

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, "Impedimento de derechos cívicos y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales" en Delitos contra la administración pública, ed. Adela ASUA BATARRITA, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997, pp. 351-377.

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, "Discriminación punible en el ámbito del servicio público" en Delitos contra la administración pública, ed. Adela ASUA BATARRITA, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 379-387.

IMPEDIMENTO DE DERECHOS CÍVICOS Y OTROS DELITOS DE FUNCIONARIOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. SENTIDO GENERAL DE LA PROTECCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

II. ANÁLISIS DEL DELITO DE IMPEDIMENTO DE DERECHOS CÍVICOS: ARTÍCULO 542. INTRODUCCIÓN: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

III. EL ARTÍCULO 542: ELEMENTOS TÍPICOS.

1. Sujeto activo.

2. Acción típica.

A. Concepto de "derechos cívicos".

a. Concepto de derecho cívico según la Consulta de la Fiscalía General del Estado de 1989: Tesis A y B.

b. Conceptos de derecho cívico según la jurisprudencia del TS.

c. Conclusiones en torno al concepto de derecho cívico.

B. La conducta típica: "impedir".

3. Elemento subjetivo: especial consideración del elemento "a sabiendas".

IV. LA PENA: EL NUEVO CONTENIDO DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO.

V. PROBLEMAS CONCURSALES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS RESTANTES PRECEPTOS DE LA SECCIÓN 3ª DEL CAPÍTULO V DEL TÍTULO XXI.

1. Artículo 542 y prevaricación.

2. Artículo 542 y coacciones.

3. Breve referencia al nuevo delito contra el derecho de defensa.
4. Artículo 542 y la libertad de expresión en el art. 538.
5. Artículo 542 y la libertad de asociación en el art. 539.
6. Artículo 542 y la libertad de reunión en el art. 540.

BIBLIOGRAFIA

- BUSTOS RAMIREZ, Juan: Manual de Derecho penal. Parte especial, 1ª ed., Barcelona, 1986.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial, 10ª ed., Valencia, 1995.
- ROLDAN BARBERO, Horacio: "El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos" en *La Ley* 1996, Año XVII. Número 4022, pp. 1-4.
- Del mismo: "Sobre el alcance del término 'derechos cívicos' a los efectos del artículo 194 del Código Penal" en *La Ley* 1991, Año XII. Número 2811, pp. 1-5.

IMPEDIMENTO DE DERECHOS CÍVICOS Y OTROS DELITOS DE FUNCIONARIOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. SENTIDO GENERAL DE LA PROTECCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

[UBICACION SISTEMATICA] En el Código penal de 1995 dentro del **Título XXI** referido a los "Delitos contra la Constitución", el **Capítulo V** se intitula: "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales". Dicho Capítulo V se subdivide a su vez en tres secciones:
-sección 1ª: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual;
-sección 2ª: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad;
-por último, la **sección 3ª**: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales (art. 537-542).

[DELITOS CONTRA LA CONSTITUCION -TITULO XXI- FRENTE A DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA -TITULO XIX-] En este momento nos vamos a centrar en esta Sección tercera que viene a constituir la Sección de cierre a modo de "cláusula general" para la tipificación de conductas en este ámbito. No obstante esta sección participa, junto a las restantes que integran el Capítulo V, de un determinado sentido de protección específico y diferente a los "Delitos contra la administración pública" del actual Título XIX que conviene, antes de nada, tener presente para poder posteriormente realizar una determinación precisa y correcta del ámbito material del injusto de los delitos a estudio.

[ANTECEDENTES HISTORICOS] El anterior Código penal de 1973 titulaba lo que actualmente se enmarca en los "delitos contra la Constitución", como "Delitos contra la seguridad interior del Estado" en el Título II y, concretamente, en la sección 2ª del Capítulo II se hacía referencia a "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por la leyes". En esta sección 2ª se incluían delitos como el de impedimento de derechos cívicos (artículo 194), contra la libertad de expresión, reunión, la igualdad...La Doctrina criticaba abiertamente la terminología de intitulación utilizada -delitos contra la seguridad interior del Estado- por el equívoco en el sentido de protección que podía introducir. En efecto, tal y como señala MUÑOZ CONDE (pp. 613 y ss.) el sentido gramatical de la expresión de "delitos contra la seguridad interior del Estado" (o exterior) coloca el centro de gravedad en el término "seguridad" referido al Estado que refleja una visión autoritaria del mismo. La actual denominación de "delitos contra la Constitución" recupera la tradición liberal del Código penal de 1870 que quedó suprimido al tiempo de la dictadura de Primo de Rivera.

[SENTIDO AUTORITARIO DE PROTECCION] En consecuencia, el antecedente inmediatamente anterior de la sección 3ª (esto es, la sección 2ª del Cap. II del Título II del Código de 1973) respondía al esquema autoritario propio del régimen dictatorial franquista en el que el Derecho penal en general, y específicamente en esta materia, era utilizado como un arma política más para reprimir la oposición y las discrepancias políticas (MUÑOZ CONDE, pp. 673 y 674).

[NUEVO SENTIDO PROTECTOR/JURISPRUDENCIA] La nueva intitulación del Cap. V del Título XXI del Código de 1995 - Delitos...contra las garantías constitucionales- manifiesta ya la nueva orientación interpretativa que a este conjunto de delitos se debe dar desde la perspectiva constitucional propia de un Estado social y democrático de Derecho. La propia interpretación jurisprudencial del TS reclamaba la necesidad de la nueva orientación en la jurisprudencia post-constitucional: así en la STS de 17 de octubre de 1995 en relación a un supuesto de denegación de la posibilidad de solicitud de asilo, al analizar el sentido del posible delito de impedimento de derechos cívicos se hace referencia al sentido general de los delitos cometidos por funcionarios contra los derechos individuales en los siguientes términos:

"Es característico de un Estado de Derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente, sino que existan garantías para su ejercicio. El reconocimiento de dichos derechos quedaría vacío de contenido si no se estableciese, de manera expresa, la sanción de los funcionarios y autoridades que abusando de su función impidiesen ejercitarlos. Así como los ciudadanos gozan de libertad en todo aquello que la Ley no prohíbe, los funcionarios y autoridades, cuando en su actuación afectan o limitan los derechos ciudadanos, solamente pueden actuar en el marco de facultades que la ley expresamente les concede. Si abusan de su poder impidiendo el ejercicio de tales derechos, su actuación lesiona doblemente los derechos de los ciudadanos y el deber de fidelidad del funcionario hacia el Estado, pues éste ha delegado en él determinadas facultades con la finalidad de salvaguardar dichos derechos y libertades, pero no para conculcarlos. Precisamente por la relevancia que en un Estado de Derecho tiene la necesidad de garantizar el libre ejercicio de los derechos cívicos y no meramente su reconocimiento formal, y por el hecho de que el ciudadano está más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de los derechos provenientes de quienes están investidos de una potestad administrativa, es por lo que el sistema de garantías requiere la utilización frente a dichas conductas obstaculizadoras o impeditivas, del instrumento de coerción más poderoso de que dispone el ordenamiento jurídico: la sanción penal. De ahí la relevancia del artículo 194 del Código penal, que actúa como cierre en el sistema de tutela penal del ejercicio de los derechos

cívicos."(FJ 2º)

[SENTIDO GARANTISTA] La mención realizada al sentido garantista de protección puede matizarse y profundizarse en su alcance real. Así, tal y como insiste BUSTOS (pp. 368 y 369):

"En estos casos, no se afecta la capacidad y estructura del Estado como aparato de control. De modo que no se puede estimar que son delitos contra la seguridad del Estado. (...) se trata de establecer vías de aseguramiento para el ejercicio de los derechos de las personas. Estos bienes están en conexión con todas y cada una de las personas, por lo tanto con la colectividad; se trata de bienes colectivos que hay que separar de una visión estatista de control, que implicaría su desnaturalización(...) Su efectividad no está al servicio del Estado sino de la colectividad."

[TUTELA DE LA GARANTIA COMO ASEGURAMIENTO DEL EJERCICIO DE UN DERECHO] Conviene resaltar que lo específico y esencial como objeto de protección es el aseguramiento del derecho, la garantía de que el derecho reconocido **efectivamente** podrá ejercerse y exigirse. Esta idea es esencial: no se trata de proteger el principio de igualdad, o la libertad de expresión, etc...sino algo previo. BUSTOS (p. 369) lo expresa con exactitud:

"Tampoco se puede confundir el bien jurídico protegido en cada caso concreto, con los bienes jurídicos microsociales (con los cuales aparece conectado teleológicamente). No es la vida, ni la libertad, ni el honor, ni la salud individual, etc., lo *directamente* protegido, sino un ámbito de relación social previo. Este ámbito previo aparece formalizado en la Constitución y las leyes que lo desarrollan y está constituido por lo que denomina *garantías constitucionales y legales*. Una protección cabal de los bienes jurídicos microsociales sólo puede existir en la medida en que se configure este bien jurídico institucional de las *garantías* al ejercicio de los derechos de las personas. Más aún, la profundización del Estado de Derecho social y democrático requiere de una ampliación y perfeccionamiento de las garantías, éstas tienen que convertirse en su notas característica.

Por principio, las *garantías* establecen una relación entre Estado y colectividad, constituyen un límite a la intervención del Estado y sus agentes. (...) Lo propio del contenido de las *garantías* es el establecimiento de un marco infranqueable para la autoridad, de ahí la importancia de su protección penal."

[GARANTIA Y SISTEMA DEMOCRATICO] El contenido de injusto de las conductas que vamos a analizar se especifica pues en un daño supraindividual que en primera línea afecta al sistema democrático en su aspecto medular de sistema garante de

derechos: lo característico de un tal Estado no es el aseguramiento de la inviolabilidad de derechos, sino que se parte del presupuesto de que éstos pueden no ser respetados y se arbitran una garantías para su ejercicio. Este acento sobre lo "adjetivo" (garantía), diferencia a la democracia del sistema autoritario. El funcionario que no las respeta, está poniendo en peligro lo esencial del funcionamiento democrático:

"Los actos de los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes atacan justamente las garantías, implican un abuso de poder de la autoridad y, por ello, tienden a eliminar o disminuir al ciudadano como sujeto autónomo, se ataca las bases mismas de funcionamiento de una colectividad democrática. Se aumenta el control, el autoritarismo, se tiende a volver a una concepción absolutista del Estado." (BUSTOS, p. 369).

[CONCLUSION: OBJETO DE PROTECCION ESPECIFICO] Este aspecto esencialmente garantista en el sentido de protección, y su íntima conexión con el sistema democrático, es el que diferencia los delitos cometidos por los funcionarios en el ámbito de los delitos contra las garantías constitucionales (Título XXI) frente a los delitos de éstos contra la Administración Pública (Título XIX): si bien es una diferencia no absoluta en la medida en que la cualidad de funcionario del sujeto activo del delito entraña un punto de conexión entre los delitos de ambos títulos que a continuación pasamos a mencionar.

[DEBER DE FIDELIDAD DEL FUNCIONARIO: NUEVO ENTENDIMIENTO] La sentencia del TS aludida hacía referencia también al deber de fidelidad de los funcionarios hacia el Estado como objeto de protección de los delitos cometidos por funcionarios. En este segundo aspecto es donde se encuentra la conexión material de este tipo de delitos de funcionarios con los del Título XIX: no obstante, debe matizarse convenientemente ese "deber de fidelidad". En la concepción del "deber del cargo" como bien jurídico en los delitos de funcionarios se traduce una visión totalitaria de la actividad administrativa (MUÑOZ CONDE, p. 803). El sentido de protección en los delitos de funcionarios contra la Administración pública apunta a un bien jurídico funcional: el correcto ejercicio de la potestad administrativa, el correcto funcionamiento de tal Administración en cuanto "(...) que resulta esencial para la resolución y disminución de los conflictos sociales" (BUSTOS, p. 436). Determinadas conductas de los funcionarios pueden llevar a una pérdida generalizada de la confianza en la Administración pública y, por ello, llegar a impedir que ésta cumpla con su deber de prestar los servicios públicos correspondientes y necesarios para que el Estado social y democrático de Derecho lleve a cabo su cometido. Se protege, pues, no a la Administración en sí, sino como prestadora de servicios esenciales.

[OBJETO DE PROTECCION SECUNDARIO] Esta perspectiva del

correcto funcionamiento del servicio público, y su carácter funcional, deben sustituir a esa concepción del "deber de fidelidad". Este aspecto integra también el injusto de los delitos de los que nos vamos a ocupar, aunque de una forma más mediata que en los delitos del Título XIX: aquí lo esencial es el aspecto específicamente garantista señalado lo cual justifica su diferente ubicación sistemática en el Título XXI.

II. ANALISIS DEL DELITO DE IMPEDIMENTO DE DERECHOS CÍVICOS: ARTÍCULO 542. INTRODUCCION: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION.

[NUEVO ART. 542: TENOR LITERAL] El actual artículo 542 presenta la siguiente redacción:

"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."

[JURISPRUDENCIA DEL TS: VISION GENERAL] Hasta marzo de 1996 son 15 las sentencias del TS en esta materia si tomamos en cuenta 1 sentencia preconstitucional (STS. 4 marzo 1974 -Ar. 1198- en la que se enjuicia la conducta de un alcalde que decreta la suspensión de la Junta Ordinaria de una asociación) en la que por primera vez llega a esta instancia el artículo 194 (antecedente del actual 542) y, también, una sentencia de 1933 (STS. 23 octubre 1933 -Ar. 404- en la que también un alcalde impide el derecho de petición de un grupo de obreros agrícolas) referida al artículo 210 del Código penal de 1932, antecedente¹ del actual precepto introducido en 1944.

[PRIMERA SENTENCIA POST-CONSTITUCIONAL] La primera sentencia post-constitucional se produce en 1983 (STS. 23 marzo 1983 -Ar. 2169-) con motivo de la conducta de un alcalde de Terrinches (Ciudad Real) que, enterado de los sucesos del "23F" de 1981 acaecidos en el Congreso de los Diputados, decreta el cierre de los bares y prohíbe salir a la calle salvo casos de urgente necesidad y en ningún caso en grupos superiores a 2 personas.

[JURISPRUDENCIA A PARTIR DE 1992] Habrá que esperar, sin embargo, hasta el año 1992 para encontrarnos de nuevo con sentencias del TS: además en este año el TS profundiza en el sentido del art. 194 y establece un cuerpo de doctrina que citará -con variaciones y evoluciones- hasta el presente. Dos son las sentencias en este año 1992: de 20 de febrero de 1992 -

¹.- En realidad tal precepto se refería al derecho de petición en concreto, pues en dicho Código de 1932 existía una casuística en esta materia, careciéndose de una cláusula general en la línea del art. 542 (antiguo 194) que por primera vez se introdujo en el Código penal en 1944.

Ar. 1218- y de 22 de diciembre del mismo año -Ar. 10473-. Esta última es la que realiza el estudio y profundización indicadas. En seguida volveremos sobre ellas. Pero antes quisiera terminar con el panorama jurisprudencial hasta la fecha pues a partir de éste podremos identificar algunas claves para la correcta interpretación y comprensión del precepto a estudio. En el año 1993 se pronuncian 4 sentencias²; en el año 1994 únicamente 1³; en el pasado año 1995 otras 4 sentencias⁴; finalmente -y hasta el mes de marzo de 1996- otra sentencia⁵.

[NOVEDAD DE LA MATERIA: INTERPRETACION BALBUCEANTE] Como vemos, en primer lugar, es fundamentalmente a partir del año 1992 cuando parece activarse con mayor profusión la persecución penal de este delito (12 del total de 15 sentencias pronunciadas por el TS) y se comienza a realizar el esfuerzo de interpretación de este precepto e indirectamente de este tipo de delitos de funcionarios contra los derechos cívicos. Se constata, como vamos a comprobar, una interpretación oscilante con pronunciamientos heterogéneos e incluso contradictorios. Se trata, en definitiva, de una materia nueva y en formación pero de gran futuro e importancia si se repara en el aspecto esencial de protección de las garantías constitucionales que constituye su objeto.

[ESTADO DE LA DOCTRINA] Vamos a comprobar las afirmaciones realizadas a lo largo del análisis de la jurisprudencia más relevante, proponiendo, a la vez, la interpretación idónea, a nuestro juicio, en la materia. Antes de ello, únicamente nos resta señalar que la doctrina tampoco ha prestado demasiada atención a la materia (ROLDAN BARBERO es el único monografista del delito de impedimento de derechos cívicos) y que existe una importante Consulta de la Fiscalía General del Estado (CONSULTA 4/1989 de 25 de noviembre) que ha ejercido un gran influjo en la jurisprudencia en el tema que ahora queda recogido en el art. 542 del nuevo Código penal.

III. EL 542: ELEMENTOS TÍPICOS.

[INTRODUCCION: CAMBIOS EN LA NUEVA REDACCION] La nueva redacción del delito de impedimento de derechos cívicos no ha variado demasiado pero se han introducido algunos cambios que pueden ser esenciales en la interpretación de algunas

².- STS 8 febrero 1993 -Ar. 939-; STS 19 febrero 1993 -Ar. 1373-; STS 23 marzo 1993 -Ar. 2500-; STS 1 octubre 1993 -Ar. 7465-.

³.- STS 7 febrero 1994 -Ar. 703-.

⁴.- STS 27 febrero 1995 -Ar. 1425-; STS 17 octubre 1995 -Ar. 7611-; STS 19 octubre 1995 -Ar. 7722-; STS 30 noviembre 1995 -Ar. 8879-.

⁵.- STS 22 enero 1996 -Ar. 47-.

cuestiones especialmente debatidas hasta ahora. Señalemos brevemente los elementos principales del precepto y sus cambios más notables para pasar posteriormente al estudio particularizado de dichos elementos.

[SUJETO ACTIVO] En primer lugar, en cuanto al sujeto activo, se trata de un delito especial de suerte que sólo podrá ser cometido por autoridad o funcionario público. En este aspecto no hay cambio sustancial alguno.

[CONDUCTA TIPICA: "POR LA CONSTITUCION Y LAS LEYES"/"OTROS"] En segundo lugar, la acción típica consiste en "impedir a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes": se trata de la misma formulación que mantenía el anterior 194 pero con el añadido esencial de que deben ser derechos cívicos reconocidos por **la Constitución y las Leyes**, frente a la fórmula anterior en que sólo se aludía al reconocimiento por las **leyes** sin más. Este añadido influye a nuestro juicio en la medida en que acota más precisamente el sentido del concepto de derechos cívicos. Volveremos más tarde sobre este aspecto: ahora basta con dejarlo apuntado. También resulta interesante, la modificación del artículo "**los** derechos cívicos" por el de "**otros** derechos cívicos" del actual art. 542: este cambio formal nos dará pie para confirmar definitivamente el carácter subsidiario que el legislador quiere otorgar a este precepto a modo de cláusula general protectora de cierre.

[ELEMENTO SUBJETIVO: "A SABIENDAS"] En tercer lugar, se añade también el término "**a sabiendas**", inexistente en la anterior redacción. Esto refuerza la exclusión de la comisión culposa discutida en el anterior precepto, máxime teniendo en cuenta el nuevo sistema de incriminación culposa del Código de 1995 mediante "numerus clausus". Pero, además, abre la vía de una interpretación restrictiva del tipo a través de una posible exigencia de este elemento subjetivo adicional.

[PENALIDAD] En cuarto lugar, la pena sigue siendo la de inhabilitación especial pero especificándose -inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años- cuyo contenido es más grave conforme a la nueva definición general de dicha inhabilitación (art. 42 CP 1995).

[CARACTER SUBSIDIARIO] Por último, existe unanimidad en considerar que este precepto tiene carácter residual o subsidiario frente a los demás recogidos en la misma sección (MUÑOZ CONDE, p. 698 ; CONSULTA 4/1989; por todas STS 23 marzo de 1993). Este aspecto, ya señalado, volveremos a retomarlo al analizar los problemas concursales de este delito, al hilo de los cuales aprovecharemos para analizar los restantes delitos regulados en la sección en la medida en que su correcta comprensión y delimitación se facilita desde la perspectiva concursal.

1. Sujeto activo.

[CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE FUNCIONARIO] Se trata de un delito especial que sólo puede ser llevado a cabo por un funcionario o autoridad. El concepto de funcionario o autoridad a efectos jurídico-penales es relativamente amplio a juzgar por la interpretación jurisprudencial del anterior art. 119, actual art. 24. El concepto de funcionario público es un concepto funcional que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto (MUÑOZ CONDE, p. 805).

[SUJETO ACTIVO EN LA PRACTICA: ALCALDES] En relación al 542, se ha considerado también funcionario público por ejemplo a un médico de servicio y a su ATS (Ayudante Técnico Sanitario) en relación a su negativa a extraer sangre a petición del interesado con el fin de contrastar la prueba de alcoholemia que previamente se le había practicado por presunto delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (CONSULTA 4/1989, p. 1854). No obstante, en la varios de los supuestos de aplicación de este tipo en la jurisprudencia del TS se trata de alcaldes municipales. Según la STS 1 octubre 1993, en la que un alcalde manda retirar impresos de propaganda de unas jornadas culturales por inclusión de un nombre del pueblo incorrecto, se alude a la siguiente explicación:

"Quizá sea la vida municipal de los pequeños pueblos la más propicia para que aún subsista esta clase de abusos de las autoridades contra sus conciudadanos." (FJ 3º)

A ello cabe añadir, que quizás colabore a esta realidad el hecho de la inaplicabilidad de la normativa disciplinaria de los funcionarios a los alcaldes municipales, lo que aboca a la vía penal a erigirse como único camino para atajar los excesos de aquéllos.

[COMPETENCIA FUNCIONAL COMO REQUISITO ADICIONAL] En cualquier caso, la Consulta de la Fiscalía de 1989 señala que no basta con el mero cumplimiento formal de la condición de funcionario o autoridad según la interpretación jurídico-penal para imputar la conducta de impedir un derecho cívico. Además se requiere:

"(...) la *condictio iuris* de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con esos derechos como titulares de esta cualidad". Esto es: "(...) una autoridad o funcionario público singularmente cualificados para quienes la comisión del delito entrañe una violación del deber de sus funciones⁶." (CONSULTA 4/1989, p. 1860).

⁶.- En la toma de postura de la Consulta de 1989 (que acepta la tesis "B") se niega, precisamente, que el médico y su ATS tuvieran tal competencia funcional en el supuesto de su negativa a la extracción (pp. 1857 y 1859-1860):

Esta interpretación de la Fiscalía General del Estado ha sido aceptada por el TS: así la STS 22 diciembre 1992 señala:

"(...) que no basta que se trate de un funcionario público in genere, sino que ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata. Es decir debe tener competencia funcional." (FJ 3º).

[APLICACION AL FUNCIONARIO DE DELITOS COMUNES] En consecuencia, si el sujeto que impide un derecho cívico es funcionario público o autoridad, según el significado jurídico-penal, pero sus funciones propias no tienen relación alguna con el derecho impedido, deberán aplicarse -en su caso- los delitos "cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución" (sección 1ª del Capítulo IV -De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (...)- del Título XXI)⁷ -según la clase de derecho afectado- o, en su caso, el delito genérico de coacciones, en cualquier caso con la agravante genérica de prevalimiento del carácter público (actual artículo 22-7º) (CONSULTA 4/1989, p. 1860; STS 22 diciembre 1992, FJ 3º).

"No aparece que la negativa estuviese relacionada subjetivamente con el propósito de imposibilitar el ejercicio de un derecho por parte de quienes estuvieran obligados a facilitar ese ejercicio. La condición de funcionarios públicos de los inculcados viene referida a la sanidad, con lo que su cometido como tales funcionarios consistía básicamente en la prestación de atenciones médicas con carácter urgente, y que la demanda de extracción de sangre carecía de todo sentido terapéutico. Faltaría, pues, subjetiva y objetivamente, esa relación pública con el pretendido derecho fundamental violado(...)" (p. 1857).

La tesis "A", no obstante, mantiene que en este supuesto se cumplen los requisitos del sujeto activo, que se reducen a su condición de funcionario público a efectos penales (p. 1854).

⁷.- Estos delitos suponen "la otra cara de la moneda" de la protección de algunos derechos fundamentales: no obstante suponen un sentido de protección diferente en la medida en que regulan el posible abuso de los **particulares** en el goce de sus derechos. La posición del que abusa es pues diferente: se trata de un abuso "entre iguales" y no desde el nivel de superioridad del funcionario del Estado. Así: "(...) el ciudadano puede hacer todo lo que no le está prohibido, mientras que la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le ordena" (MUÑOZ CONDE, p. 696). En esta sección se protege en primera línea los correspondientes derechos y no, ya, en su vertiente garantística frente a los poderes públicos.

2. Acción típica.

["DERECHOS CIVICOS": PLANTEAMIENTO] La correcta determinación de la conducta típica, así como del ámbito punible preciso del precepto a estudio, depende directa y principalmente de lo que por "derecho cívico" se entienda. A nuestro juicio debe equipararse derecho cívico con **derecho fundamental de la Constitución**: esta propuesta realizada por ROLDAN BARBERO (LA LEY 1991) ya en 1991⁸ ha sido, además, acogida en parte tal y como se desprende del tenor del nuevo art. 542 (referencia a la Constitución y las Leyes) e indirectamente del conjunto de la sección 3ª, capítulo V, del Título XXI. No es ésta la concepción de la Consulta de la Fiscalía de 1989, ni del conjunto de la Jurisprudencia del TS. Esta última sigue en muchos de los supuestos el concepto de derechos cívicos propuesto por la Consulta 4/1989, pero, en algunos pronunciamientos, alude a otros conceptos que a continuación vamos a analizar críticamente. Con todo, se detecta en la jurisprudencia más reciente una asunción de la concepción propuesta en este trabajo, como vamos a tener ocasión de comprobar.

A. Concepto de "derechos cívicos".

a. Concepto de derecho cívico según la Consulta de la fiscalía de 1989: Tesis A y B.

En el supuesto ya señalado de la negativa de un médico y su ATS a llevar a cabo una extracción de sangre se plantean dos concepciones diferentes de lo que por derecho cívico debe entenderse en el anterior art. 194.

a'. Tesis A (p. 1855).

[DERECHO CIVICO COMO DERECHO FUNDAMENTAL] Entiende que derechos cívicos del art. 194 son todos los derechos fundamentales de la Constitución sin que se pronuncie con claridad en relación a que tales serían únicamente los correspondientes al capítulo II del Título I de la CE (art. 14-38), o, de forma más amplia a cualquier derecho fundamental de la CE. En cualquier caso lo que sí afirma de manera categórica es que no cabe restringir los derechos cívicos únicamente a "derechos cívicos de participación en la vida pública", esto es, derechos políticos. Esta es la postura de la Tesis B que a continuación vamos a ver.

[RESOLUCION DEL CASO A CONSULTA] A partir de esta concepción entiende que en el supuesto a consulta el médico (y el ATS) impiden con su actuar el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa cuya cobertura

⁸.- Ratificada por el mismo a la luz del nuevo art. 542 (LA LEY 1996).

constitucional ubica en el art. 24-2º (sección 1ª del Cap. II) y, en consecuencia, constituye impedimento de un derecho cívico en el sentido típico del art. 194.

b'. Tesis B (pp. 1856 y 1857) y toma de postura definitiva (pp. 1858 y 1859).

[DERECHO CIVICO COMO DERECHO POLITICO] Desde presupuestos más restrictivos, la Tesis B niega que el carácter residual del art. 194 pueda extender su protección a todos los derechos fundamentales de la CE porque si tal cosa se aceptara, estaríamos ante una quiebra del principio de determinación y taxatividad de la ley penal que se deriva directamente del principio de legalidad. Por ello afirma que por derechos cívicos a efectos del art. 194 deben entenderse no todos los derechos fundamentales, sino únicamente:

"(...) algunos de los derechos fundamentales, precisamente aquellos que representan la participación del ciudadano en la vida pública; el carácter residual que se asigna al artículo 194 significa que se extenderá a los derechos de participación que no tengan expresa previsión legal." (p. 1856).

[NEGACION DEL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO CIVICO] En consecuencia, entiende que considerar al derecho de defensa como derecho cívico supondría una:

"(...) labor creativa del tipo que vulneraría el principio de legalidad" (p. 1856)

máxime habida cuenta de la enorme amplitud de la formulación del artículo 24 de la CE, en la medida en que:

"(...) el intérprete tendría que extender a todas las manifestaciones del derecho de defensa la tutela penal, o seleccionar, inspirándose en el principio de intervención mínima, aquellas de las manifestaciones que sólo podrían ser tuteladas acudiendo a la Ley penal; actividad que en una u otra forma constituiría una aplicación analógica de la ley penal." (p. 1856).

[TOMA DE POSTURA DEFINITIVA: DERECHOS POLITICOS EN CONCRETO] Esta segunda concepción del derecho cívico será la que adoptará la toma de postura definitiva de la Consulta que reforzará con argumentos histórico-legislativos (a la luz de la normativa penal del CP de 1870 y 1932), sistemáticos, y de derecho comparado, así como de carácter material, volviéndose a remarcar desde el principio de legalidad la necesidad de concretar la amplia fórmula "derechos cívicos reconocidos por las leyes" con la remisión a la fuente normativa única de la CE. En cualquier caso, realiza una individualización de los derechos políticos concretos a que se refiere el art. 194: los de participación en el poder (derecho de sufragio activo y pasivo, derecho de acceso a las funciones y cargos públicos,

derecho de petición), las libertades de asociación, reunión y manifestación políticas y la libertad de expresión (p. 1859).

[REPERCUSION EN LA JURISPRUDENCIA] Esta postura será la que más eco hallará en las sentencias inmediatamente posteriores del TS: no obstante la concepción de la primera tesis, e incluso otra aún más amplia, se reflejan en algunos pronunciamientos de dicho Tribunal, lo que determina un alto grado de inseguridad y confusión en la concepción del precepto, inaceptable por el socavamiento que provoca del principio de legalidad penal. Veámoslo a través del análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

b. Concepto de derecho cívico según la jurisprudencia del TS.

1. [SUPUESTO DE HECHO] El primer pronunciamiento respecto al concepto de derechos cívicos en la jurisprudencia del TS se produce en la citada **STS 23 marzo 1983** dictada a raíz de los sucesos que se produjeron en el contexto del 23F de 1981 en un pueblo en el que el alcalde cerró los bares y prohibió salir a la calle.

[PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO CIVICO] Literalmente señala lo siguiente:

"(...) es pacífica la doctrina que viene entendiendo que protege aquellos derechos que representan el ejercicio de determinadas actividades rayanas en los derechos políticos y fundamentales de la persona que en los propiamente civiles y que, hoy por hoy, y como norma en blanco, ha de encontrar su adecuada remisión en los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, especialmente los comprendidos en el capítulo 2º del Título I, como son los de igualdad ante la ley, libertades ideológicas, religiosa, personal, de circulación y reunión, etc." (Considerando 1º)

[AMBIGUEDAD] Se trata de un pronunciamiento poco claro en la medida en que se hace referencia tanto a los derechos políticos como a los derechos fundamentales en general y en particular a los del capítulo 2º del Título I. Es por ello que la tesis A de la Consulta se puede apoyar en esta sentencia como argumento a su concepción de derechos cívicos como derechos fundamentales del Capítulo 2º, de la misma manera que la toma de postura -que acepta la tesis B- afirma que de esta sentencia no cabe llegar sin más a dicha conclusión ya que "no está a favor ni en contra" y que es posible cohonestarla con su concepción estricta de derechos cívicos como derechos políticos.

2. [CONCEPTO MAXIMO DE DERECHO CIVICO] En la **STS de 20 de febrero de 1992**, la primera después de la Consulta de la Fiscalía de 1989, y segunda post-constitucional, se maneja un concepto de derechos cívicos amplísimo e inaceptable desde el

principio de legalidad. Entiende el TS en dicha sentencia:

"(..) derechos cívicos (...) entre los que están, no sólo los fundamentales recogidos en la Constitución promulgada en 1978 y los jurídicamente protegidos en otros preceptos del Código penal de modo específico, sino también los otorgados en disposiciones de rango puramente administrativo, cualquiera que sea su soporte legal, como el acceso a bibliotecas y archivos del Estado, de las Comunidades autónomas, de la Provincia o del Municipio con fines de consulta y de investigación cuando la norma legal no lo prohíba o lo restrinja(...)" (FJ 2º)

[CRITICA A LA CONCEPCION: INACEPTABLE] Una tal concepción destruye de plano el principio de determinación de la ley penal y, por ello, el principio de legalidad, constituyendo al artículo 194 en una norma absolutamente indeterminada que en manos del juez puede verse rellena de cualquier contenido y, por ello, incriminar cualquier tipo de conducta de forma absolutamente arbitraria. No cabe olvidar que el Derecho penal debe ser "ultima ratio": una tal concepción llevaría a incorporar al ámbito penal las otras ramas del ordenamiento jurídico, así especialmente el ámbito de conflictividad propio de lo contencioso-administrativo. Este aspecto se pone claramente de manifiesto en la STS 22 diciembre de 1992 que enseguida va a ser objeto de análisis.

[SUPUESTO CONCRETO: ATENUACION DE LA CRITICA] Hemos de añadir, sin embargo, que frente a esta declaración general, en el caso concreto sometido a recurso referido a un alcalde que deniega a una investigadora, de forma injustificada, el acceso a los fondos del archivo y libros de enterramientos del cementerio "San Francisco", se hace referencia a que la conducta supone además una transgresión de normas de rango constitucional, si bien, no se cita precepto alguno de aquella y se apoya, principalmente, en la transgresión del:

"derecho de todo ciudadano (...) de acceso a la documentación que obrase en poder y bajo la custodia del ayuntamiento que presidía(...)" (FJ 2º)

[CONCEPCION ABANDONADA POR EL TS] Por suerte, esta concepción no ha vuelto a ser puesta de manifiesto por ningún otro pronunciamiento del TS, e incluso la sentencia que introdujo la concepción que ha sido posteriormente aceptada en numerosos pronunciamientos del TS ni siquiera la cita, ni la tiene en cuenta. Veamos dicha trascendental STS 22 diciembre 1992.

3. [SUPUESTO DE HECHO SUBYACENTE] La **STS 22 diciembre 1992** realiza un análisis en profundidad del artículo 194 en todos sus elementos. El caso concreto que se debate consiste en el presunto delito de impedimento de derecho cívico que cometían unos ingenieros agrónomos al ser ellos -y no el ingeniero técnico agrícola- quienes firmaban los expedientes en el

Departamento de Asuntos Económicos del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario (Iryda). Esto es, se pretende que el derecho de firma del ingeniero técnico agrícola sea un derecho cívico a efectos del 194.

[DERECHO CIVICO COMO DERECHO POLITICO: INFLUJO DE LA CONSULTA 4/1989] El TS siguiendo la toma de postura de la Consulta de la Fiscalía de 1989 acoge el concepto de derecho cívico como derecho político apoyando tal afirmación con numerosos argumentos (los de la Consulta principalmente).

[PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO: ARGUMENTO CLAVE] Interesa destacar, sobre todo, el razonamiento que desde el principio de ultima ratio se realiza:

"(...) el Derecho Penal está sujeto al principio de intervención mínima, de remedio supremo "de retaguardia", según se le ha calificado, para solventar las lesiones de bienes jurídicos protegidos. El derecho a la firma de un expediente por unos u otros funcionarios, por más agravio corporativo que pueda verse en ello, y descartada la atmósfera emocional que ello pueda crear, es materia propia de la Leyes y Reglamentos que gobiernan cada profesión, pero no puede tildarse de lesión a un derecho fundamental del individuo en el ámbito laboral." (FJ 6º)

Con esto se rechaza la presunta vulneración del artículo 35 de la CE que era llevado a cabo mediante el presunto impedimento del derecho de firma. El derecho penal exige un nivel de gravedad en la conducta muy elevado que pueda justificar la intervención de su pesada maquinaria: el resto debe quedar en manos de lo contencioso-administrativo, foro natural de la resolución de la mayoría de los conflictos menores que en este ámbito del actual 542 se puedan plantear.

[IMPORTANCIA DEL PRONUNCIAMIENTO] Como ya hemos señalado, esta sentencia será considerada por otras posteriores como "transcendental" en la materia y se impondrá la concepción que recoge de la Consulta de 1989 de derecho cívico como derecho político. Así de forma expresa: STS 8 febrero 1993 o la STS 1 octubre 1993. Con todo se constata en la jurisprudencia más reciente un cierto abandono de dicha concepción y una definición de los derechos cívicos simplemente como derechos fundamentales sin más.

4. [DERECHO CIVICO: VUELTA A LA AMBIGUEDAD] En **STS 7 de febrero 1994** no se manifiesta con claridad la identificación de derechos cívicos con derechos políticos llegándose a señalar que en realidad derechos cívicos deberían ser los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 a 30 inclusive de la CE. En realidad en esta sentencia se realizan ambas afirmaciones -derechos cívicos como derechos políticos y como derechos fundamentales del art. 14 a 30- no pudiéndose concluir con precisión de qué concepto se está hablando. En definitiva en la línea de ambigüedad de la STS 23 marzo 1983.

[SUPUESTO DE HECHO: DERECHO DE DEFENSA] Hemos de destacar cómo precisamente se trata de un supuesto en el que no se leen los derechos al detenido ni se le provee de asistencia de letrado en la declaración y, cuando al finalizar ésta, se pretende que la firme, solicita abogado compareciendo éste el cual se niega a firmar la declaración en la que no estaba presente ante lo que el jefe de la policía municipal cierra el atestado y lo remite a la autoridad judicial. Se considera esta acción como un impedimento del derecho contenido en el artículo 17-3º de la CE. Este derecho no es de los llamados "políticos" y es, a nuestro juicio, el supuesto de hecho el que "obliga" a reformular el concepto de derecho cívico para poder incluirlo en el ámbito de protección de la norma debido a su obvia importancia. En este sentido se manifiesta con claridad MAGALDI según el cual los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa no caben en la construcción de los "derechos políticos", cuando es obvio que deben gozar de protección, a falta de un tipo específico, por la vía del art. 194 del Código penal" (LA LEY 1991, p. 3).

5. [DERECHO A SOLICITAR ASILO COMO DERECHO CIVICO: SUPUESTO DE HECHO] De forma aún más clara la **STS 17 octubre 1995** reconoce que el derecho a solicitar asilo del art. 13 CE es un derecho cívico a los efectos del art. 194. Los hechos hacen referencia a la negativa a considerar una petición de asilo por parte de un funcionario de servicio del puerto autónomo tras recibir, a su vez, instrucciones en dicho sentido a través de la correspondiente consulta al Comisario jefe de Documentación. La calificación jurídica del TS es clara:

"(...) impedir que la solicitud de asilo pudiese siquiera llegar a ser considerada por el Organismo Competente, mediante el procedimiento de negarse a recibirla, constituye una actuación que impide el ejercicio de un derecho cívico reconocido por nuestro país, e integra, en consecuencia, el tipo objeto de aplicación." (FJ 2º)

[ABANDONO DEL CONCEPTO DE DERECHO CIVICO COMO DERECHO POLITICO] El derecho de asilo no es tampoco de los denominados derechos políticos ni tan siquiera se encuentra en el Capítulo II del Título I de la CE, no obstante el TS lo considera derecho cívico a efectos del entonces art. 194. De hecho abandona en esta sentencia la concepción de derecho cívico como derecho político, si bien no existe un pronunciamiento expreso en este sentido.

6. [SUPUESTO DE HECHO] Por último en **STS 19 octubre 1995** en relación de nuevo al derecho de defensa presuntamente conculcado debido a que, entiende el recurrente, que se ha producido una vulneración al Juez ordinario predeterminado por la ley que abarca, como es lógico, el derecho a la recusación, en la medida en que se constata una irregular tramitación del incidente de recusación y un retraso en la confección de la pieza separada.

[ABANDONO EXPRESO DE LA TESIS DE DERECHO POLITICO] El TS estima que no cabe aplicar el art. 194 en cuanto que considera que tal irregularidad podría dar lugar a una infracción disciplinaria habida cuenta de que el derecho a la defensa no se impide, sino que se retrasa unos cuatro meses -demora no imputable a la acusada-. En cualquier caso lo que a nosotros nos interesa es que, de nuevo, ante un presunto supuesto de impedimento del derecho de defensa el TS, y esta vez de **manera expresa**, declara que los derechos cívicos:

"(...) no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución recoge **a lo largo de su texto**(...)". (FJ 4º - subrayado nuestro)

A diferencia de la STS 7 febrero 1994 no se acota de qué derechos fundamentales se está hablando (art. 14 a 30), situándose más en la línea de la STS 23 marzo 1983 en que también se aludía -aunque allí con ambigüedad- a derechos fundamentales en general.

7. [FUTURA CONCEPCION JURISPRUDENCIAL] Sólo resta añadir que la anterior concepción de derecho cívico como "cualquier derecho fundamental de la CE" se ha visto confirmada, con expresa cita de la STS 19 octubre 1995, por la reciente **STS 30 noviembre 1995** en el supuesto de la aplicación del art. 194 a un caso de conculcación de los art. 17 y 24 CE por lo que, parece confirmarse definitivamente a futuro esta postura.

c. Conclusiones en torno al concepto de derecho cívico.

[TAXATIVIDAD Y FLEXIBILIDAD] La delimitación del alcance de la expresión "derecho cívico" en el actual art. 542 requiere dos datos esenciales a conjugar: uno, la necesidad de respetar estrictamente el principio de legalidad y dos, la necesidad de contar con un concepto funcional que permita la flexibilidad necesaria para lograr canalizar el fin político-criminal que este precepto pretende alcanzar, esto es, servir de cláusula de cierre a la protección de derechos fundamentales no específicamente recogidos en la sección 3ª.

[FUENTE NORMATIVA: LA CONSTITUCION] Tal y como ROLDAN señala (LA LEY 1991, p. 3) el gravísimo peligro de indeterminación de esta norma se neutraliza suficientemente con referir los derechos que se impiden a la fuente normativa de la Constitución española y restringiendo el término de derecho cívico a derecho fundamental. Este primer paso de la concreción de la fuente normativa, propuesto a propósito del anterior 194, lo ha dado el legislador al hablar de "la Constitución y las Leyes" entendiendo estas últimas como leyes que desarrollen por mandato directo de la CE contenidos de ésta (LA LEY 1996, pp. 2 y 3).

[CUALQUIER DERECHO FUNDAMENTAL] En segundo lugar, se neutraliza el peligro de indeterminación con una concreción del

término derecho cívico como derecho fundamental: se trata de reforzar el primer dato de la fuente normativa y de establecer así un criterio de "gravedad" que indica al intérprete de qué tipo de conductas se trata. Pero a la vez debe entenderse por derecho cívico **cualquier** derecho fundamental de la CE sin ninguna otra limitación formal -como podría ser hablar sólo del Capítulo II del Título I, o su primera sección...-, ya que de lo contrario se dejarían fuera del ámbito de protección derechos tan importantes como el de asilo, o el derecho a ejercitar la acción popular (art. 125 CE, efluvio del derecho a la tutela judicial efectiva -art. 24-), o el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos (art. 105 CE).

[NECESIDAD DE SUPERAR LA CONCEPCION DE DERECHO CIVICO COMO DERECHO POLITICO] La concepción del derecho cívico como derecho político debe superarse si queremos lograr una protección efectiva del haz de derechos individuales frente a los poderes públicos (LA LEY 1991, p. 2; LA LEY 1996, p. 3). Por otro lado, la identificación del derecho cívico como derecho político se puede entender también superada desde el punto de vista sistemático por el legislador de 1995 en la medida en que se incluye en la nueva sección 3ª como tipo específico protegido el derecho de defensa (exactamente en su modalidad de asistencia de letrado e información de las razones de la detención y de los derechos que asisten en el nuevo art. 537 -art. 17-3º/24-2º-CE).

Esta es la concepción por otra parte que seguían las sentencias más recientes (STS 19 octubre 1995 y STS 30 noviembre 1995) del TS tal y como hemos indicado.

[ULTERIOR CRITERIO RESTRICTIVO: EL VERBO TIPICO "IMPEDIR"] Por último hemos de señalar que existe otro criterio restrictivo de la conducta típica que se deriva del verbo típico empleado por el precepto -"impedir"- y que aunque se conecta y depende del concepto de derecho cívico adoptado, vamos a analizar a continuación de forma separada.

B. La conducta típica: "impedir".

[IMPEDIR: CARACTER ABSOLUTO SEGUN JURISPRUDENCIA Y CONSULTA] Ya la STS 23 marzo 1983 se refiere al verbo típico como equivalente a:

"(...) estorbar, prohibir, impedir, conminar o cualquier otra acción de coacción física o moral". (Considerando 1º)

La Consulta 4/1989 profundiza en el sentido jurídico-penal afirmando:

"(...) en sentido jurídico-penal, impedir es crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, aquí hacer imposible el ejercicio de un derecho. (...) de donde se desprende que la conducta de impedir configura un resultado que se traduce en la imposibilidad radical y

efectiva del derecho y no simplemente en su menoscabo, limitación o reducción." (p. 1856).

Esta interpretación ha sido asumida también por la jurisprudencia del TS en algunas ocasiones como en la STS 1 octubre 1993 en la que se afirma que estamos ante un delito de resultado siendo este último el efectivo impedimento sin el cual todo lo más habría una tentativa:

"Nos hallamos ante un delito de resultado, pues se exige para la consumación del delito el que efectivamente haya llegado a producirse la realidad de ese impedimento. No basta el acuerdo o resolución de impedir, lo que puede constituir tentativa o frustración, sino que se necesita un efectivo impedimento, de modo que el ciudadano no pueda ejercitar su derecho precisamente por el obstáculo que para ello supone la actuación del funcionario o autoridad." (FJ 3º)

Por último la reciente STS de 19 de octubre de 1995 insiste también en que el impedimento del derecho debe ser absoluto, no bastando con el mero retardo en su ejercicio.

[EJERCITABILIDAD DEL DERECHO Y EJERCICIO EFECTIVO] En directa relación con lo señalado tanto la Doctrina como la Jurisprudencia exigen que el derecho que vaya a ser objeto de impedimento debe ser "susceptible de ejercitación individualizada" (LA LEY 1991, p. 4; LA LEY 1996, p. 3), o como señala la STS 7 febrero de 1994:

"Se ha destacado asimismo que para que el funcionario se inmiscuya en estos derechos es preciso que el titular de los mismos exteriorice su propósito de ejercitarlos, correspondiendo a él la iniciativa y apareciendo la actuación del funcionario en un segundo plano condicionada a la previa actuación del particular"⁹.

En la STS 1 octubre 1993 se señala que en cuanto que el ciudadano debe realizar una conducta activa que, posteriormente, pueda ser impedida, por eso no integran el tipo supuestos como los relativos a la inviolabilidad del domicilio, libertad de deambulación, secreto de comunicaciones, etc., en los que para su ejercicio la conducta del ciudadano es meramente pasiva. En palabras de ROLDAN:

"A este propósito la doctrina distingue entre derechos fundamentales que otorgan un status jurídico y aquellos otros que pueden ser hechos valer para la ocasión ante la autoridad o funcionario." (LA LEY 1996, p. 3)

⁹.- En la sentencia se cita, a su vez, la STS 22 diciembre de 1992. Como ejemplo claro del significado de este requisito ver la STS 19 febrero 1993.

[OBLIGACION JURIDICO-PUBLICA DE NO IMPEDIR EL DESARROLLO DEL DERECHO] Por último es importante tener en cuenta la observación que realiza ROLDAN al indicar que junto a que los derechos deben ser susceptibles de ejercitación individualizada (deben suponer un actuar previo), debe existir además "la obligación de los poderes públicos de no impedir su desarrollo": este apunte permite comprender la relación en la que se mueven los llamados derechos económico-sociales con respecto al art. 542. El derecho al trabajo no genera, por ejemplo, una obligación jurídico-pública a proveer su desempeño: sin embargo, los poderes públicos sí que tienen una serie de **deberes** con respecto a éste derecho como puede ser la obligación de no cercenar la libertad de los ciudadanos en la elección del mismo, o en el acceso a los cargos públicos en donde sí que cabe el juego del art. 542. (LA LEY, 1996, p. 3).

3. Elemento subjetivo: especial consideración del elemento "a sabiendas".

[EXCLUSION DE LA COMISION CULPOSA] Las dudas sobre la posibilidad de comisión culposa de este delito se han desvanecido con el nuevo art. 542 en la medida en que la nueva tipificación general de la imprudencia -mediante un sistema de "numerus clausus" (art. 12)- excluye claramente este supuesto. Por otra parte se añade el elemento "a sabiendas" que claramente apunta a comportamientos dolosos. En cualquier caso ya la Doctrina y la Jurisprudencia habían llegado a esta conclusión con el anterior art. 194 (CONSULTA 4/1989: Tesis B; STS 22 diciembre 1992; MUÑOZ CONDE, p. 698).

[ERROR SOBRE LA ILICITUD DE LA CONDUCTA: REGLAS GENERALES] El propio sentido del precepto excluye la posibilidad de una comisión culposa, pudiendo darse -eso sí- creencia errónea de actuar con licitud cuyo tratamiento si fuera vencible sería el de atenuar la pena y si invencible exclusión de aquélla (art. 14-3º). Ver, en este sentido, la STS 17 octubre 1995.

[ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL: EXCLUSION DEL DOLO EVENTUAL] La reciente STS 19 octubre 1995 ha destacado la necesidad de que "exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho", lo cual, junto a la reciente introducción del requisito "a sabiendas", excluiría, a nuestro juicio, el dolo eventual siendo preciso el dolo directo de primer o segundo grado.

[COMISION POR OMISION] A pesar de algunas resistencias en un principio (CONSULTA 4/1989: Tesis B) se admite ampliamente la comisión por omisión (STS 22 diciembre 1992; STS 8 febrero 1993; CONSULTA 4/1989: Tesis A).

IV. LA PENA: EL NUEVO CONTENIDO DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO.

[ANTERIOR PENALIDAD] La STS 1 octubre 1993 especifica con claridad cómo debía entenderse la inhabilitación especial a que

se aludía en el anterior art. 194, señalando que era la inhabilitación especial para cargo público (anterior art. 36) en la medida en que se trataba de un delito cometido por autoridad en el ejercicio de su cargo y parecía lógico que tal inhabilitación se refiriera a dicho cargo.

[NUEVA PENALIDAD: MAYOR GRAVEDAD] El nuevo artículo 542 especifica que la pena será la de inhabilitación especial **para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años**. Según el art. 42 CP 1995 se endurece considerablemente el contenido de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, ya que supone la privación **definitiva** del empleo o cargo a que afecta, de suerte que transcurrido el tiempo de la condena no se producirá recuperación automática del mismo. En relación a la incapacidad durante el tiempo de la condena para obtener otros análogos se añade ahora ya expresamente la incapacidad también para obtener el mismo que motiva la inhabilitación.

V. PROBLEMAS CONCURSALES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS RESTANTES PRECEPTOS DE LA SECCIÓN 3ª DEL CAPÍTULO V DEL TÍTULO XXI.

[PLANTEAMIENTO] Primero comenzaremos por los problemas concursales con delitos de otro ámbito como son la prevaricación o las coacciones para, posteriormente, analizar los delitos contra la libertad de asociación, la libertad de expresión, el derecho de defensa y la libertad de reunión.

[APLICACION EXPANSIVA DEL ART. 542] Con respecto a estos últimos (otros delitos de la sección 3ª) conviene señalar que en la jurisprudencia analizada respecto al art. 542 existen supuestos de hecho que, a nuestro juicio, serían incardinables en preceptos específicos de la actual sección 3ª del Cap. V (o en los correspondientes del Código penal de 1973) como pueden ser el delito contra el derecho de defensa, delito contra la libertad de asociación o la libertad de expresión y que deberían ser aplicados con preferencia (principio de especialidad) al art. 542 precisamente por el carácter subsidiario de este último. A continuación vamos a aprovechar esta circunstancia de la un tanto "conflictiva" aplicación del art. 542 más allá de su carácter subsidiario para explicar esos otros delitos. Este hecho se explica también debido a la casi total inexistencia de jurisprudencia respecto a los delitos anteriores correspondientes a estos nuevos preceptos que, a nuestro juicio, se aplicaban menos por su desconocimiento.

1. Art. 542 Y prevaricación.

[CONTRADICCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA] En esta materia los pronunciamientos de la jurisprudencia del TS son claramente contradictorios. En efecto existen tres sentencias con toma de postura expresa al respecto y ninguna de las tres coincide.

[CONCURSO DE LEYES: PREFERENCIA -POR ESPECIALIDAD- DEL ART. 194] En la STS 20 febrero 1992 en la que un alcalde

deniega el derecho de consultar los archivos y libros de enterramientos del cementerio de "San Francisco", la conducta de impedimento del derecho (que debería haberse fundamentado -a nuestro juicio- expresamente en el art. 105 b de la CE) se lleva a cabo mediante la adopción de "una medida fuera de lugar y profundamente arbitraria". En el FJ 4º se aclara que se produce un CONCURSO DE LEYES en la medida en nos encontramos ante una sólo acción (tanto el denegar el derecho como los acuerdos que para ello adoptó el alcalde se ven unidos por un único designio, un mismo propósito) optando por la aplicación del delito de impedimento de derechos cívicos -anterior art. 194- (frente al anterior 358 -prevaricación-) con base en el principio de especialidad.

[CONCURSO MEDIAL DE DELITOS] La STS 8 febrero 1993 versa sobre un alcalde que de forma injusta niega el acceso a la información a unos Concejales de su corporación municipal (ver FJ 2º¹⁰). En la sentencia se estima impedido en el sentido del art. 194 el derecho contenido en el art. 23-1º de la CE (derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos) en CONCURSO IDEAL DE DELITOS (MEDIAL) conforme al art. 71 (CP 1973) en la medida en que la prevaricación es medio para la comisión del delito del art. 194.

[CONCURSO DE LEYES: PREFERENCIA -POR ESPECIALIDAD- DE LA PREVARICACION] Por último en la STS 27 febrero 1995 se analiza el supuesto en que el presidente de una Junta Vecinal cesa de manera ilegal a un vocal de la junta por lo que es condenado por prevaricación. El TS considera no haber lugar al recurso que solicitaba la aplicación del art. 194 entendiendo que es correcto el razonamiento de la Audiencia al afirmar que:

"(...) en todo caso no se trataría de otra cosa que de un concurso aparente normativo a resolver a favor del tipo de prevaricación por aplicación del principio de especialidad." Y añade el TS: "(...) es obvio que el tipo penal a aplicar ha de ser el de prevaricación ya que la resolución injusta (la que acordó el cese) no está dirigida a impedir el derecho cívico, sino a poner término de manera ilegal al desempeño del cargo público; y ello comporta la existencia de la especialidad aludida y derivada inaplicabilidad del tipo penal que se examina."

[TOMA DE POSTURA: CONCURSO DE LEYES CON PREFERENCIA DEL DELITO DE IMPEDIMENTO] A nuestro juicio en ningún caso puede hablarse de un concurso de delitos: se trata de un concurso de leyes que conforme al nuevo Código penal resulta de mayor relevancia práctica en la medida en que las penas abstractas asignadas al art. 542 y a la prevaricación de funcionarios (art. 404) son diferentes. En efecto: art. 542 inhabilitación de 1 a 4 años; art. 404 inhabilitación de 7 a 10 años. La

¹⁰. - Un supuesto similar en STS 22 enero 1996.

solución puede venir de la mano del principio de alternatividad en la medida en que la conducta de impedir un derecho cívico mediante prevaricación supone un núcleo común de elementos típicos de ambos preceptos (cual es el impedir un derecho) que, sin embargo, presenta, a su vez, la especificidad de que se trata de un derecho cívico (lo cual permite la subsunción en el artículo 542 ¹¹) y, por otro lado, supone un impedimento cometido mediante la prevaricación (esto es, mediante la comisión "cualificada" del impedimento a través de una resolución manifiestamente injusta: en el delito de impedimento de derecho cívico no es éste el único modo de llevar a cabo la conducta típica, cumpliéndose el tipo también mediante la pura vía de hecho). La opción en favor de resolver el concurso mediante el recurso al principio de alternatividad obligaría a optar por la aplicación de la pena más grave, esto es, la de la prevaricación, conforme al nuevo artículo 8-4º del CP 1995. Por esta solución se pronuncia ROLDAN (LA LEY, p. 4).

2. Art. 542 Y coacciones.

[CONCURSO DE LEYES: PREFERENCIA -POR ESPECIALIDAD- DE LAS COACCIONES] Reiterada jurisprudencia se refería al posible concurso entre el art. 194 y las coacciones. Por todos la STS 22 diciembre 1992 resolvía la cuestión de la siguiente manera:

"Más difícil se presenta el concurso con las coacciones puesto que el impedir es forma coactiva. Pero el artículo 496, exige para las coacciones, además del impedir, la violencia. Y en el compeler a efectuar prima la violencia, la intimidación u otra forma coactiva de análogo rango, notas específicas más graves que nos llevan al concurso de normas, haciendo oficio las coacciones de Ley Especial."

[NUEVA NORMA CONCURSAL: ART. 172-2] En la actualidad existe, además, una norma específica en las coacciones (artículo 172 párrafo 2º) que determina lo siguiente:

Art. 172-2º: Cuando la coacción ejercida tuviera como **objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental** se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

A nuestro juicio continuará siendo preferente la aplicación de las coacciones por el principio de especialidad, viéndose reforzada tal interpretación por el precepto transcrito.

3. Breve referencia al nuevo delito contra el derecho de defensa.

¹¹.- En el caso de la prevaricación basta con que resulte impedido cualquier tipo de derecho no teniendo por qué ser "cívico".

[NUEVO DELITO: ART. 537] Hemos comprobado a lo largo del análisis del art. 542 cómo en la jurisprudencia del TS han aparecido casos de impedimento de derecho cívico en relación al derecho de defensa: el legislador con el tipo totalmente nuevo del art. 537 da protección específica a una **parte** del derecho de defensa cuya aplicación es preferente a la del art. 542 por principio de especialidad. El nuevo art. 537 contiene el siguiente tenor literal:

Art. 537. 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.

[PROTECCION PARCIAL DEL DELITO DE DEFENSA] Se otorga protección al derecho fundamental del art. 17-3º de la CE y al art. 24 sólo en la medida en que afecta al primero. En consecuencia los supuestos referidos directamente al art. 24 CE deberán encontrar protección en el art. 542 como hasta el momento.

[SITUACION JURISPRUDENCIAL] En la jurisprudencia del TS encontramos 4 sentencias relativas a supuestos de este tipo:

1. [MOMENTO DE LA LECTURA DE DERECHOS] En la STS 19 febrero 1993 se rechaza la aplicación del art. 194 ante el hecho de una persona que se niega a que la grúa le transporte el coche -ante lo que se resiste y desobedece a la autoridad en el cumplimiento legítimo de sus funciones- por lo que es detenida sin que se le lean sus derechos y, posteriormente, puesta en libertad al comprobarse en comisaría que su actuación podría ser constitutiva de falta (por lo que no procedía tal detención).

A nuestro juicio es correcta la decisión y un supuesto de esta clase no encontraría hoy tampoco protección en el nuevo art. 537: la lectura de derechos procede antes de la toma de declaración.

2. [ART. 24 CE: DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL] La STS 19 de octubre de 1995 se refiere a una presunta vulneración del derecho de defensa incardinada en el art. 24 en la forma concreta del derecho a un juez imparcial en cuanto se tramita con irregularidad la pieza de recusación correspondiente. Con independencia del caso concreto este tipo de supuestos deberán reconducirse al art. 542.

3. [ART. 17-3 Y 24 CE: PROTECCION ANTES Y DESPUES DEL

CP1995: SUPUESTO DE HECHO] En la STS 7 febrero 1994 se trata de un supuesto en que se aplica efectivamente la protección del art. 194 por impedimento del "derecho a declarar asistido de letrado y asesorado de sus derechos constitucionales". Se trata de un supuesto de hecho interesante en el que se muestran con claridad las consecuencias de la nueva regulación con respecto a los requisitos necesarios conforme al anterior art. 194. En efecto, habiéndose procedido a la detención se le toma declaración sin habersele informado de sus derechos ni de las razones de su detención por un lado, y, por otro, tampoco se le provee de la asistencia de letrado. Este hecho todavía no era típico conforme al 194 según la STS en la medida en que no había habido un "actuar activo" del detenido: sin este presupuesto no cabe "impedir". Será por ello que cuando solicita la asistencia de letrado antes de firmar la declaración, y cuando éste (el letrado) acude y se niega a firmar la declaración en que no ha estado presente, ante lo cual el agente **cierra el atestado y lo remite a la autoridad judicial**, se produce -y no antes- el hecho típico de impedir.

[ADELANTAMIENTO DE LA PROTECCION EN EL ART. 537] Conforme al nuevo art. 537 sería un hecho típico en el mismo momento en que se le toma declaración sin la lectura de derechos e información de la razones de la detención, así como si no se le provee de asistencia de letrado. Esto lo reconoce la propia sentencia del TS que afirma:

"Ha existido por parte del recurrente [el agente que toma declaración] una **clara conculcación y violación del derecho fundamental consagrado en el artículo 17,3 del texto constitucional**, pero tal evidente vulneración no resultaba incardinable en la tipicidad del artículo 194 del Código Penal, ya que si bien el Jefe de Policía Municipal de Noia desconoció tan importante derecho, no cabe duda que hasta el momento **no impidió, ni estorbó** el ejercicio por parte del detenido, del que no consta que manifestara su voluntad y deseo de tal actuación". (FJ 4º -subrayado nuestro-)

[MAYOR AMBITO TIPICO] Lo afirmado es posible precisamente porque en el nuevo art. 537:

-en relación al derecho a la asistencia de abogado: junto al verbo típico "impedir" se utiliza el verbo "obstaculizar" (el derecho de asistencia de abogado), así como el hecho de "procurar o favorecer" la renuncia a dicha asistencia; lo cual da un ámbito típico mucho mayor que el estricto de "impedir";
-en relación al derecho a ser informado no se describe la acción típica con el verbo impedir: basta con no informar.

En consecuencia la conducta de la última sentencia del TS citada sería típica tanto por la obstaculización del derecho a la asistencia de letrado -o favorecimiento a su renuncia- (por omisión), como por el hecho de no informar.

4.[CONFIRMACION DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL] en la misma

línea se sitúa la reciente STS 30 noviembre 1995 en donde se reconoce el impedimento del ejercicio de los derechos reconocidos en los art. 17-3º y 24 CE lo que fundamenta la tipicidad del art. 194.

4. Art. 542 Y la libertad de expresión en el art. 538.

[NUEVA REGULACION MANTIENE LA ANTERIOR] El nuevo art. 538 despliega una protección específica de la libertad de expresión que será de aplicación preferente al art. 542 por el principio de especialidad¹². Este tipo penal ya se recogía, sin diferencias esenciales con respecto a la nueva redacción del Código de 1995, en el anterior artículo 193¹³. No existen sentencias del TS respecto a los equivalentes de este precepto (antiguos 165 bis y bis a).

[SUPUESTO DE HECHO FRONTERIZO] Sí merece destacarse la STS 1 octubre 1993 que condena conforme al antiguo art. 194 unos hechos que podrían incardinarse en el ámbito de la libertad de expresión. La STS citada revisa el siguiente supuesto de hecho:

"La sentencia recurrida condenó a Segundo Manuel D.C. como autor de dos delitos, uno de impedimento del ejercicio de derechos cívicos (...) por haberse recogido unos impresos de propaganda de unas jornadas culturales sobre medio ambiente, siendo Alcalde de Puebla del Caramiñal (La Coruña), por orden suya cumplimentada por miembros de la policía municipal, fundándose en que en los mismos aparecía designada dicha ciudad con un nombre que no era el suyo, (...)" (FJ 1º)

El transfondo de esta decisión se encuentra a su vez en una discusión años atrás que en torno a dicho nombre del pueblo hubo en éste y que llegó a plantear una consulta para la elección de dicho nombre que resultó ser "Puebla", y no "Pobra" propuesto por estimarla más propia de la lengua gallega y utilizada por la arriba mencionada propaganda.

[DECISION DEL TS: ATENTADO AL ART. 20 CE] El TS ratifica

¹².- Referencias legales importantes:
-la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de 26 de diciembre de 1978 reserva el secuestro de los impresos gráficos o sonoros a la Autoridad judicial -conforme al art. 816 LECr- cuando a través de ellos pudiera haberse cometido un hecho que pudiera ser constitutivo de delito; con ello se da cumplimiento al art. 20-5º CE;
-este derecho puede ser suspendido cuando se acuerde el estado de excepción o de sitio.

¹³.- En el anterior Código de 1973 también existían preceptos similares pero comunes referidos a cualquier particular que atentare contra el derecho a la libertad de expresión: art. 165 bis, y art. 165 bis a. Estos han desaparecido en el nuevo Código de 1995.

la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -que no entra en la polémica lingüística- al constatar que hubo en dicho acto del Alcalde un "**atentado contra la libertad de expresión del art. 20.1a)**", con la argumentación de que la asociación mediante la utilización de ese nombre manifestaba una opinión. Señala el TS:

"Es evidente que el Alcalde tenía derecho a defender el correcto uso del nombre de su pueblo: pero también lo es que, para ello, tenía que acogerse al uso de los medios que al respecto la ley pudiera permitirle. No estaba autorizado a limitar la libertad de expresión de unos ciudadanos en aras de tal finalidad impidiéndoles comunicarse con sus convecinos por medio de un escrito, ni siquiera aunque en tal escrito apareciera manifestado de forma incorrecta el nombre del municipio, materia opinable y sujeta a posible modificación mediante los trámites legalmente previstos al respecto, sobre lo que le es lícito opinar a cualquiera". (FJ 4º)

[EL ART. 542 COMO TIPO SUBSIDIARIO RESPECTO AL ART. 538] Ante la falta de jurisprudencia me inclino por considerar que la retirada de la propaganda sin resolución judicial (art. 20-5 CE) podría entenderse -forzando la interpretación- como censura previa o como recogida o suspensión de "periódico". Sin embargo, una interpretación estricta del término periódico -y del precepto- nos llevaría a excluir la tipicidad del actual art. 538. Según esta segunda interpretación, conforme a un correcto entendimiento del principio de subsidiariedad no cabe, excluida la tipicidad del supuesto específico del art. 538, acudir entonces al art. 542 pues no tendría sentido que el legislador recorte el ámbito de protección penal de la libertad de expresión para darle una cobertura luego por medio de la cláusula general: dicha cláusula general tiene la función de dispensar protección a "**otros** derechos cívicos", no para ampliar los ámbitos típicos previamente precisados en los delitos específicos de los art. 537 y siguientes.

5. Art. 542 Y la libertad de asociación en el art. 539.

[AMBITO TIPICO] En el nuevo artículo 539 dos son, esencialmente, las conductas típicas:

-disolver o suspender en sus actividades a una asociación sin resolución judicial (ver art. 22 CE),
-impedir la celebración de sus sesiones sin causa legítima.

En el anterior precepto (195-1º) se hablaba exclusivamente de suspender.

[NOVEDAD: DESAPARICION DE LA ANTERIOR SITUACION DE PRIVILEGIO] Con este precepto se viene a cubrir una laguna del anterior Código penal de 1973 que, si bien regulaba con amplitud los actos contrarios a la libertad de asociación cometidos por PARTICULARES (art. 172), incriminaba

restrictivamente los cometidos por FUNCIONARIOS de manera que según el anterior 195 en el párrafo 1º se castigaba únicamente la "infracción del deber" de los funcionarios que no comunicaran la disolución o suspensión. En los párrafos 2º y 3º sólo se castigaban los ataques cometidos mediante coacciones o amenazas. Suponía un privilegio inexplicable máxime cuando este tipo de delito es susceptible de ser cometido con mayor facilidad precisamente desde la administración. El nuevo Código ha cubierto la laguna respecto a los funcionarios¹⁴.

[JURISPRUDENCIA] La única referencia jurisprudencial del TS se remonta a la STS 4 marzo 1933 en la que un alcalde suspende la Junta General Ordinaria de la Asociación de Padres de Familia de la Villa, legalmente constituida y autorizada, comunicada previamente al Gobernador Civil correspondiente.

6. Art. 542 y libertad de reunion en el art. 540.

[SUPERACION DE LA SITUACION DE PRIVILEGIO] Igual que en el supuesto de la libertad de asociación se adecúa la descripción típica, extendiendo la tutela penal de la libertad de reunión frente a órdenes de "prohibición" o "disolución" emanadas de funcionario público. Con la nueva redacción no es necesario ya que concurren coacciones o amenazas para afirmar la tipicidad. La referencia normativa del artículo 540 "fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes" debe entenderse referida a la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

[NUEVA TERMINOLOGIA] Se utiliza ya la terminología de la Ley de reunión al no hacerse referencia a la manifestación (según la nueva Ley: "reunión en lugar abierto": antigua manifestación -o en lugar cerrado: antigua reunión-).

[JURISPRUDENCIA] No ha habido jurisprudencia del TS en los últimos 10 años sobre esta materia.

¹⁴.- Respecto a los particulares desaparece el delito contra la libertad de asociación.

DISCRIMINACIÓN PUNIBLE EN EL AMBITO DEL SERVICIO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN: PANORÁMICA GENERAL DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA EN EL DERECHO PENAL.

1. La reforma del código penal de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código penal).

2. La LO 4/1995, de 11 de mayo.

3. El nuevo Código penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre).

II. DENEGACIÓN DISCRIMINATORIA DE PRESTACIÓN: ART. 511-3º CP 1995.

III. DECLARACIONES RACISTAS: ART. 510 Y 607-2º.

BIBLIOGRAFIA

- VIVES ANTON, Tomas S. (coord.): Comentarios al Código penal de 1995, Volumen I y II, Valencia, 1996.

DISCRIMINACIÓN PUNIBLE EN EL AMBITO DEL SERVICIO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN: PANORÁMICA GENERAL DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA EN EL DERECHO PENAL.

[TRES MOMENTOS LEGISLATIVOS] A modo de introducción conviene dar noticia sobre la introducción de la normativa penal en la materia de discriminación. Cabe destacar tres momentos legislativos en lo que a la discriminación - principalmente xenófoba- se refiere.

1. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1983 (LO 8/1983, DE 25 DE JUNIO, DE REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL).

[DENEGACION DISCRIMINATORIA DE PRESTACION] Con esta ley de adaptación del antiguo Código penal de 1973 a la nueva situación democrática constitucional se introduce por primera vez en la historia legislativa penal una norma antidiscriminatoria. Se trata del **artículo 165** del anterior Código de 1973 relativo a la denegación realizada por un "**particular encargado de un servicio público**" de una prestación a la que se tiene derecho por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, asociación, sociedad, o fundación.

[CUALIFICACION PARA FUNCIONARIO] De forma paralela se introduce también la incriminación de la misma conducta pero cometida por **funcionario público** en el artículo 181 bis: la pena del artículo 165 (Arresto Mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de Pts.) se impondrá en su grado máximo y además suspensión.

[UBICACION SISTEMATICA] El art. 181 bis estaba ubicado sistemáticamente en la sección 2ª (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes) del Capítulo II (De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes) del Título II (Delitos contra la seguridad interior del Estado). Como otros preceptos, este delito de denegación de prestación discriminatoria cometido por funcionario público, se ha reubicado, en la actualidad, en los delitos comunes contemplándose únicamente una cualificación para la comisión del delito por funcionario como a continuación vamos a comprobar.

[NUEVO SUPUESTO DE ASOCIACION ILICITA] Por último conviene señalar que la reforma de 1983 introduce en el delito de asociaciones ilícitas el apartado 4º del artículo 173 según el cual serán ilícitas también aquellas asociaciones que "promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

2. LA LO 4/1995, DE 11 DE MAYO.

[FIN DEL LEGISLADOR: GENOCIDIO Y XENOFOBIA] La ley

orgánica citada provocó un cambio radical en esta materia introduciendo toda una batería de preceptos antidiscriminatorios fundamentalmente a partir de dos datos que actúan como impulso para el legislador. Por un lado, la reaparición de prácticas genocidas y de "limpieza étnica" en la guerra que asoló la antigua Yugoslavia; por otro lado el incremento de las actividades neonazis y xenófobas en todo Europa. Por tanto, aunque de alcance más general, la Ley se dirige, principalmente, contra prácticas de discriminación racial que se consideran de suficiente gravedad como para incriminarlas.

[AMBITOS EN QUE SE INTRODUCE NORMATIVA] Tres son los ámbitos en los que se introducen nuevos preceptos en la citada ley:

-[APOLOGIA DEL GENOCIDIO] en primer lugar se incrimina la **apología del genocidio** en el anterior **art. 137 bis b)**. Para nosotros reviste un interés especial la introducción además del **art. 137 bis c)** en la que se contempla una cualificación de pena para el funcionario público o autoridad que cometiere el delito de genocidio o su apología imponiéndosele además de las correspondientes penas la de inhabilitación absoluta. Este precepto supone la posibilidad de la incriminación de determinadas declaraciones racistas que pudiera realizar un funcionario o autoridad. No obstante esta problemática se reproducirá en el tipo correspondiente del CP de 1995 en el que retomaremos la cuestión;

-[PROVOCACION A LA DISCRIMINACION] en segundo lugar, se introduce un nuevo tipo de "**provocación o incitación a la discriminación**" con publicidad en el anterior **art. 165 ter**. Se trata de un delito común de enorme importancia y que en la línea de la apología del genocidio -aunque con un ámbito aún mayor- incrimina una genérica incitación a la discriminación. El hecho de que en este delito se incluía también la apología nos lleva a un terreno cercano a los delitos de opinión debido al adelantamiento de barreras punitivas fruto de la incriminación de un acto preparatorio. Este peligro se agrava aún más con el nuevo Código de 1995 como brevemente tendremos ocasión de comprobar;

-[AGRAVANTE GENERICA] en tercer lugar, se introduce también una circunstancia modificativa **agravante genérica** por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima, mediante el entonces **artículo 10-17º**. Pero eso sí, con la limitación de que sólo cabe en los delitos contra las personas o el patrimonio. También se amplía esta circunstancia en el nuevo Código penal de 1995.

3) EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995 (LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE).

[AMPLIACION DE LA NORMATIVA] La normativa antidiscriminatoria ha sufrido en el nuevo Código penal de 1995 un enorme incremento no sólo porque se han introducido nuevos tipos penales, sino porque los ya existentes se mantienen ampliándose su ámbito de protección. Señalemos brevemente el panorama de futuro Código para, a continuación, concentrarnos en aquellos tipos que tengan una proyección más directa en el ámbito de la actividad de los funcionarios públicos.

[NUEVA NORMATIVA: ENUMERACION] En el nuevo Código penal existen los siguientes tipos relacionados con la discriminación racial:

1-AGRAVANTE GENÉRICA por motivos racistas (art. 22-4º) para TODOS los delitos: en la LO 4/1995 el ámbito de la agravante genérica se reducía a unos delitos en especial (contra la vida o el patrimonio), mientras que con el nuevo Código penal no existe limitación en este sentido, siendo aplicable, teóricamente, a todo tipo de delitos;

2-MANIPULACION GENETICA consistente en la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la SELECCION DE LA RAZA (art. 161-2º);

3-AMENAZAS de un mal que constituya delito dirigidas a atemorizar a un grupo étnico (art. 170);

4-DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS cuando afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, origen racial...(197-5º); conducta que se cualifica vía artículo 198 si se comete por funcionario o autoridad;

5-grave DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO por razón de la raza, ideología, etc...(art. 314; art. 318 en relación a persona jurídica);

6-PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, ODIO O VIOLENCIA contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros...(art. 510-1º); así como la DIFUSION DE INFORMACIONES INJURIOSAS sobre dichos grupos en relación a los mismos motivos (art. 510-2º). Se trata de la nueva versión del anterior art. 165ter.

7-la DENEGACIÓN DISCRIMINATORIA DE PRESTACIÓN viene regulada en los artículos 511 y 512. En el art. 511-3º se contiene una cualificación para el supuesto de comisión del delito por funcionario público o autoridad (antiguo 181 bis). Por otra parte, el nuevo art. 512 extiende el ámbito de este delito más allá del ámbito del servicio público, en concreto, también a la denegación de prestación en las actividades profesional y empresarial;

8-serán ASOCIACIONES ILÍCITAS las que promuevan la discriminación (art. 515-5º -antiguo art. 173-4º-). El art. 521 contempla una cualificación para la comisión del delito por

funcionario o autoridad. La redacción de este supuesto de asociación ilícita es ahora más profuso y adopta la amplia terminología del art. 510;

9-se castiga también una especie de APOLOGÍA DEL GENOCIDIO en el art. 607-2º que, a su vez es susceptible de actos preparatorios punibles (provocación, proposición, conspiración: art. 615/art. 17 y 18); se contempla una cualificación para autoridad o funcionario público: art. 616.

II. DENEGACIÓN DISCRIMINATORIA DE PRESTACIÓN: ART. 511-3º CP 1995.

[NUEVA UBICACION SISTEMATICA] A diferencia del anterior 181 bis no se ubica ya esta conducta entre los delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos reconocidos por la leyes, sino como mera cualificación integrada en el correspondiente delito común. Este reajuste sistemático es acertado en la medida en que la diferencia esencial entre el sentido de protección del Capítulo V y el Capítulo IV del actual Título XXI del nuevo Código penal, consiste en que decae en este último la esencialidad garantista de las conductas. No nos movemos en el campo adjetivo de protección como algo a proteger en primera línea, sino que la importancia del derecho a proteger -aquí en esencia el principio de igualdad- hace dirigir la protección en primera línea al contenido de éste.

[ORIGEN DEL PRECEPTO] En el derecho comparado de nuestro entorno cultural sólo en Suiza¹⁵ y en Francia¹⁶ existe un precepto

¹⁵.- La regulación penal contra la discriminación racial se concentra en la actualidad en el **artículo 261bis del StGB suizo**, incardinado en el Título XII relativo a los delitos contra la paz pública ("*Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden*"). Fue introducido mediante ley federal (*Bundesgesetz*) de 18 de junio de 1993 a la que posteriormente siguió un referendium (*Volksabstimmung*) el 25 de septiembre de 1994 y se encuentra **en vigor a partir del 1 de enero de 1995**. En la misma ley se contemplaba la simultánea modificación de la ley penal militar suiza (*Militärstrafgesetz*) mediante la introducción del artículo 171c con un texto idéntico al del 261bis del Código.

Art. 261 bis: último párrafo

"aquel que deniega una prestación por él mismo ofrecida y destinada a la generalidad, a una persona o a un grupo de personas por razón de su raza, étnia o religión, será castigado con prisión o con multa".

¹⁶.- En el artículo **432-7** del nuevo Código penal francés reformado por Ley de 22 de Julio de 1992, entrando en vigor a partir del **1 de septiembre**. Castiga la conducta con prisión de 3 años y multa.

similar. El legislador español copió dicho precepto del francés para dar "protección al principio de igualdad" (Exposición de motivos de la Ley de reforma parcial y urgente del Código penal de 1983 en relación al art. 165 y 181 bis.

[CRITICA: ARGUMENTOS] Sin embargo parece difícilmente justificable un precepto de estas características en el Ordenamiento jurídico español por las siguientes razones:

-no parece existir una realidad empírica de tal gravedad que aconseje la adopción de medidas tan graves como la previsión de tipos penales;

-cabe una protección a través de la jurisdicción ordinaria y, en su caso, mediante la solicitud de amparo al Tribunal Constitucional activando el potencial del principio de igualdad e interdicción de discriminación en el correspondiente ámbito jurídico: esta posibilidad de reacción jurídica desdice la presunta existencia de una laguna jurídica de protección para los supuestos de denegación discriminatoria de prestaciones;

-el ámbito subjetivo del precepto -"por razón de"- lo hará inaplicable en la mayoría de los casos: la redacción típica alude al elemento subjetivo "por razón de" de suerte, que la denegación de prestación sólo será típica si se realiza por motivos o razones, entre otras, racistas. Dicho elemento es de muy difícil prueba lo cual llevará a una inaplicación del tipo;

-entraña, por otro lado, el peligro de incriminación de la actitud y no del hecho: la incriminación por razones o motivos racistas, acerca el peligro de interpretar este delito como un delito de opinión en donde lo que se castiga no es un hecho dañoso, sino una actitud -la racista- reprobable moralmente;

-supone una utilización simbólica del derecho penal como reacción mimética a acontecimientos esporádicos o conforme a programas ideológicos. Esto lleva normalmente a la inaplicación de este tipo de preceptos por lo que pueden enviar el mensaje contrario al que se dice perseguir: esto es, el de que los temas de discriminación no son tomados en serio por el Estado pues, a pesar de la existencia de preceptos penales, éstos no se crean para ser aplicados;

-el número de "motivos" por los que cabe denegar la prestación no tiene parangón en el derecho comparado y amplía desmesuradamente el tipo provocando la inclusión de toda la problemática del principio de igualdad en una sede equivocada como es la penal. El ámbito penal no es el ámbito primero ni preferente para implementar el programa igualitario del Estado social;

-la inclusión de motivaciones como la ideológica puede llevar a convertir los tribunales en foros de discusión política en torno a la cuestión, por ejemplo, de las nacionalidades dentro del Estado y contribuir a enrarecer el clima político. El efecto de este delito, sería, en consecuencia, "politizar" esta materia, en vez de contribuir a "despolitizarla" y definir con precisión los términos en los que determinadas prácticas xenófobas se convierten en hechos dañinos inaceptables desde el punto de vista penal.

[CASO CONCRETO: DENEGACION DE PETICION DE ASILO] En la STS

de 17 de octubre de 1995 en la que se aplica el delito de impedimento de derechos cívicos (derecho a solicitud de asilo conforme al art. 13 CE y art. 1 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado) podría darse un delito del entonces art. 181 bis (actual 511-3º) en la medida en que el funcionario deniega una prestación a la que tiene derecho el solicitante. Pero en el caso concreto entiendo que tal denegación no se realiza "por razón de la raza", o, por lo menos, la prueba de la motivación en el actuar resultará muy difícil por lo que, en este ejemplo concreto, se comprueba la dificultad probatoria que entraña este delito de denegación discriminatoria de prestación.

III. DECLARACIONES RACISTAS: ART. 510 Y 607-2º.

[INTRODUCCION: IMPORTANCIA Y JUSTIFICACION DE ESTE ULTIMO APARTADO] A pesar de no ser una materia específica de la delincuencia propia de los funcionarios públicos, conviene finalizar esta breve y esquemática presentación de la discriminación en el ámbito del servicio público aludiendo al eje central del conjunto de preceptos antidiscriminatorios del nuevo Código penal. Su importancia radica en que son precisamente las declaraciones racistas las que han provocado un movimiento internacional de reacción frente al fenómeno racista en particular y se asocia en gran medida aquéllas a su nueva regulación en el nuevo Código penal. Por otra parte, es precisamente en este ámbito de la posible incriminación de declaraciones de contenido racista donde se ponen de manifiesto con mayor claridad algunos de los problemas generales a los que el legislador penal se enfrenta al intentar abordar este fenómeno en cualquiera de sus manifestaciones.

[APOLOGIA DEL GENOCIDIO: ART. 607-2º] Ya señalamos cómo por LO 4/1995 se introdujo en el Código penal la apología del genocidio así como una cualificación para los delitos de genocidio. El equivalente normativo a dicha apología en el nuevo Código penal de 1995 se encuentra en el art. 607-2º a cuyo tenor:

Artículo 607

1. (...)

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

[PROBLEMATICA FRENTE A LA QUE SURGE EN EUROPA] Esta conducta consiste en un acto preparatorio especial del Genocidio en la línea de lo que se ha dado en llamar "la mentira de *Auschwitz*". Habida cuenta de las corrientes revisionistas con respecto al holocausto nacionalsocialista, existe un movimiento internacional -aunque marcadamente europeo occidental- que tiende a incriminar las manifestaciones

ideológicas de tal movimiento revisionista próximo a la extrema derecha. Tal corriente ideológica sostiene que el holocausto nacionalsocialista no existió o, al menos, no existió en los términos macabros en que realmente se llevó a cabo: esto es, hubo una guerra pero no un exterminio de judíos, ni campos de exterminio, etc...

[INCRIMINACION EN ALEMANIA] Este hecho, de especial relevancia en Alemania, ha llevado a aquel país a la incriminación específica de la mentira de *Auschwitz* en una reforma legislativa al Código penal (*StGB*) de 28 de octubre de 1994.

[INCRIMINACION EN OTROS PAISES] En todo Europa aquellos países que no consideraban delito tales conductas u otras de incitación a la discriminación racial han procedido a introducir preceptos en la materia (así Suiza), o simplemente han modificado los preceptos ya existentes (Francia, Austria...).

[REACCION EN EL ESTADO ESPAÑOL] En la línea de este movimiento internacional de reacción fundamentalmente política ante la ola de antisemitismo y racismo que comenzó en torno al año 1990, el Estado español ha introducido -entre otros- la apología específica del genocidio en los términos citados y además un delito de peligro abstracto -art. 510- que puede entrar en concurso con la apología.

[CLAUSULA GENERAL DEL ART. 615] Pero antes de analizar brevemente el art. 510 conviene señalar una peculiaridad del 607-2º: nos referimos al nuevo art. artículo 615:

Artículo 615

La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

Como vemos se castigan los actos preparatorios genéricos -conspiración, proposición y provocación- (art. 17 y 18) de todos los artículos del Título XXIV (Delitos contra la comunidad internacional), incluidos -en consecuencia- los ACTOS PREPARATORIOS DE LA APOLOGÍA DEL GENOCIDIO DEL ART. 607-2º. De suerte, que quien, por ejemplo alabe a otro el cual ha negado la existencia del genocidio nazi, puede ser encarcelado.

[CRITICA AL ADELANTAMIENTO DE BARRERAS] Ya la propia apología en cuanto acto preparatorio es discutido, pero, desde luego, lo que resulta inaceptable es el "acto preparatorio de acto preparatorio". Esto último sucede -tal y como hemos comprobado en los art. 615/607-2º- rebasándose lo barrera de lo admisible en un Estado social y democrático de Derecho. Cuanto más nos alejamos en la tipificación de conductas de la lesión de un bien jurídico, más se incrementa el peligro de incriminación de la opinión.

[INDETERMINACION: VERBOS TIPICOS] Por si fuera poco, además del inaceptable adelantamiento de barreras punitivas, por otro lado la indeterminación del precepto es evidente a la luz de la generalidad de los verbos típicos, en especial, el verbo "negar". La primera cuestión podría ser la siguiente: ¿basta con la negación cuantitativa? Esto es, aquel que niegue que murieron 6 millones de judíos, matizando que se estima la cifra en unos 4 millones, ¿comete una conducta típica? En segundo lugar: ¿cuál debe ser el alcance exacto del verbo "negar"? ¿equivale negar a poner en tela de juicio?

[INDETERMINACION: ACONTECIMIENTOS HISTORICOS] La indeterminación se deriva además de la propia referencia al "genocidio" en general. ¿Afecta el tipo al holocausto nacionalsocialista en exclusiva o también a cualquier otro, por ejemplo, el holocausto curdo o el bosnio...? La delimitación exacta de los acontecimientos históricos derivarán en serios problemas probatorios y, sobre todo, cuestiona el sentido del delito a estudio y la necesidad de equiparar todos los genocidios a estos efectos.

[CONCLUSION: INNECESARIEDAD DE LA NORMA] Un adelantamiento de las barreras punitivas tan radical y extremo como el contemplado sólo se justificaría en un estado de emergencia por una situación interracial explosiva y como normativa transitoria para evitar el enfrentamiento civil o la escalada a un conflicto armado. Podría ser comprensible que un país como Alemania incrimine la negación del holocausto nazi: y así lo han hecho en el §130 párrafo 3. A pesar de ello en la misma Alemania se ha criticado tal medida como ineficaz, ilegítima y de efectos principalmente simbólicos pero -de hecho- contraproducente por favorecer la publicidad de los neonazis y racistas en el foro penal. España que no tiene ni la historia alemana, ni su realidad criminológica se ha permitido introducir una normativa de excepción que puede penalizar la opinión y, además, no es aceptable semejante grado de indeterminación en la redacción típica que supone, a nuestro juicio, un vaciamiento del principio de legalidad material.

[ART. 510] Parecidas críticas de fondo merece el actual 510 que se relaciona con la problemática de la negación del holocausto en su párrafo 2º, pero que tiene una entidad propia y un AMPLISIMO AMBITO PUNIBLE:

Artículo 510

1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a 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.

[NUMERO DE MOTIVACIONES] En primer lugar destaca, como en toda la normativa en esta materia, la cantidad enorme de motivaciones posibles. Existen motivaciones insólitas (enfermedad) y otras tremendamente peligrosas (como la ideología) porque pueden suponer una inclusión en el ámbito penal de la discusión política legítima de los nacionalismos vasco, catalán, gallego, español, etc...

[FALTA DE ELEMENTOS RESTRICTIVOS DEL TIPO] Desde un punto de vista de derecho comparado se constata la falta de elementos restrictivos del ámbito punible como por ejemplo una referencia a que la conducta típica deba ser idónea para alterar el orden público o a la paz pública.

[INDETERMINACION] En la misma línea de lo señalado al hilo de la apología del genocidio, también aquí se constata un inaceptable grado de indeterminación con la alusión a la "discriminación", al "odio" y a la "violencia". Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que se trata de un acto preparatorio (provocación) pero no a un delito en concreto, sino a los términos genéricos mencionados. Desde este punto de vista se comprende con facilidad la ampliación del ámbito punible que esto supone.

[CONCLUSION] Al igual que en el caso de la apología, la técnica de adelantamiento de barreras mediante la incriminación de un acto preparatorio en estos términos y con semejante grado de indeterminación en la descripción típica, pone en manos del juez un instrumento de enorme gravedad que puede ser utilizado para incriminar la opinión. Es por ello rechazable e injustificable.