, 410

Cohecho, 72

Activo, 83

Denuncia, 87

Concepto, 12

Custodia funcional, 57

Deber de fidelidad e integridad, 95

Delitos contra

El ejercicio de los derechos cívicos, 459

La Corona, 315

La libertad de asociación, 457

La libertad de expresión, 456

La libertad de reunión, 457

Denegación de auxilio, 53

Derecho de huelga, 45

Desobediencia, 46

A instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 353

Reiterada, 51

Detención ilegal contra parlamentario, 348

Discriminación en servicios públicos, 379

Encubrimiento, 178

Estafa o apropiación indebida, 123

Exacciones ilegales, 122

Expropiación ilegal, 458

Fraudes, 121

Incomunicación con violación de plazos, 449

Infidelidad en la custodia de documentos, 57

Inutilización de medios para impedir el acceso, 60

Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 368

Integridad, 72

Interceptación de comunicaciones mediando causa por delito, 454

Malversación propia, 100

Mediante distracción a usos ajenos a la función pública, 113

Negociaciones prohibidas, 124

Obstaculización del derecho a la asistencia letrada, 455

Omisión del deber de perseguir delitos, 37

Prevaricación, 18

Privación de libertad con violación de plazos, 447

Quebrantamiento de condena. Facilitación de la evasión, 249

Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 345

Rebelión, 297

Requisitos, 12

Simulación de delitos, 196

Tráfico de influencias, 90

Particular, 92

Uso de secretos o información privilegiada, 128

Violación

Correspondencia, 453

Domiciliaria, 452

Secretos, 68

Funciones públicas

Abandono, 36

Abuso, 128

Dejación, 37

Encubrimiento, 176

Negociaciones prohibidas a funcionarios, 125

Usurpación, 12; 34

Fundación, 377

Garante

Malversación, 100

- Omisión del deber de impedir delitos, 161
- Rebelión. Favorecimiento o ayuda, 288
- Garantía jurisdiccional, 447
- Gobierno. Rebelión, 278
- Graduado social
 - Deslealtad profesional, 229
 - Presentación de falso testimonio, 209
- Guardia Civil. Injurias y amenazas, 359
- Himno, 461
- Holocausto, 373
- Huelga, 43
- Imprenta
 - Escarnio, 422
 - Xenofobia, 374
- Incomunicación, 449
- Infidelidad en la custodia de documentos, 56
 - Acceso a documentos secretos, 60
 - Defensa nacional, 61
 - Documento secreto, 60
 - Acceso a documentos secretos de modo accidental
 - Autores, 62
 - Responsabilidad, 67
 - Concepto de documento, 56
 - Inutilización de medios para impedir el acceso, 59; 60
 - Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación, 56; 58
 - Custodia funcional, 57
 - Delito de riesgo, 57
 - Dolo, 58
 - Sujetos, 57
- Información, 69
 - Privilegiada, 71
 - Secretos o información por funcionario, 128
- Inhabilitación absoluta
 - Abandono individual de destino, 36
 - Abusos contra la libertad sexual por autoridad o funcionario, 129
 - Abusos contra la libertad sexual por funcionario de prisiones, centros de protección o corrección, 130
 - Contra la libertad de expresión, 456
 - Encubrimiento, 178
 - Malversación propia mediante apropiación, 97
 - Prestación social sustitutoria, 439
 - Prevaricación judicial dolosa, 144
 - Rebelión, 281
 - Aceptación de empleo, 298
 - Favorecimiento o ayuda, 288
 - Impropia, 287
 - Por autoridad, 290
 - Inhabilitación especial
 - Infidelidad en la custodia de documentos
 - Acceso a documentos secretos, 60
 - Inhabilitación especial
 - Arrogación de atribuciones genérica, 360
 - Asociaciones ilícitas, 410
 - Bandas armadas, 402
 - Cohecho pasivo mediante abstención, 81
 - Cohecho pasivo propio, 75; 80; 86
 - Cooperación con asociación ilícita, 407
 - Delitos contra
 - El ejercicio de los derechos cívicos, 459
 - La libertad de asociación, 457
 - La libertad de reunión, 457
 - Denegación de auxilio a la Administración de Justicia u otro servicio público, 52
 - Deslealtad profesional
 - De abogados y procuradores frente a sus clientes, 236
 - Destrucción, inutilización u ocultación de documentos, 228

- Desobediencia, 46
 - Reiterada, 51
- Detención ilegal contra parlamentario, 347
- Discriminación en servicios públicos, 377
- Encubrimiento, 178
- Entrega ilegal de causa criminal, 447
- Estafa o apropiación indebida, 123
- Expropiación ilegal, 458
- Falso testimonio de peritos e intérpretes, 207
- Fraudes, 121
- Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
- Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 350
- Incomunicación de detenido con violación de plazos, 449
- Infidelidad en la custodia de documentos, 59
- Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 368
- Interceptación de comunicaciones mediando causa por delito, 454
- Inviolabilidad domiciliaria mediando causa por delito, 451
- Malversación propia mediante distracción a aplicación privada, 115
- Negociaciones prohibidas
 - A funcionarios, 124
 - A otros sujetos, 125
- No promover la persecución de delitos, 37
- Obstaculización del derecho a la asistencia letrada, 455
- Obstrucción a la Justicia, 214
- Prevaricación judicial
 - Dolosa, 144
 - Imprudente, 150
 - Negativa a juzgar, 151
 - Retardo malicioso, 155; 158
- Prevaricación mediante resolución arbitraria, 19
- Privación de libertad con violación de plazos, 447
- Quebrantamiento
 - Condena, 249
 - Inviolabilidad de los órganos legislativos, 345
- Rebelión, 281
 - Funcionarios, 297
- Revelación de actuaciones procesales secretas, 233
- Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación de documentos, 56
- Tráfico de influencias, 90
- Uso de secretos o información privilegiada por funcionario, 128
- Usurpación de atribuciones judiciales, 364
- Violación
 - Correspondencia, 453
 - Secretos, 68
- Inhumación, 424
- Injurias
 - A altas instituciones de la Nación, 357
 - A los ejércitos y Fuerzas de Seguridad, 359
 - Delitos contra la Corona, 319
 - Escarnio, 422
 - Órganos legislativos, 335
 - Xenofobia, 375
- Inmunidad parlamentaria, 347
 - Supplicatorio, 350
- Insumisión. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...
- Insurgencia. Véase Rebelión
- Interdicción
 - De la arbitrariedad, 435
 - Discriminación, 377
- Intérprete
 - Falso testimonio, 207

- Presentación, 210
- Obstrucción a la Justicia, 214
- Coacción o intimidación, 220
- Intimidación
 - Delitos contra la Corona, 312
 - Invasión violenta de órganos legislativos, 327
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 343
 - Obstrucción a la Justicia, 221
 - Proselitismo ilegal, 415
 - Quebrantamiento de condena, 247
 - Realización arbitraria del propio derecho, 184
- Invadir, 326
- Inviolabilidad
 - Asambleas legislativas, 328
 - Correspondencia. Véase Delitos cometidos por los funcionarios mediando causa por delito
 - Domiciliaria. Véase Delitos cometidos por los funcionarios públicos mediando causa por delito
 - Órganos legislativos, 345
- Jefe del Estado. Véase Delitos contra la Corona
- Jeringuillas, 185
- Juez
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 362
 - Entrega ilegal de causa criminal, 447
 - Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 351
 - Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 368
 - Obstrucción a la Justicia. Incomparecencia injustificada en causa criminal, 218
 - Prevaricación, 18
 - Prevaricación judicial, 140
 - Negativa a juzgar, 152
- Retardo malicioso, 155
- Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
- Usurpación de atribuciones judiciales, 365
- Jurado. Véase Tribunal del Jurado
- Jurados. Cohecho pasivo, 82
- Justiprecio, 458
- Lápida, 425
- Libertad
 - Ambulatoria. Delitos contra la Corona, 310
 - Conciencia, 430. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...
 - Culto, 416
 - Expresión
 - Delito cometido por autoridad o funcionario, 456
 - Delitos contra la Corona, 318
 - Finalidad discriminatoria, 373
 - Injurias a los órganos legislativos, 338
 - Ultrajes a España, 461
 - Información. Xenofobia, 375
 - Religiosa y de culto, 411
 - Sexual, 130
- Magistrado
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 362
 - Entrega ilegal de causa criminal, 447
 - Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 351
 - Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 368
 - Obstrucción a la Justicia. Incomparecencia injustificada en causa criminal, 218
 - Prevaricación, 18
 - Prevaricación judicial, 140
 - Negativa a juzgar, 152
 - Retardo malicioso, 155

- Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
- Usurpación de atribuciones judiciales, 365
- Malicia
 - Acusación y denuncia falsas, 191
 - Prevaricación, 157
- Malversación impropia
 - Acto de disposición, 120
 - Ámbito, 116
 - Depositario, 116
 - Embargo, secuestro o depósito de caudales, 116
 - Obligación de custodia, 120
 - Quebrantamiento de depósito, 117
 - Requisitos, 119
- Malversación propia
 - Bien jurídico, 95
 - Caudales o efectos públicos, 95
 - Concepto de malversación, 95
 - Deber de custodia, 95
 - Distracción a aplicación privada
 - Ánimo de lucro, 115
 - Competencia, 115
 - Distracción a usos ajenos a la función pública
 - Arrepentimiento espontáneo, 114
 - Competencia, 113
 - Peculado de uso, 113
 - Reintegro, 113
- Mediante apropiación
 - Caudal o efecto público, 102
 - Comisión por omisión, 102
 - Competencia, 98
 - Dejación, 102
 - Dolo, 102
 - Objetos de valor histórico-artístico, 112
 - Participación, 111
 - Por razón de sus funciones, 110
 - Restitución de lo sustraído, 112
 - Subtipo agravado, 112
 - Sujetos, 100
- Sustraer, 102
- Responsabilidad civil, 97
- Manifestaciones ilícitas. Véase Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales
- Menor
 - Abusos sexuales por funcionario, 131
 - Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
 - Rey, 324
- Militares
 - Derecho de huelga, 45
 - Juzgados y Tribunales, 138
 - Obligaciones, 430
 - Rebelión. Favorecimiento o ayuda, 288
- Motín, 248
- Muerte civil, 440
- Municiones, 384
- Negociaciones prohibidas
 - A funcionarios
 - Bien jurídico, 124
 - Competencia, 125
 - Conducta, 124
 - Vínculo matrimonial, 125
 - A otros sujetos, 126
- Nicho, 425
- Objeción de conciencia. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...
- Objetor, 436
- Objetos peligrosos
 - Realización arbitraria del propio derecho, 185
 - Reuniones y manifestaciones ilícitas, 384
- Obstrucción a la Justicia, 213
 - Coacción o intimidación a los intervinientes, 220
 - Bien jurídico, 220
 - Concurso, 223
 - Conducta, 221
 - Dolo, 223

- Penalidad, 223
- Sujetos, 221
- Incomparecencia injustificada en causa criminal, 214
- Abogado, Procurador o representante del Ministerio Fiscal, 216
- Juez, miembro del Tribunal o Secretario Judicial, 218
- Requisitos, 215
- Suspensión del juicio oral, 215
- Represalias
 - Acto atentatorio, 227
 - Bien jurídico, 225
 - Consumación, 225
 - Dolo, 227
 - Penalidad, 227
 - Sujetos, 226
- Omisión del deber de impedir delitos, 137
 - Bien jurídico, 160
 - Deber de actuar, 161
 - Diferencias con la omisión del deber de socorro, 163
 - Dolo, 164
 - Elementos, 161
 - Garante, 161
 - Penalidad, 164
 - Riesgo, 163
 - Sujeto activo, 161
 - Sujeto pasivo, 162
 - Voluntad de no actuar, 164
- Omisión del deber de perseguir delitos
 - Dejación, 37
 - Delitos contra la Administración de Justicia, 165
- Orden
 - Desobediencia, 46; 50
 - Reiterada, 52
 - Requisitos, 48
- Órganos legislativos
 - Alteración de las sesiones de los órganos legislativos, 339
- Calumnias, injurias y amenazas, 358
- Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 351
- Injurias, 335
- Invasión violenta, 326
- Inviolabilidad, 331
 - Quebrantamiento, 345
- Libertad de expresión, 338
- Panteón, 425
- Paramilitar, 401
- Participación
 - Abandono colectivo de servicio, 42
 - Abandono de servicio, 45
 - Aceptación ilegal de cargo público, 35
 - Asociaciones ilícitas, 406
 - Cohecho, 79
 - Delitos contra las instituciones del Estado, 334
 - Descubrimiento y revelación de secretos, 235
 - Encubrimiento, 137
 - Evasión, 248
 - Falso testimonio, 210
 - Fraudes, 121
 - Malversación, 111
 - Negociaciones prohibidas a los funcionarios, 125
 - Omisión del deber de impedir delitos, 161
 - Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad, 25
 - Rebelión, 282
- Patrimonio público, 95; 111
- Peculado de uso, 113
- Penalidad
 - Acusación y denuncia falsas, 194
 - Alteración exterior del funcionamiento de los órganos legislativos, 332
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 363

- Arrogación de atribuciones genérica, 361
- Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación, 358
- Compatibilidad con sanciones disciplinarias, 15
- Deslealtad profesional, 232
- Desobediencia a instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 353
- Detención ilegal contra parlamentario, 350
- Encubrimiento, 178
- Imputación o procesamiento ilegal de parlamentario, 351
- Injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración, 369
- Invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad, 356
- Obstaculización a las Cortes, nombramiento Tutor o Regente, 326
- Obstrucción a la Justicia
 - Coacción o intimidación a los intervinientes, 223
 - Represalias, 227
- Omisión del deber de impedir delitos, 164
- Prestación social sustitutoria, 439
- Prevaricación judicial dolosa, 149
- Reuniones y manifestaciones ilícitas, 386
- Simulación de delitos, 201
- Usurpación de atribuciones judiciales, 366
- Xenofobia. Difundir informaciones injuriosas, 376
- Perito
 - Cohecho, 82
 - Falso testimonio, 207
 - Presentación, 210
 - Negociaciones prohibidas, 125
- Obstrucción a la Justicia, 214
 - Coacción o intimidación, 220
- Perturbar, 417
- Petición, 332
- Poder Judicial
 - Atribuciones administrativas, 362
 - Independencia, 364
 - Injerencias recíprocas con Administración, 368
- Policía. Injurias y amenazas, 359
- Potestad jurisdiccional, 140
- Presente, 73
- Preso
 - Imposición de sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
 - Incomunicación con violación de plazos, 448
 - Privación de libertad con violación de plazos, 447
- Prestación, 378
- Prestación social sustitutoria. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...
- Prevalimiento, 11
 - Delitos contra la Corona, 303
 - Tráfico de influencias, 90
 - Tráfico de influencias ejercidas por particular, 92
- Prevaricación
 - Abogados y procuradores, 236
 - Expropiación ilegal, 458
 - Jueces y Magistrados, 18
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad, 17; 18
 - Aceptación ilegal de cargo público, 35
 - Nombramiento ilegal de cargo público, 33
 - A sabiendas, 34
- Resolución arbitraria, 19
- Resolución arbitraria
 - Comisión por omisión, 26
 - Concurso, 32

- Participación, 25
- Principio de intervención mínima, 19
- Sujeto activo, 24
- Prevaricación judicial, 136; 140
- Bien jurídico, 140
- Competencia, 143
- Concepto, 138
- Dolosa
 - Acción, 147
 - Concurso, 149
 - Conducta, 145
 - Dolo eventual, 147
 - Elementos, 145; 146
 - Penalidad, 149
 - Resoluciones judiciales, 147
 - Sentencia injusta, 149
- Ejercicio de potestad jurisdiccional, 140
- Imprudente
 - Imprudencia grave, 150
 - Manifiesta injusticia, 151
 - Orden jurisdiccional, 151
 - Resolución judicial, 150
- Juez o Magistrado, 140
- Legitimación activa, 143
- Negativa a juzgar
 - Acción, 152
 - Causa legal, 153
 - Orden jurisdiccional, 154
 - Oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, 154
 - Sin alegar causa legal, 153
 - Tutela judicial efectiva, 152; 154
- Órgano colegiado, 141
- Penalidad, 143
- Principios de independencia e imparcialidad, 140
- Querrela, 142
- Retardo malicioso, 153; 155
 - Malicia, 157
 - Médicos forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes, 156
 - Sujeto activo, 156
- Secretario judicial, 140; 147
- Príncipe heredero, 324
- Principio de
 - Coordinación, 46
 - Igualdad, 377
 - Imparcialidad. Actividades prohibidas a funcionarios, 126
 - Independencia e imparcialidad. Prevaricación judicial, 140
 - Intervención mínima, 15
 - Prevaricación, 19
 - Jerarquía, 46
 - No exigibilidad de otra conducta, 162
 - Non bis in idem. Compatibilidad, 15
- Procurador
 - Deslealtad profesional
 - Defensa de intereses contrapuestos, 238
 - Destrucción, inutilización u ocultación de documentos, 229
 - Perjuicio manifiesto, 240
 - Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
 - Obstrucción a la Justicia. Incomparecencia injustificada en causa criminal, 217
 - Presentación de falso testimonio, 209
 - Prevaricación, 236
- Profanación. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...
- Promesa, 74
- Proposición
 - Asociaciones ilícitas, 408
 - Cohecho, 72
 - Delitos contra la Corona, 310
 - Nombramiento para cargo público, 33
 - Rebelión, 289
- Proselitismo. Véase Delitos contra la libertad de conciencia...

- Provocación
 - Asociaciones ilícitas, 408
 - Delitos contra la Corona, 310
 - Rebelión, 289
 - Xenofobia, 373
- Quebrantamiento de condena, 137
 - Autoliberación cualificada
 - Fuerza en las cosas, 247
 - Motín, 248
 - Sujeto, 247
 - Violencia o intimidación, 247
 - Autoliberación simple
 - Dolo, 245
 - Elementos, 244
 - No incorporación a establecimiento penitenciario, 245
- Bien jurídico, 243
- Evasión no violenta, 244
- Facilitación de la evasión
 - Atenuante, 249
 - Por funcionario público, 249
 - Violencia o intimidación o fuerza en las cosas o soborno, 249
- Radiodifusión. Escarnio, 422
- Realización arbitraria del propio derecho, 137; 181
 - Armas u objetos peligrosos, 185
 - Bien jurídico, 182
 - Concurso, 186
 - Derecho propio, 184
 - Deuda, 183
 - Dolo, 183
 - Error de prohibición, 183
 - Inducción, 183
 - Previo requerimiento, 184
 - Sujeto activo, 183
 - Violencia, intimidación y fuerza en las cosas, 184
- Rebeldes, 285
- Rebelión
 - Aceptación de empleo, 298
 - Autoridades que no resisten la rebelión, 296
- Bien jurídico, 271
- Concepto, 270
- Concurso. Delitos particulares, 296
- Consumación
 - Anticipada, 272
 - Intimación, 292
- Delito contra la Constitución, 272
- Desistimiento
 - Atenuante, 295
 - Exención, 294
 - Implicado, 294
 - Revelar, 294
 - Supuestos, 293
- Favorecimiento o ayuda
 - Deber de denuncia, 289
 - Garante, 288
 - Militares, 288
- Funcionarios
 - Abandono del cargo, 297
 - Continuar desempeñando su cargo, 297
 - No exigibilidad de otra conducta, 297
- Impropia
 - Alzamiento, 287
 - Conspiración, 288
 - Consumación, 288
 - Seducir o allegar tropas, 287
- Naturaleza, 271
- Por autoridad, 290
- Propia
 - Acción, 274
 - Alzamiento público, 275
 - Alzarse, 274
 - Combate, 283
 - Declarar la independencia de una parte del territorio nacional, 278
 - Derogar, suspender o modificar la Constitución, 275
 - Destituir o despojar prerrogativas y facultades o coaccionar al Rey, Regente o Regencia, 276

- Disolver las Cámaras Legislativas, 277
- Distracción de caudales públicos, 285
- Dolo, 275; 280
- Ejecutores, 281
- Esgrimir armas, 283
- Estragos, corte de comunicaciones o violencia graves, 284
- Exigir contribuciones, 285
- Fuerzas Armadas, 282
- Impedir la libre celebración de elecciones, 276
- Jefes principales, 282
- Mandos subalternos, 282
- Naturaleza, 280
- Organizada con jefes no conocidos, 286
- Partícipes, 281
- Promotores, 281
- Sujeto activo, 274
- Sustituir por otro el Gobierno, 278
- Sustraer fuerzas armadas a la obediencia del Gobierno, 279
- Violencia, 274
- Provocación, conspiración y proposición, 289
- Recaudador, 96
- Regalo, 74
- Regente
 - Delitos contra la Corona, 308
 - Obstaculización a las Cortes, nombramiento, 324
 - Rebelión, 276
- Registro ilegal, 452
- Reina. Véase Delitos contra la Corona
- Represalias. Véase Obstrucción a la Justicia
- Resolución
 - Arbitraria, 26
 - Injusta, 28; 30
 - Judicial
 - Desobediencia, 46; 50
 - Impedir ejecución, 365
 - Prevaricación, 147
 - Prevaricación judicial imprudente, 150
 - Secretarios, 147
- Retardo malicioso. Véase Prevaricación judicial
- Retractación, 211
- Reuniones ilícitas. Véase Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales
- Rey. Véase Delitos contra la Corona
 - Inhabilitación, 324
 - Menor de edad, 324
 - Rebelión, 276
- Ritos, 414
- Sanciones
 - Disciplinarias. Compatibilidad con penas, 15
 - Indebidas, 450
- Secretario judicial
 - Conservación y custodia de actuaciones, 228
 - Obstrucción a la Justicia. Incomparecencia injustificada en causa criminal, 218
 - Prevaricación judicial, 140
 - Retardo malicioso, 155
- Resoluciones, 147
- Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
- Secreto, 56
- Secretos o información privilegiada por funcionario
 - Bien jurídico, 128
 - Conducta, 128
 - Consumación, 128
 - Grave daño, 128
 - Información privilegiada, 128
 - Mercado de valores, 128
 - Secreto, 128
- Sectas, 400

- Secuestro. Publicaciones, 456
- Sedición, 270
- Seducir. Rebelión, 287
- Senado
 - Invasión violenta, 326
- Senadores
 - Detención ilegal, 347
 - Detención o retención, 325
 - Imputación o procesamiento ilegal, 351
 - Inviolabilidad, 328
- Sentenciado. Privación de libertad con violación de plazos, 447
- Sepulcro/sepultura, 424
- Servicio militar, 429
 - Insumisión, 438
- Servicio público
 - Abandono, 42
 - Concepto, 377
 - Denegación de auxilio, 53
 - Discriminación, 377
- Sigilo, 55
- Símbolos, 460
- Simulación de delitos
 - Acción, 196
 - Actuación procesal, 198
 - Ante funcionario o autoridad, 197
 - Bien jurídico, 196
 - Concurso, 201
 - Consumación, 199
 - Penalidad, 201
 - Requisitos, 197
 - Sujetos, 196
 - Ubicación, 186
- Soborno
 - Cohecho, 71; 74
 - Quebrantamiento de condena. Facilitación de la evasión, 249
- Sociedad, 377
- Solidaridad humana, 54; 160
- Sublevación. Véase Rebelión
- Suplicatorio, 350
- Suspensión de empleo o cargo público
 - Abandono colectivo de servicio público, 42
 - Actividades prohibidas a funcionarios, 126
 - Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial, 362
 - Cohecho pasivo propio, 86
 - Denegación de auxilio a la Administración de Justicia u otro servicio público, 52
 - Desobediencia a instituciones investigadoras del Estado y de CCAA, 352
 - Incomunicación y privación de libertad de forma imprudente, 449
 - Malversación propia mediante apropiación, 97
 - Malversación propia mediante distracción a usos ajenos a la función pública, 113
 - Nombramiento ilegal de cargo público, 33
 - Usurpación de atribuciones judiciales, 363
 - Violación de secretos, 68
- Sustraer, 102
- Tentativa
 - Abandono de servicio, 45
 - Cohecho, 83
 - Contra la libertad de asociación, 457
 - Delitos contra la Corona, 306
 - Obstrucción a la Justicia, 227
 - Profanación, 419
 - Quebrantamiento de condena, 245
 - Sanciones indebidas o rigor innecesario, 450
- Terrorismo
 - Encubrimiento, 177
 - Organizaciones, 396
- Testigo
 - Falso testimonio, 203
 - Presentación, 210

- Obstrucción a la Justicia, 214
 - Coacción o intimidación, 220
- Testimonio. Ante Comisión de investigación, 354
- Tráfico de influencias, 89
 - Decomiso de dádivas o promesas, 94
 - Dolo, 89
 - Ofrecimiento de influencias
 - Bien jurídico, 93
 - Consumación, 94
 - Dádivas o promesa, 94
 - Recompensa, 94
 - Particular
 - Prevalimiento, 92
 - Requisitos, 92
 - Prevalimiento, 90
- Tribunal del Jurado, 15
 - Cohecho, 75; 80
 - Activo, 83
 - Atenuado, 85
 - Pasivo, 83
 - Pasivo impropio, 86
 - Pasivo mediante abstención, 81
 - Pasivo propio, 86
 - Derogación del antejuicio, 141
 - Estafa o apropiación indebida por autoridad o funcionario, 123
 - Exacciones ilegales, 122
 - Fraudes, 121
 - Infidelidad en la custodia de documentos, 56
 - Acceso a documentos secretos, 60
 - Inutilización de medios para impedir el acceso, 59
 - Malversación propia mediante apropiación, 98
 - Malversación propia mediante distracción a aplicación privada, 115
 - Malversación propia mediante distracción a usos ajenos a la función pública, 113
 - Negociaciones prohibidas
 - A otros sujetos, 126
 - Funcionarios, 124
 - Revelación de actuaciones procesales secretas, 234
 - Tráfico de influencias, 90
- Tumulto. Perturbación de actos religiosos, 417
- Tutor
 - Delitos contra la Corona, 308
 - Negociaciones prohibidas, 125
 - Obstaculización a las Cortes, nombramiento, 324
- Ultrajes
 - A España. Véase Delito de ultrajes
 - Sepulturas, 423
- Urnas funerarias, 425
- Usurpación
 - Atribuciones. Véase Delitos contra la división de poderes
 - Nombramiento ilegal de cargo público, 34
- Vejación
 - Sentimientos religiosos, 421
 - Violación domiciliaria, 452
- Verdad, 190
 - Alteración no sustancial, 208
- Violación de secretos
 - Aprovechamiento de información privilegiada, 71
 - Bien jurídico, 68
 - Concepto de secreto, 56
 - Consumación, 70
 - Deber de sigilo, 70
 - Exención de declarar, 70
 - Información, 69
 - Secreto, 68
 - Sujetos, 68
- Violencia
 - Delitos contra la Corona, 312
 - Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios, 343
 - Obstrucción a la Justicia, 221
 - Perturbación de actos religiosos, 417

- Proselitismo ilegal, 415
- Quebrantamiento de condena, 247
- Racista y antisemita, 372
- Realización arbitraria del propio derecho, 184
- Rebelión, 274
- Reuniones y manifestaciones ilícitas, 389
- Xenofobia. Véase Delitos contra los derechos fundamentales...

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- Abandono colectivo de servicio público. STC de 8 de abril de 1981, 44
- Acusación y denuncia falsa. Acusador de buena fe. STS de 24 de septiembre de 1992, 192
- Acusación y denuncia falsa. Ánimo deliberado de perjudicar. STS de 28 de abril de 1897, 191
- Acusación y denuncia falsa. Bien jurídico. STS de 23 de septiembre de 1993, 189
- Acusación y denuncia falsa. Errónea interpretación. STS de 23 de septiembre de 1993, 192
- Acusación y denuncia falsa. Medio de ocultar un delito de lesiones. STS de 25 de septiembre de 1996, 192
- Acusación y denuncia falsa. Requisitos de procedibilidad. STC de 6 de mayo de 1983, 193
- Acusación y denuncia falsa. Suspender o paralizar una ejecución civil iniciada. STS de 20 de enero de 1993, 192
- Allanamiento de morada. Morada. STS de 5 de junio de 1991, 313
- Asociaciones ilegales. Actos de ejecución imperfecta. STS de 30 de septiembre de 1993, 405
- Asociaciones ilegales. Pertenencia. STS de 30 de enero de 1989, 403
- Asociaciones ilícitas. Banda armada y organización terrorista. STS de 12 de marzo de 1992, 397
- Asociaciones ilícitas. Bandas armadas. STC de 16 de diciembre de 1987, 397
- Asociaciones ilícitas. Grupos armados. STS de 12 de marzo de 1992, 396
- Asociaciones ilícitas. Grupos o bandas. STS de 27 de mayo de 1988, 398
- Asociaciones ilícitas. Sectas. STS de 30 de octubre de 1994, 400
- Asociaciones ilícitas. STS de 30 de octubre de 1994, 394
- Cohecho activo. STS de 29 de noviembre de 1996, 85
- Cohecho pasivo propio mediante acción u omisión. Conducta. STS de 18 de enero de 1993, 76
- Cohecho pasivo propio mediante acto injusto no constitutivo de delito. STS de 28 de marzo de 1994, 80
- Cohecho pasivo propio mediante una acción u omisión. Si no guarda relación con el cargo no es cohecho. STS de 28 de marzo de 1994, 79
- Cohecho. Condena por cohecho de funcionario jefe de Unidad de Re-

- caudación Ejecutiva. STS de 5 de diciembre de 1997, 82
- Delitos contra la administración pública. Compatibilidad de sanciones penales y sanciones administrativas. STC de 30 de enero de 1981, 17
- Delitos contra la administración pública. Funcionario público. Sujeto activo. STS de 9 de marzo de 1994, 13
- Delitos contra la Corona. Ánimo de injuriar. STS de 6 de diciembre de 1985, 320
- Delitos contra la Corona. Contra el honor. STS de 11 de mayo de 1983, 318
- Delitos contra la Corona. Injurias. Elemento subjetivo. STS de 27 de enero de 1992, 321
- Delitos contra la Corona. Protección del Jefe del Estado. Bien jurídico. STS de 26 de enero de 1983, 302
- Delitos contra la división de poderes. Usurpación de atribuciones judiciales. Elemento subjetivo. STS de 1 de octubre de 1993, 366
- Delitos contra la división de poderes. Usurpación de atribuciones judiciales. STS de 1 de octubre de 1993, 366
- Delitos contra la división de poderes. Usurpación de atribuciones judiciales. STS de 24 de enero de 1991, 364; 365
- Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Doctrina. STS de 8 de abril de 1981, 413
- Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Evolución. STS de 25 de marzo de 1993, 413
- Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Profanación. STS de 10 de diciembre de 1982, 419
- Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Violación de sepulcros. STS de 15 de marzo de 1995, 425
- Delitos contra las instituciones del Estado. Alteración de las sesiones de los órganos legislativos. Alteración grave. STS de 8 de mayo de 1993, 340
- Delitos contra las instituciones del Estado. Alteración de las sesiones de los órganos legislativos. Dolo. STS de 3 de marzo de 1994, 341
- Delitos contra las instituciones del Estado. Alteración de las sesiones de los órganos legislativos. Finalidad de atentar. STS de 11 de marzo de 1994, 341
- Delitos contra las instituciones del Estado. Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación. Concurso. STS de 17 de mayo de 1990, 358
- Delitos contra las instituciones del Estado. Detención ilegal contra parlamentario. Detención ilegal. STS de 1 de junio de 1994, 348
- Delitos contra las instituciones del Estado. Detención ilegal contra parlamentario. Dolo. STS de 21 de julio de 1994, 349
- Delitos contra las instituciones del Estado. Injurias a los órganos legislativos. STS de 21 de abril de 1994, 336
- Delitos contra las instituciones del Estado. Invasión violenta de órganos legislativos. STS de 3 de diciembre de 1993, 329
- Delitos contra las instituciones del Estado. Obstaculización a la libertad

- de los Parlamentarios. Dolo. STS de 13 de febrero de 1991, 345
- Denegación de auxilio. Elementos. STS de 16 de febrero de 1996, 54
- Denegación de auxilio. Tipo objetivo. STS de 8 de junio de 1995, 54
- Deslealtad profesional de abogados y procuradores frente a sus clientes. Perjuicio manifiesto. Condena de letrada por prevaricación derivada de actuación profesional negligente. STS de 17 de diciembre de 1997, 242
- Deslealtad profesional. Destrucción, inutilización u ocultación de documentos. Condena de Procurador. Falta de entrega de documentos. STS de 12 de enero de 1998, 232
- Desobediencia. Elementos integradores del delito. STS de 30 de enero de 1996, 50
- Desobediencia. Negarse abiertamente. STS de 29 de diciembre de 1995, 49
- Desobediencia. Orden legítima y emanada de autoridad competente. STS de 25 de febrero de 1994, 48
- Desobediencia. STS de 11 de octubre de 1996, 48
- Encubrimiento. Auxilio a los autores o cómplices sin ánimo de lucro propio. STS de 7 de julio de 1993, 173
- Encubrimiento. Conocimiento del hecho punible. STS de 29 de marzo de 1996, 174
- Encubrimiento. Exención. Inexigibilidad de otra conducta. STS de 20 de junio de 1995, 180
- Encubrimiento. Favorecimiento. Conducta eminentemente activa. STS de 17 de febrero de 1995, 177
- Encubrimiento. Gratuito o retribuido. No constituye receptación. Animus adiuuandi. STS de 14 de diciembre de 1981, 173
- Encubrimiento. La ocultación o destrucción debe resultar relevante. STS de 10 de febrero de 1995, 175
- Encubrimiento. No es forma de participación delictiva. STS de 20 de junio de 1995, 167
- Encubrimiento. Ocultar, alterar o inutilizar. STS de 15 de febrero de 1993, 175
- Falso testimonio. No lo es en fase sumarial. STS de 5 de junio de 1995, 205
- Falso testimonio. Omisión u ocultación maliciosa de datos. STS de 25 de mayo de 1992, 208
- Falso testimonio. Testimonio de la víctima. STS de 23 de marzo de 1997, 205
- Infidelidad en la custodia de documentos. Acceso a documentos secretos de modo accidental. Autores. STS de 30 de marzo de 1996, 67
- Infidelidad en la custodia de documentos. Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación STS de 1 de marzo de 1996, 59
- Malversación de caudales o efectos públicos. STS de 8 de noviembre de 1996, 108
- Malversación impropia. Depósito de bienes embargados. STS de 22 de mayo de 1996, 118
- Malversación impropia. No constancia de aceptación del cargo de depositario. STS de 23 de junio de 1997, 117
- Malversación impropia. Requisitos. STS de 30 de octubre de 1996, 119
- Malversación propia mediante apropiación. Elementos. STS de 22 de julio de 1997, 100
- Malversación propia mediante apropiación. Funcionario de correos. STS de 21 de octubre de 1997, 102

- Malversación propia mediante apropiación. STS de 25 de marzo de 1996, 99
- Malversación propia mediante apropiación. Sujeto activo. Contratado laboral. STS de 30 de diciembre de 1996, 102
- Malversación propia mediante apropiación. Sujetos. STS de 9 de octubre de 1991, 101
- Malversación propia mediante distracción a usos ajenos a la función pública. Reintegro. STS de 12 de junio de 1993, 114
- Malversación propia. Conducta malversadora de recaudador. STS de 14 de octubre de 1997, 96
- Malversación. Caudales o efectos públicos. Sociedades de ente público. STS de 5 de febrero de 1993, 105
- Malversación. Concesión de subvenciones. STS de 12 de noviembre de 1996, 110
- Malversación. Restitución de lo sustraído. STS de 4 de diciembre de 1996, 112
- Objeción de conciencia y prestación social sustitutoria. STC de 27 de octubre de 1987, 433
- Objeción de conciencia y prestación social sustitutoria. STC de 28 de marzo de 1996, 434
- Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Letrada que engaña a su cliente. ST AP Baleares de 28 de enero de 1997, 236
- Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Cooperación necesaria. STS de 11 de mayo de 1989, 240
- Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Intimidación a testigos. STS de 15 de septiembre de 1992, 223
- Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. No lo constituye amenazas a testigos tras declarar. STAP Barcelona de 30 de mayo de 1997, 224
- Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Perjuicio. STS de 11 de marzo de 1986, 241
- Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Principio esencial de lealtad. STS de 11 de mayo de 1989, 237
- Obstrucción a la Justicia. Represalias. STS de 11 de febrero de 1991, 226
- Omisión del deber de impedir delitos. Abortar. STS de 14 de marzo de 1991, 162
- Omisión del deber de perseguir delitos. STS de 18 de mayo de 1994, 38
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. La realización arbitraria es un elemento objetivo del injusto. STS de 8 de febrero de 1996, 28
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Nombramiento ilegal de cargo público. A sabiendas. STS de 26 de febrero de 1992, 34
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria. Características que debe reunir la resolución administrativa injusta para integrar el delito de prevaricación. STS de 27 de enero de 1998, 22
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria. Comisión por omisión. STS de 27 de diciembre de 1995, 27
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria. Elemento objetivo y subjetivo. STS de 10 de diciembre de 1996, 30
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria.

- Existencia de una notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico. STS de 6 de octubre de 1995, 31
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria. No es necesario determinar prejudicialmente la ilegalidad en la vía administrativa. STS de 20 de enero de 1996, 32
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria. Participación. STS de 14 de marzo de 1996, 26
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución arbitraria. Principio de intervención mínima. STS de 5 de abril de 1995, 20
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Resolución injusta, a sabiendas, STS de 25 de mayo de 1992, 31
- Prevaricación de funcionarios públicos y autoridad. Sujetos activos. STS de 19 de diciembre de 1994, 25
- Prevaricación judicial dolosa. Elemento objetivo. STS de 3 de mayo de 1986, 146
- Prevaricación judicial dolosa. Elemento subjetivo. STS de 3 de mayo de 1986, 147
- Prevaricación judicial. Negativa a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. STS de 2 de julio de 1984, 154
- Prevaricación judicial. Retardo malicioso en la Administración de Justicia. STS de 19 de octubre de 1995, 157
- Prevaricación judicial. STSJ de Catalunya de 8 de noviembre de 1997, 146
- Prevaricación. Comisión por omisión. STS de 29 de octubre de 1994, 27
- Prevaricación. Injusticia clara y manifiesta. STS de 16 de febrero de 1996, 33
- Prevaricación. Resolución arbitraria dictada a sabiendas de su injusticia. STS de 21 de febrero de 1994, 26
- Prevaricación. STS de 4 de julio de 1997, 20
- Quebrantamiento de condena. Autoliberación cualificada. Fuerza en las cosas. STS de 30 de marzo de 1987, 247
- Quebrantamiento de condena. Delito de resultado. STS de 18 de mayo de 1987, 246
- Quebrantamiento de condena. Dolo. STS de 2 de diciembre de 1976, 245
- Realización arbitraria del propio derecho. STS de 15 de marzo de 1991, 182
- Simulación de delitos. Ante autoridad competente. STS de 6 de octubre de 1969, 197
- Simulación de delitos. Bien jurídico. STS de 10 de diciembre de 1954, 196
- Simulación de delitos. Elemento intencional. STS de 24 de enero de 1994, 197
- Simulación de delitos. Provocar instrucción judicial. STS de 24 de enero de 1994, 201
- Simulación de delitos. Que motive una actuación procesal. STS de 17 de mayo de 1993, 200
- Tráfico de influencias. STS de 24 de junio de 1994, 89
- Ultrajes a España. Manifestaciones. STS de 23 de febrero de 1982, 460

ÍNDICE TEMÁTICO

<i>Sumario</i>	<i>7</i>
----------------------	----------

Capítulo 1 Delitos contra la Administración Pública. Título XIX

1. Introducción	11
2. Prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos	17
2.1. Prevaricación mediante resolución arbitraria. Art. 404 CP	19
2.2. Nombramiento ilegal de cargo público. Art. 405 CP.	33
2.3. Aceptación ilegal de cargo público. Art. 406 CP	35
3. Abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos	35
3.1. Abandono individual. Art. 407 CP	35
3.2. No promover la persecución de delitos. Art. 408 CP	37
3.3. Abandono colectivo de servicio público. Art. 409 CP	42
4. Desobediencia y denegación de auxilio.....	46
4.1. Desobediencia. Art. 410 CP	46
4.2. Desobediencia reiterada. Art. 411 CP	51
4.3. Denegación de auxilio. Art. 412 CP.....	52
5. Infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos.....	56

5.1.	Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación de documentos. Art. 413 CP	56
5.2.	Inutilización de medios para impedir el acceso. Art. 414 CP ...	59
5.3.	Acceso a documentos secretos. Art. 415 CP	60
5.4.	Acceso a documentos secretos de modo accidental. Art. 416 CP	61
5.5.	Violación de secretos. Art. 417 CP	67
5.6.	Aprovechamiento de secreto o información. Art. 418 CP	71
6.	Cohecho	71
6.1.	Cohecho pasivo propio mediante una acción u omisión constitutiva de delito. Art. 419 CP	75
6.2.	Cohecho pasivo propio mediante un acto injusto que no constituya delito. Art. 420 CP	80
6.3.	Cohecho pasivo mediante abstención. Art. 421 CP	81
6.4.	Cohecho pasivo de jurados, árbitros, peritos u otras personas. Art. 422 CP	82
6.5.	Cohecho activo. Art. 423 CP	83
6.6.	Cohecho atenuado. Art. 424 CP	85
6.7.	Cohecho pasivo propio Art. 425 CP	85
6.8.	Cohecho pasivo impropio. Art. 426 CP	86
6.9.	Exclusión de la pena. Art. 427 CP	87
7.	Tráfico de influencias	88
7.1.	Influencia ejercitada por funcionario o autoridad. Art. 428 CP	89
7.2.	Influencia ejercitada por particular. Art. 429 CP	92
7.3.	Ofrecimiento de influencia a un particular. Art. 430 CP	93
7.4.	Decomiso de dádivas o regalos. Art. 431 CP	94
8.	Malversación	95
8.1.	Malversación propia mediante apropiación. Art. 432 CP	97
8.2.	Malversación propia mediante distracción a usos ajenos a la función pública. Art. 433 CP	113
8.3.	Malversación propia mediante distracción a aplicación privada. Art. 434 CP	115
8.4.	Malversación impropia. Art. 435 CP	116
9.	Fraudes y exacciones ilegales	120
9.1.	Fraudes. Art. 436 CP	121
9.2.	Exacciones ilegales. Art. 437 CP	122
9.3.	Supuesto agravado. Art. 438 CP	123

10. Las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de sus funciones	124
10.1. Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Art. 439 CP	124
10.2. Negociaciones prohibidas a otros sujetos. Art. 440 CP	125
10.3. Actividades prohibidas. Art. 441 CP	126
10.4. Uso de secretos o información privilegiada. Art. 442 CP	127
10.5. Abusos contra la libertad sexual solicitada por autoridad o funcionario. Art. 443 CP	129
10.6. Abusos contra la libertad sexual solicitada por otros funcionarios. Art. 444 CP	130
10.7. Diferenciación de los delitos contra la libertad sexual. Art. 445 CP	131

Capítulo 2

Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX

1. Introducción	135
2. Prevaricación judicial	138
2.1. Cuestiones generales	138
2.1.1. Concepto	138
2.1.2. Regulación legal	139
2.1.3. Bien jurídico protegido	140
2.1.4. Sujeto activo	140
2.1.5. Requisitos procesales	141
2.1.6. Penalidad	143
2.2. Modalidades	144
2.2.1. Prevaricación judicial dolosa. Art. 446 CP	144
2.2.2. Prevaricación judicial imprudente. Art. 447 CP	150
2.2.3. Negativa a juzgar. Art. 448 CP	151
2.2.4. Retardo malicioso en la Administración de Justicia. Art. 449 CP.	155
3. Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución	159
3.1. Introducción	159
3.2. Omisión del deber de impedir delitos	160
3.2.1. Tipo objetivo	161
3.2.2. Tipo subjetivo	164
3.2.3. Penalidad	164
3.3. Omisión del deber de promover la persecución de delitos	165

4. Encubrimiento.....	166
4.1. Normativa legal y bien jurídico protegido	167
4.2. Requisitos comunes.....	169
4.2.1. Conocimiento de la comisión de un delito	169
4.2.2. No haber intervenido en el delito como autor o cómplice.	171
4.2.3. Intervención posterior a la ejecución del delito en cualquiera de los modos legalmente previstos	171
4.3. Modalidades de encubrimiento.....	172
4.3.1. Auxilio para el beneficio o provecho de los autores o cómplices	172
4.3.2. Ocultación del cuerpo, efectos o instrumentos del delito.....	174
4.3.3. Favorecimiento personal	175
4.4. Penalidad.....	178
4.5. Autoencubrimiento.....	180
5. Realización arbitraria del propio derecho	181
5.1. Normativa legal y bien jurídico protegido	181
5.2. Elementos del tipo.....	183
5.3. Subtipo agravado	185
6. Acusación y denuncia falsas y simulación de delitos.....	186
6.1. Introducción.....	186
6.2. Acusación y denuncia falsas	187
6.2.1. Normativa legal y bien jurídico protegido.....	188
6.2.2. Tipo objetivo.....	189
6.2.3. Tipo subjetivo.....	191
6.2.4. Requisitos de procedibilidad	193
6.2.5. Penalidad	194
6.2.6. Problemas concursales	195
6.3. Simulación de delitos	195
6.3.1. Normativa legal y bien jurídico protegido.....	195
6.3.2. Elementos del tipo	196
6.3.3. Penalidad y concurso de delitos	201
7. Falso testimonio	202
7.1. Introducción y modalidades	202
7.2. Falso testimonio de testigo	203
7.3. Falso testimonio de peritos e intérpretes.....	207
7.4. Alteración no sustancial de la verdad	208
7.5. Presentación de testigos, peritos, intérpretes o elementos documentales falsos	209

7.6.	Retractación.....	211
8.	Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional.....	212
8.1.	Introducción.....	212
8.2.	Incomparecencia injustificada que provoca la suspensión del juicio oral en causa criminal.....	214
8.2.1.	Tipo básico	214
8.2.2.	Tipo agravado	216
8.2.3.	Tipo específico.....	217
8.3.	Coacción o intimidación de sujetos intervinientes en la causa.....	219
8.3.1.	Normativa legal y bien jurídico protegido.....	219
8.3.2.	Elementos del tipo	221
8.3.3.	Penalidad y concursos	223
8.4.	Represalias	224
8.4.1.	Normativa legal y bien jurídico protegido.....	224
8.4.2.	Elementos del tipo	226
8.4.3.	Penalidad	227
8.5.	Destrucción, inutilización u ocultación de documentos	227
8.6.	Revelación de actuaciones procesales secretas.....	232
8.7.	Deslealtad de abogados y procuradores frente a sus clientes... 235	
8.7.1.	Normativa legal, bien jurídico protegido y sujeto activo	235
8.7.2.	Conductas típicas.....	237
	A) <i>Defensa o representación de intereses contrapuestos</i>	238
	B) <i>Perjuicio manifiesto a los intereses encomendados</i>	240
9.	Quebrantamiento de condena	243
9.1.	Introducción y bien jurídico protegido	243
9.2.	Quebrantamiento de condena.....	244
9.3.	Facilitación de la evasión.....	248
10.	Bibliografía	262

Capítulo 3

Delitos contra la Constitución. Título XXI

1.	Rebelión	270
1.1.	Introducción.....	270
1.2.	Rebelión propia. Fines. Art. 472 CP.....	273
1.3.	Rebelión propia. Otras circunstancias. Art. 473.....	280

1.4.	Rebelión propia organizada con jefes no conocidos. Art. 474....	286
1.5.	Rebelión impropia. Art. 475 CP.....	287
1.6.	Favorecimiento o ayuda a la rebelión. Art. 476 CP.....	288
1.7.	Provocación, conspiración y proposición. Art. 477 CP.....	289
1.8.	Supuesto agravado. Art. 478 CP	290
1.9.	Consumación. Art. 479 CP.....	291
1.10.	Desistimiento. Art. 480 CP	293
1.11.	Cláusula concursal. Art. 481 CP	295
1.12.	Autoridades que no resisten la rebelión. Art. 482 CP.....	296
1.13.	Funcionarios y rebelión. Art. 483 CP.....	297
1.14.	Aceptación de empleo. Art. 484 CP	298
1.15.	Bibliografía	298
2.	Delitos contra la Corona	299
2.1.	Introducción.....	299
2.1.1.	La protección del Jefe del Estado	299
	A) <i>Fundamentación histórica</i>	299
	B) <i>Fundamentación constitucional</i>	300
2.1.2.	Notas comunes.....	302
	A) <i>Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido</i>	302
	B) <i>Culpabilidad</i>	303
	C) <i>Sujetos</i>	303
	D) <i>Competencia</i>	304
2.2.	Figuras delictivas.....	305
2.2.1.	Delitos contra la vida. Art. 485 CP	305
2.2.2.	Delitos contra la salud e integridad física. Art. 486	308
2.2.3.	Delitos contra la libertad ambulatoria. Art. 487.....	309
2.2.4.	Actos preparatorios. Art. 488	310
2.2.5.	Coacciones. Art. 489	311
2.2.6.	Allanamiento de morada. Art. 490. 1.º	313
2.2.7.	Amenazas. Art. 490. 2.º	315
2.2.8.	Delitos contra el honor Arts. 490. 3.º y 491	316
	A) <i>Ataque al honor de la Corona y crítica política</i>	317
	B) <i>Los tipos delictivos</i>	319
2.3.	Bibliografía.....	322
3.	Delitos contra las instituciones del estado y la división de poderes	323
3.1.	Sección 1.ª Delitos contra las Instituciones del Estado.....	323
3.1.1.	Obstaculización a las Cortes, nombramiento Tutor o Regente.....	323
3.1.2.	La invasión violenta de los órganos legislativos.....	326

3.1.3.	Alteración exterior del normal funcionamiento de los órganos legislativos	330
3.1.4.	El ejercicio violento del derecho de petición a los órganos legislativos.....	332
3.1.5.	Injurias a los órganos legislativos	334
3.1.6.	Alteración de las sesiones de los órganos legislativos .	338
3.1.7.	Obstaculización a la libertad de los Parlamentarios...	342
3.1.8.	Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos	345
3.1.9.	Detención ilegal del parlamentario	346
3.1.10.	La imputación o procesamiento ilegal de un miembro de los órganos legislativos.....	350
3.1.11.	Desobediencia a instituciones investigadoras del Estado y de CCAA.....	351
3.1.12.	La invasión violenta del local de constitución del Ejecutivo y el atentado a su libertad.....	354
3.1.13.	Calumnias, injurias y amenazas a altas instituciones de la Nación	357
3.1.14.	Injurias y amenazas a los ejércitos y Fuerzas de Seguridad.....	359
3.2.	Sección 2.ª De la usurpación de atribuciones	360
3.2.1.	La arrogación de atribuciones genérica.....	360
3.2.2.	Arrogación de atribuciones administrativas por la autoridad judicial	361
3.2.3.	Usurpación de atribuciones judiciales.....	363
3.2.4.	Las injerencias recíprocas entre Poder Judicial y Administración	367
4.	De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria	369
4.1.	Introducción.....	369
4.2.	Sección 1.ª, De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución	372
4.2.1.	Delito de xenofobia. Art. 510 CP.....	372
4.2.2.	Discriminación en servicios públicos. Art. 511 CP	376
4.2.3.	Discriminación profesional o empresarial. Art. 512	380
4.2.4.	Reuniones y manifestaciones ilícitas. Art. 513 CP	381
4.2.5.	Penalidad de reuniones o manifestaciones. Art. 514 CP	385
4.2.6.	Asociaciones ilícitas. Art. 515	392

4.2.7.	Supuesto agravado. Art. 516 CP.....	402
	A) <i>Promotores y directores</i>	404
	B) <i>Integrantes</i>	404
4.2.8.	Supuesto atenuado. Art. 517 CP.....	405
	A) <i>Fundadores, directores, y presidentes</i>	406
	B) <i>Miembros activos</i>	406
4.2.9.	Cooperación con asociación ilícita. Art. 518 CP.....	407
4.2.10.	Formas de participación intentada. Art. 519 CP.....	408
4.2.11.	Disolución y otras consecuencias accesorias. Art. 520.	408
4.2.12.	Especial atención a la condición de autoridad, agente de esta o funcionario. Art. 521.....	410
4.3.	Sección 2.ª, De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos.....	411
4.3.1.	Introducción.....	411
4.3.2.	Proselitismo ilegal. Art. 522.....	414
4.3.3.	Perturbación de actos religiosos. Art. 523 CP.....	416
4.3.4.	Profanación. Art. 524 CP.....	418
4.3.5.	Escarnio. Art. 525.....	420
4.3.6.	Violación de sepulturas y profanación de cadáveres. Art. 526 CP.....	423
4.4.	Sección 3.ª, De los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria.....	426
4.4.1.	El art. 527 CP.....	426
	A) <i>Regulación legal de la objeción de conciencia y doctrina constitucional</i>	430
	B) <i>Estudio de los tipos penales del art. 527</i>	436
4.4.2.	Art. 528.....	442
4.5.	Bibliografía.....	443
5.	Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales	446
5.1.	De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantía constitucionales.....	446
5.1.1.	Entrega ilegal de una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo. Art. 529 CP.....	446
5.1.2.	Privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Art. 530 CP.....	447
5.1.3.	Incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Art. 531 CP.....	448

5.1.4.	Incomunicación y privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales cometida de forma imprudente. Art. 532 CP	449
5.1.5.	Imposición a reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o uso de rigor innecesario. Art. 533 CP	450
5.2.	Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad ...	450
5.2.1.	Delitos contra la inviolabilidad del domicilio.....	451
5.2.2.	Delito contra la inviolabilidad de la correspondencia..	453
5.2.3.	Delito de interceptación de comunicaciones.....	454
5.3.	Sección 3.ª, De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales.....	455
5.3.1.	Obstaculización del derecho a la asistencia letrada	455
5.3.2.	Delitos contra la libertad de expresión.....	456
5.3.3.	Delitos relativos a la libertad de asociación.....	457
5.3.4.	Delitos contra la libertad de reunión.....	457
5.3.5.	Expropiación ilegal.....	458
5.3.6.	Delitos contra el libre ejercicio de los derechos cívicos	458
6.	Delito de ultrajes a España	460
	Índice alfabético.....	463
	Índice de sentencias	495

