

La tutela penal del derecho a participar en los asuntos públicos: art. 542 CP *

María del Mar Moya Fuentes

Ayudante Doctora de Derecho Penal. Universidad de Alicante

MOYA FUENTES, María del Mar. La tutela penal del derecho a participar en los asuntos públicos: art. 542 CP. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-14, pp. 1-22. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-14.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-14 (2018), 13 nov]

RESUMEN: El presente trabajo aborda la protección penal del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos –art. 23.1CE– a través del art. 542 CP. Se pretende con ello delimitar el ámbito de lo punible del delito de impedir el ejercicio de derechos cívicos y, en particular, los abusos de las autoridades públicas contra sus ciudadanos en el marco de la Administración local.

PALABRAS CLAVE: participación en asuntos públicos, art. 23.1 CE, funcionario o autoridad pública, derecho cívico, art. 542 CP.

ABSTRACT: This paper deals with the criminal protection of the fundamental right to participate in public affairs (art. 23.1 Spanish Constitution) through art. 542 Spanish Criminal Code. Its objective is to delimit the scope of the crime to prevent the exercise of civic rights and, in particular, the abuses of public authorities against its citizens in the local administration.

KEYWORDS: participation in public affairs; art. 23.1 Spanish Constitution, official or public authority, civic rights, art. 542 Spanish Criminal Code.

Fecha de publicación: 13 noviembre 2018

SUMARIO: I. El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos: art. 23.1 CE. II. Análisis del delito de impedimento de derechos cívicos: art. 542 CP. 1. Bien jurídico protegido. 2. Sujeto activo. Problemas específicos autoría y participación. 3. Conducta típica: impedir el ejercicio de los derechos cívicos. 4. Objeto de la acción: los derechos cívicos. 5. Elemento subjetivo. 6. Problemas de error. 7. Concursos. III. Conclusiones. Bibliografía

* Esta contribución se enmarca en el Proyecto “Víctimas de delitos: modelos de actuación integral” (DER2016-77228-P), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia 2013-2016.

I. El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos: art. 23.1 CE

Proclama el art. 23.1 de la Constitución Española el derecho de los ciudadanos “*a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”. Consagra así este precepto la participación de la ciudadanía en el sistema democrático, en consonancia con los principios de soberanía popular y pluralismo político regulados en el art. 1 de la Carta Magna (STC 71/1989, 20-4).

Este derecho de participación en su modalidad indirecta, esto es, por medio de la representación de la población en la vida política, resulta especialmente controvertido en el ámbito municipal donde –como ya ponía de manifiesto hace más de una década la STS 2096/1993, 1-10– parece seguir siendo el lugar más propicio para que subsista el abuso de las facultades gubernativas de las autoridades públicas para entorpecer y obstaculizar la función de control de los concejales y vocales.

En efecto, en la vida de los pequeños municipios deviene común impedir el derecho de los representantes democráticamente elegidos por los vecinos a participar en la actividad municipal, negándoles o limitándoles el acceso a la información necesaria para el ejercicio de su función. Derecho que, sin embargo, todo miembro de las corporaciones locales tiene reconocido en el art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, *reguladora de las bases del régimen local*, al disponer este precepto la obligación del alcalde, presidente o comisión de gobierno de facilitar a los concejales cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y que resulten precisos para el desarrollo de su actividad política y, en definitiva, de su función de fiscalización y control de las actuaciones de los órganos de gobierno locales.

Es evidente, por tanto, que con la negativa injustificada a facilitar la información solicitada por los concejales o vocales municipales se conculca el derecho fundamental de la ciudadanía a participar en los asuntos públicos del art. 23.1 CE. Abusos que deben ser duramente criticados, pues quiebran los más elementales fundamentos del sistema democrático en el que la oposición no sólo puede, sino que de hecho debe ser, molesta para quien ejerce el poder¹.

En este escenario, el Estado de Derecho ha de garantizar que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teórica o formalmente, sino que existan garantías para su ejercicio, ya que el ciudadano se encuentra más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de sus derechos provenientes de los empleados públicos, investidos de una potestad administrativa. Es, por ello, 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.

¹ SSTS 165/2002, 11-3; 443/2008, 1-7; SAP, Málaga, 1ª, 100/2008, 27-3; SAP, Las Palmas, 6ª, 53/2010, 5-1; AAP, Girona, 3ª, 42/1999, 10-2.

En concreto, dentro de los delitos contra la Constitución –Sección 3ª del Capítulo V del Título XXI– el art. 542 CP viene a sancionar una serie de posibles abusos cometidos por los funcionarios o autoridades públicas relativos a impedir el ejercicio de derechos cívicos entre los que se incluye, precisamente, el comentado derecho a la participación (art. 23.1 CE). Esta figura delictiva procede del art. 194 del CP1973, cuyo texto reproduce casi en su totalidad la vigente redacción del art. 542 CP. Aunque, a diferencia de aquél, señala que el derecho cívico puede también estar previsto en la Carta Magna –y no sólo en las leyes como refería el Código preconstitucional. Además, exige que la conducta impeditiva se realice «a sabiendas», agrava la pena de inhabilitación –ya prevista para este delito– y lo ubica entre los “Delitos contra la Constitución”– y no contra la seguridad interior–, lo que manifiesta un cambio de orientación en la interpretación de los tipos regulados bajo esta rúbrica legal, desligada de todo autoritarismo propio de la época dictatorial, en favor de una perspectiva constitucional acorde con el Estado Social y Democrático de Derecho que proclama el art. 1 CE².

En las líneas siguientes líneas se procede a analizar en qué medida los hechos recogidos entran o no en el ámbito de lo punible del tipo del art. 542 CP, prestando especial atención al tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los abusos de las autoridades públicas contra sus ciudadanos en el marco de la Administración local.

II. Análisis del delito de impedimento de derechos cívicos: art. 542 CP

1. *Bien jurídico protegido*

La doctrina no ha prestado especial atención al bien jurídico protegido en el art. 542 CP, compartiéndose con carácter general la idea jurisprudencial de que la finalidad (*ratio legis*) de esta figura delictiva es cubrir los atentados contra los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes, cometidos por los empleados públicos, carentes de una protección penal específica o expresa (STS 1953/2001, 23-10). Ello lleva a afirmar, de una parte, que el objeto de protección comúnmente aceptado en este delito sean los derechos cívicos en sí; concepto en cuya delimitación los autores han centrado todos sus esfuerzos y que se abordará en breve. De otra, que el sujeto pasivo es el particular a quien el empleado público impide el ejercicio de tal clase de derechos. Sujeto que la práctica judicial evidencia que es fundamentalmente el concejal o vocal de la oposición en las corporaciones municipales, que ve impedido su derecho a acceder a los asuntos municipales por las actuaciones abusivas de alcaldes o presidentes de juntas vecinales consistentes en denegarle o limitarles el acceso a la información pública.

² LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento de derechos cívicos y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales”, en A. ASÚA BATARRITA (ed.). *Delitos contra la administración pública, Instituto Vasco de Administración pública*, Bilbao, 1997, pág. 1.

Una posición particular a este respecto es la de GARCÍA VEGA³, quien parece sostener el carácter pluriofensivo de este tipo delictivo. En su opinión, el art. 542 CP ofrece una doble protección compuesta, de un lado, por un bien jurídico categorial constituido por la función pública ejercida correctamente por el empleado público y, de otro, por la tutela del derecho impedido que carezca de protección penal específica. Para este autor, igualmente será sujeto pasivo el titular del derecho cívico, aunque incluye también en esta categoría a las personas jurídicas.

Por su parte, LANDA GOROSTIZA⁴ cifra el bien jurídico protegido en el aseguramiento del derecho, esto es, en la garantía de que el derecho reconocido podrá efectivamente ejercerse y exigirse. O dicho con otras palabras, lo que se tutela directamente no es el derecho cívico impedido por el funcionario público (por ej., la libertad de expresión o el principio de igualdad), sino un estadio previo: la garantía de su actuación. En efecto, señala este autor que lo característico en un Estado de Derecho no es el aseguramiento de la inviolabilidad de derechos, sino que se parte de la idea de que éstos pueden no ser respetados por los funcionarios públicos y se articulan para evitarlo unas garantías que aseguren su ejercicio. De ahí que el contenido de injusto de estas conductas se traduzca en un daño supraindividual que afecta, en primera línea, al sistema democrático como garante de derechos y, mediatamente, al correcto funcionamiento del servicio público. Esta propuesta es la que me parece más acertada a la vista de la finalidad que se otorga a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales regulados en el Título XXI Libro II del CP, pues como señala en este punto la doctrina mayoritaria no se quiere sancionar con estos ilícitos la lesión de los derechos individuales en sí llevada a cabo por el sujeto activo prevaliéndose de su condición de empleado público, sino el abuso que realiza éste de sus funciones amparadas –de ejercerse debidamente– por la legalidad⁵. Así lo corrobora el hecho de que para los delitos de este título la pena prevista es menor en comparación con la que se puede imponer a los particulares por delitos semejantes.

En definitiva, lo que se quiere tutelar en este grupo de delitos, en general, y en el art. 542 CP, en particular, es el respeto de las garantías constitucionales en el desempeño de la función pública, con lo que se asegura al ciudadano el libre ejercicio de sus derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes frente a la posible actuación arbitraria y abusiva del Estado. En otras palabras, se trata de sancionar el abuso de poder de quien ostentando funciones públicas, en vez de amparar los derechos individuales y de facilitar su ejercicio, pretende hacerlos ineficaces (así,

³ GARCÍA VEGA, V. “El alcalde como sujeto activo del delito de limitación de los derechos cívicos”, en *Actualidad Penal*, Sección Doctrina, Tomo 3, 2001, págs. 4 y 8 a 9.

⁴ LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento...”, ob. cit., pág. 6 y sigs.

⁵ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal, parte especial, ed. 21ª, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, 2017, pág. 721.

STS 2096/1993, 1-10). Pues, téngase aquí en cuenta que la esencia del Estado Democrático de Derecho no sólo hace referencia a quién está legitimado a ejercer el poder político, sino a la forma en cómo ha de ejercerse, que no es otra que respetando y protegiendo los derechos fundamentales de todos. Derechos, además, que no son otorgados por el Estado, sino previos al mismo y los que lo justifican, pues el Estado no tiene otra fundamentación última que su protección y promoción, por lo que el Poder ha de estar al servicio de los derechos a través del Derecho (SJP, Sevilla, núm. 4, 26/2013, 23-5). De conformidad con la posición que aquí se defiende ostentará la cualidad de sujeto pasivo la comunidad, dado que con tan reprochables conductas funcionariales se afecta claramente a las garantías constitucionales de nuestro Estado de Derecho.

Junto a estos autores, ROLDÁN BARBERO⁶, partiendo de la tutela de los derechos cívicos, considera que también se vería afectado de forma mediata el modelo de Estado garantista de derechos fundamentales, dada su connotación supraindividual, si bien no ofrece mayores argumentos a este respecto. De ahí que en su opinión el sujeto pasivo del delito sea el ciudadano que ha visto impedido el ejercicio de su derecho por el empleado público, así como el Estado que resulta afectado mediatamente por dicha conculcación.

2. Sujetos activo. Problemas específicos de autoría y participación

Sólo puede ser sujeto activo el funcionario público o la autoridad pública (art. 24 CP), que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes. Ahora bien, no basta aquí con la condición “*in genere*” de autoridad o funcionario, sino que el mismo ha de tener competencia funcional, es decir, ha de ejercer las funciones propias de su cargo relacionadas con los derechos en cuestión⁷. Por lo tanto, de conformidad con esta interpretación no es suficiente con que la condición funcional facilite impedir el ejercicio del derecho cívico, sino que su ejercicio ha de competir al ámbito de atribuciones del cargo desempeñado por el empleado público que lo obstaculiza, constituyendo así una competencia estricta e inherente a la función del sujeto activo⁸.

La exigencia de estas cualidades en el sujeto activo lleva a sostener pacíficamen-

⁶ ROLDÁN BARBERO, H. “El delito de impedir el ejercicio de los cívicos”, en *La Ley*, núm. 2, 1996, pág. 2.

⁷ Criterio propuesto respecto del art. 194 CP1973 por la Consulta 4/1989 FGE y acogido por la doctrina –entre otros, GARCÍA VEGA, V. “El alcalde...”, ob. cit., pág. 6; TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, en G. Quintero Olivares (dir.)/ F. Morales Prats (coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed. Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 2134; así como por la Jurisprudencia: SSTS 249/98, 24-2; 460/2001, 23-3; 1953/2001, 23-10; 165/2002, 11-3; 443/2008, 1-7; SAP, Burgos, 1ª, 30/2017, 26-1.

⁸ Vid., aquí la SAP, Málaga, 3ª, 14/2006, 9-1, que no aprecia este delito en la conducta del alcalde que no libró diversos certificados solicitados por particulares, al no constituir una función propia de este cargo la expedición de certificaciones, sino de la secretaría de la corporación local conforme a la normativa administrativa.

te a la jurisprudencia y a un importante sector doctrinal que se trata de un delito especial impropio⁹. De ahí que señalen que, en caso de carecer el empleado público de la referida competencia funcional e impedir a una persona el ejercicio de un derecho, sea de aplicación el correspondiente delito común –según el derecho vulnerado– con la agravante de prevalimiento del carácter público del art. 22.7 CP¹⁰. En contra se manifiesta un grupo de autores¹¹, calificándolo acertadamente como un delito especial propio, al no guardar correspondencia con ningún otro delito común.

A este respecto, la mayoría de las resoluciones judiciales en la materia –como ya ocurriese con las emitidas conforme al art. 194 CP1973– muestran que han sido condenados como autores de este delito los alcaldes de ayuntamientos o presidentes de juntas vecinales, que abusando de las funciones de su cargo realizan actividades conculcadoras de los derechos cívicos de sus conciudadanos¹².

En otro orden de cosas, al tratarse de un delito especial propio no cabe ni la autoría mediata ni la coautoría del *extraneus*, salvo que en este último caso sea posible su sanción conforme a otras figuras delictivas comunes. En cambio, sí se acepta la coautoría y autoría mediata del *intraneus* en los tipos del art. 542 CP. La primera de ellas puede tener lugar, por ejemplo, cuando el alcalde actúa conjuntamente con un concejal delegado del equipo de Gobierno municipal para obstaculizar el ejercicio cívico de otra persona. La segunda puede apreciarse fundamentalmente en dos supuestos. De una parte, cuando un funcionario o autoridad pública domine la voluntad de otro *intraneus* –también con competencia funcional respecto de derechos cívicos– para que sea éste el que realice la conducta que impida su ejercicio movido por amenazas, violencia o engaño. De otra parte, cuando un funcionario se aprovecha de un error de otro *intraneus* –con competencia también sobre los derechos en cuestión– para que obstaculice su realización. En este caso, el primer funcionario será castigado como autor mediato de un delito del art. 542 CP, mientras que el segundo quedará impune pues, aún actuando en error de tipo vencible,

⁹ Por ejemplo, GARCÍA VEGA, V. “El alcalde...”, ob. cit., pág. 7; COLINA OQUENDO, P. “Artículo 542”, en L. RODRÍGUEZ RAMOS (dir.)/ A. MARTÍNEZ GUERRA *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4ª ed., Madrid, 2011, 1687; STS 443/2008, 1-7; SAP, Las Palmas, 6ª, 53/2010, 5-1; SAP, Alicante, 3ª, 118/2012, 7-3; SJP, Sevilla, 4, 26/2013, 23-5; SAP, Burgos, 1ª, 30/2017, 26-1.

¹⁰ Por todos, TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2134; STS 460/2001, 23-3, que se fundamenta en lo establecido respecto del art. 194 CP1973 principalmente por la STS 2773/1992, 22-12, y la Consulta 4/1989 FGE que proponía también apreciar, en defecto de la figura delictiva común, el genérico delito de coacciones agravado por la condición de empleado público del sujeto activo.

¹¹ Por ejemplo, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. “Otros delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, en J. M. LACRUZ/ M. MELENDO PARDOS (coords.) *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2013, pág. 417. De igual opinión, al definir así todos los delitos de la Sección 3ª del Capítulo V del Título XXI: MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 722.

¹² Entre otras: STS 1283/2009, 18-12; SAP, Málaga, 1ª, 100/2008, 27-3; SAP, Las Palmas, 6ª, 53/2010, 5-1; SAP, Sevilla, 7ª, 519/2013, 23-12.

su conducta será irrelevante, ya que no se sanciona el impedimento imprudente del ejercicio de un derecho cívico por parte de un empleado público. Asimismo, será posible apreciar supuestos de autoría mediata de un *intraneus* que se vale de un *extraneus* como instrumento doloso no cualificado. Piénsese en este sentido en el funcionario o autoridad que se sirve para impedir el ejercicio de un derecho cívico de una persona que actúa atípica o justificadamente. Este sería el caso, por ejemplo, del administrativo que destruye por indicación del alcalde la documentación solicitada por los concejales de una corporación municipal, lo que le permitiría al primero “disfrazar” su negativa a la consulta, alegando que la misma no es posible por la desaparición de la documentación y no realmente por su resolución injusta.

3. *Conducta típica: impedir el ejercicio de los derechos cívicos*

La conducta típica consiste en “impedir”, es decir, en hacer imposible o difícil la realización de una cosa, que en este caso se referiría a imposibilitar a su titular el ejercicio legítimo de un derecho cívico. Serviría, por tanto, aquí cualquier acción que obstaculice la actuación de un derecho a través de un medio idóneo para tal fin, tal y como pueden ser las coacciones, las amenazas, el engaño o la simple negativa¹³.

Especialmente problemática se presenta en la casuística jurisprudencial la denegación o no contestación a las peticiones de información o documentación de los concejales o vocales opositores. Mayoritariamente estas acciones han sido sancionadas como delito del art. 542 CP¹⁴, al considerar que con ellas se impide el acceso a la información pública necesaria para el ejercicio de su función política y, por ende, se conculca el derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes políticos del art. 23.1 CE, especialmente, cuando se trata de prácticas reiteradas. Sin embargo, para otras resoluciones judiciales esta falta de información es una cuestión que, en principio, debería ser resuelta de acuerdo con los criterios legales sobre el silencio administrativo por los Tribunales del orden contencioso-administrativo¹⁵. Argumentan en este sentido las anteriores resoluciones que el derecho a obtener de la Administración información

¹³ Entre otros, COLINA OQUENDO, P. “Artículo 542”, ob. cit., pág. 1687, GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./ FIGUEROA NAVARRO, C. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª, Madrid, 2015, pág. 276; STS 443/2008, 1-7; SAP, Las Palmas, 6ª, 53/2010, 5-1; SAP, Lleida, 1ª, 49/2012, 16-2; SAP, Alicante, 3, 118/2012, 7-3; SJP, Sevilla, núm. 4, 26/2013, 23-5; que reproducen en su mayoría lo dicho a este respecto sobre el art. 194 CP1973 por la STS 23 de marzo de 1983 y la Consulta núm. 4/1989 FGE.

¹⁴ Por ejemplo, STS 443/2008, 1-7; SAP, Las Palmas, 6ª, 53/2010, 5-1; SJP, Sevilla, núm. 4, 26/2013, 23-5; SAP, Burgos, 1ª, 30/2017, 26-1.

¹⁵ SSAP, Barcelona, 2ª, 348/2001, 5-11; 34/2001, 16-1; ATSJ, Andalucía de 28 de enero de 2003; AAP, Almería, 2ª, 155/2006, 22-9; también así cuando los solicitantes de la información son los propios particulares y no sus representantes políticos: AAP, Murcia, 5ª, 229/2005, 30-11; AAP, Jaén, 2ª, 101/2009, 17-4.

y documentación no es absoluto, estando éste reglamentado administrativamente¹⁶, por lo que la negativa o ausencia de aquéllas no debe ser calificada automáticamente como una conducta delictiva de impedir el derecho de participación en los asuntos públicos del art. 542 CP. De ser así, se estaría procediendo a la mera criminalización del silencio administrativo y, lo que es peor, a un uso abusivo y degradado del tal precepto contrario al principio de intervención mínima, al existir otros cauces normativos para dar cumplimiento a las obligaciones y efectos derivados de dicho silencio, como es el recurso contencioso-administrativo ordinario o abreviado o para la protección jurisdiccional de derechos fundamentales¹⁷.

Contrario a esta segunda corriente jurisprudencial se muestra GARCÍA VEGA¹⁸, quien acertadamente sostiene que este entendimiento conduce al equívoco de pensar que, pese a realizar el alcalde una conducta limitativa del ejercicio del derecho a la información, si los afectados encuentran acceso a la documentación a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, la vía penal no debe castigar esa conducta conculcadora del derecho, pues resulta innecesaria al existir soluciones efectivas a través de otras ramas del Ordenamiento jurídico, que evitan acudir aquélla. Dicho autor considera, sin embargo, que las acciones en Derecho penal se consuman cuando concurren todos los elementos del tipo, con independencia del remedio posterior. De modo que, a su entender, habiendo sido criminalizada la conducta en cuestión por el legislador y dándose los elementos típicos ha de ser sancionada, pues es éste y no el intérprete de la norma el que debe seguir los postulados del principio de intervención mínima y última *ratio*. De ahí que una interpretación como la propuesta por las anteriores resoluciones contradiga la *ratio essendi* del precepto y la esencia del propio Derecho penal. A su juicio, el problema no estriba tanto en la importancia de los principios en juego, como enfatizan las resoluciones comentadas, sino en que la realización de una conducta tipificada queda impune, pese a ser detectada y sometida a proceso judicial. Hecho que viene a vulnerar flagrantemente, según sus propias palabras “un principio aún más sacrosanto en un régimen de libertades: el principio constitucional de la tutela judicial efectiva”, que exige el enjuiciamiento de los hechos conforme a los principios de legalidad y tipicidad. A favor de esta posición, considero que se podría argüir también el peligroso mensaje que se transmitiría a los ediles municipales de que toda conducta omisiva consistente en no facilitar la información solicitada a los concejales de la corporación constituiría una infracción administrativa y no penal. La diferencia entre ambos ilícitos debe sustentarse en la lesión a la garantía del ejercicio del derecho cívico de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

¹⁶ Véase: art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y, art. 14 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

¹⁷ Por todas, ATSJ, Andalucía de 28 de enero de 2003.

¹⁸ GARCÍA VEGA, V. “El alcalde...”, ob. cit., págs. 15 a 16.

Así, no será merecedora de sanción penal toda denegación de información o documentación, sino sólo aquella con la que se afecte materialmente al bien jurídico protegido, esto es, cuando el acceso a la información no puede ser ejercitado por la actuación del empleado público, al margen de que exista o no la posibilidad de exigir su consulta por la vía contencioso-administrativa. Resultaría atípica la negativa de menor entidad, sin trascendencia o irrelevante, que no lo vulnere, y que podrá ser objeto de sanción administrativa.

A diferencia de la práctica de denegación de información, existe consenso jurisprudencial en sancionar las frecuentes actuaciones de alcaldes consistentes en: a) despojar a un concejal de tal condición e impedir, por tanto, el ejercicio de su función (STS 249/98, 24-2) o, imposibilitarle la toma de posesión de su cargo (SAP, Segovia, 88/1996, 18-10; SAP, Burgos, 1ª, 31/2017, 26-9); b) no convocar plenos de la corporación para la discusión de los asuntos locales –principalmente mociones de censura (STS 246/2003, 21-2)– o, c) convocarlos con tanta premura que resulte imposible a los concejales informarse de los asuntos a tratar en aquéllos (SAP, Málaga, 1ª, 100/2008, 27-3; SJP, Sevilla, núm. 4, 26/2013, 23-5).

Por otra parte, como bien indican de forma unánime doctrina y jurisprudencia se está ante un delito de resultado¹⁹. Su consideración como tal viene dada por la exigencia de que se ha de producir efectivamente el impedimento del derecho para la consumación del tipo. No basta con el mero acuerdo o la resolución del funcionario o autoridad pública de obstaculizarlo, es decir, no es suficiente con un mero entorpecimiento, estorbo o menoscabo de la ejecución del derecho, sino que su titular debe no poder ejercitarlo, precisamente, por la traba radical y efectiva que para ello supone la actuación del empleado público²⁰. Luego será posible apreciar la tentativa, por ejemplo, cuando fracase el intento de impedir el ejercicio del derecho cívico por la intervención de un tercero o bien, por otras causas ajenas a la voluntad del agente. Así, ocurre, por ejemplo, en la SAP, Melilla, Málaga, 7ª, 18/2005, 2-3, que condena por un delito del art. 542 CP en grado de tentativa al funcionario que dicta un decreto injusto con la finalidad de evitar la realización de un pleno municipal donde debería tratarse una moción de censura, pero que por causas ajenas a su voluntad termina celebrándose. Por tanto, pese a la resolución administrativa inicial e ilícita del edil con la que pretendía impedir el derecho de los concejales a la votación de la moción (vulnerado así el art. 23.1 CE), no se produjo una efectiva obstaculización de tal derecho al producirse finalmente el pleno convocado.

Desde esta perspectiva, no hay inconveniente en admitir la comisión por omisión (no así, en cambio, la omisión pura al no resultar de la expresión legal como delito

¹⁹ Por todos, TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2134; STS, 1953/2001, 23-10; SAP, Burgos, 1ª, 30/2017, 26-1.

²⁰ SSTS 460/2001, 23-3; 1953/2001, 23-10; 165/2002, 11-3; ATS de 30 de mayo de 2006.

de omisión²¹). Ello se debe a que no se tasa la manera en la que se ha de impedir el derecho –delito de medios indeterminados²²– por lo que puede llevarse a cabo tanto de forma activa (obstaculizando la ejecución a través, por ejemplo, del pronunciamiento de resoluciones u órdenes expresas o la retención de la documentación) como omisiva (no aportando una contribución necesaria debida, tal y como puede ser no comunicar la información requerida).

Ahora bien, en este último caso, habrá que conectar, claro está, la comisión impropia con la posición de garante en que se encuentre el sujeto que omite; posición de garante que ha de estar configurada en la ley, derivando de ello un expreso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho fundamental (por todas, STS 165/2002, 11-3)²³. En concreto, se admite la comisión por omisión de este delito en el supuesto en el que el ejercicio del derecho cívico requiera de una actuación pública por parte de la autoridad o funcionario público que omita, siempre que concurren, claro está, los requisitos del art. 11 CP²⁴. Así, por ejemplo, la STS 784/1997, 2-7, estima aplicable la modalidad de comisión por omisión en el caso de la negativa tácita de un alcalde a la convocatoria de un pleno extraordinario, al considerar que la omisión tiene efectos equivalentes a la denegación en los supuestos en los que es imperativo para el funcionario dictar la resolución²⁵.

4. *Objeto de la acción: los derechos cívicos*

El objeto del impedimento está constituido por los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes. Su delimitación resulta el aspecto más controvertido del precepto, siendo a este respecto las posiciones doctrinales y jurisprudenciales cambiantes. Tradicionalmente se ha afirmado que con dicha expresión el texto punitivo se refería a los derechos cívicos de naturaleza política²⁶. Este entendimiento restrictivo fue especialmente defendido por la Consulta 4/1989 FGE en relación al art. 194 CP1973 que, partiendo de una interpretación histórico-sistemática y de derecho comparado, rechaza extender la protección a todos los derechos fundamentales de la CE. A su juicio, de aceptarse esta amplia protección se produciría una quiebra de la determinación de la ley penal –y especialmente de la taxatividad– que

²¹ Cfr., la Consulta 4/1989 FGE, que sentó este criterio respecto del art. 194 CP1973.

²² Como bien califican GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, en M. GÓMEZ TOMILLO/A. M. JAVATO MARTÍN (dirs.) *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Cizur Menor, 2015 pág. 373 y, TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2134.

²³ En contra, SSAP, Barcelona, 2ª, 348/2001, 5-11; 34/2001, 16-1; ATSJ, Andalucía de 28 de enero de 2003; AAP, Cantabria, 3ª, 85/2003, 5-12, que consideran que la acción de impedir ha de consistir en la realización de un quehacer activo dirigido a imposibilitar el ejercicio de los derechos y no en una mera conducta pasiva, esto es, una desatención o dar la respuesta por callada.

²⁴ Confróntese, GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 374; SSTS 784/1997, 2-7; 165/2002, 11-3; AAP, Las Palmas, 1ª, 193/2007, 4-6; SAP, Málaga, 1ª, 100/2008, 27-3.

²⁵ No obstante, la sentencia comentada encuadra finalmente los hechos descritos en el delito de prevaricación del art. 404 CP, absolviendo del delito de impedimento del ejercicio de derechos cívicos en cuestión.

²⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentario al Código penal, actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Madrid, 2015, pág. 743.

exige el principio de legalidad a la hora de fijar las conductas a incluir en el precepto en cuestión (art. 25 CE). Por ello señala que la fórmula “derechos cívicos” equivale a los de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, a saber, los derechos de sufragio activo y pasivo, el acceso a la función o a cargos públicos, de petición, de asociación, de reunión, de manifestación y de libertad de expresión²⁷.

También hay quien ha sostenido una concepción amplia de la expresión “derechos cívicos”. Se distingue aquí, por un lado, entre aquellos autores que entienden que con esta cláusula se alude a los derechos constitucionales en general²⁸. Así, señala RODRÍGUEZ YAGÜE²⁹ que aquélla debe entenderse referida al ejercicio de todos los derechos constitucionales –no necesariamente fundamentales– pues así se deduce de la inclusión del precepto entre los “Delitos contra la Constitución” (STS 420/2001, de 23 de marzo; STC 167/2001, 16-7). Por otro lado, CARPIO BRIZ³⁰, afirma que el concepto de derecho cívico debe integrarse por aquellos derechos de participación en la vida pública e institucional recogidos en la CE, entendiéndose por tales no sólo los fundamentales, sino también los previstos o articulados en el resto del Ordenamiento como es el caso de los Estatutos de Autonomía, las Leyes orgánicas y ordinarias y, en particular, los derechos del ciudadano frente a la Administración, previstos en los arts. 35 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. También así GARCÍA VEGA³¹, para quien el Legislador con la conjunción copulativa “y” en la cláusula “*reconocidos por la Constitución y las leyes*” no realiza una exigencia de reconocimiento por ambos tipos de norma o una doble protección, pues de ese modo quedarían fuera derechos cívicos no expresamente constitucionalizados, como es el caso de los llamados Derechos Humanos de Tercera Generación, uno de cuyos principales componentes es la denominada libertad informática³².

²⁷ En la misma línea se pronuncian las resoluciones judiciales inmediatamente posteriores a esta consulta: SSTs, 2772/1992, 22-12, 172/1993, 8-2.

²⁸ V. gr., DEL ROSAL BLASCO, B. “Delitos contra la Constitución (VIII).”, en L. Morillas Cueva (coord.) *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2016, pág. 1336; RODRÍGUEZ YAGÜE, C. “Artículo 542”, en L. ARROYO ZAPATAERO (dir.) *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, pág. 1056.

²⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, C. “Artículo 542”, ob. cit., pág. 1056.

³⁰ CARPIO BRIZ, M. “Art. 542”, en M. CORCOY BIDASOLO/ S. MIR PUIG (coords.) *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, pág. 1661.

³¹ GARCÍA VEGA, V. “El alcalde...”, ob. cit., págs. 4 a 5.

³² A su entender, el ámbito objetivo del art. 542 CP se extiende a: 1) la interdicción de la actuación arbitraria de la autoridad limitadora de los derechos constitucionales susceptibles de ser ejercitados por la persona –incluye aquí, por ejemplo, los derechos políticos de expresión y reunión a participar en los asuntos públicos (arts. 20.1, 21 y 23 CE), a contraer matrimonio (art. 32 CE) o a la libertad de empresa (art. 38 CE)–; 2) los aspectos no protegidos del ejercicio de derechos fundamentales tutelados puntualmente por otros tipos penales especiales, pero que no abarcan la totalidad del mismo –entre los que cita cualquier vulneración de la libertad de expresión (art. 20 CE) o asociación (art. 22 CE) no contemplada expresamente en los arts. 538 y 539 CP– y, 3) la actuación de la autoridad atentatoria contra el ejercicio de derechos reconocidos por la legislación ordinaria, ya sea ésta última de desarrollo específico de derechos constitucionales o consignataria de nuevas parcelas de derechos que parten de

Ahora bien, una interpretación tan expansiva de la fórmula “derechos cívicos” resulta, de una parte, inaceptable a la luz del principio de legalidad, pues dejaría finalmente la determinación de la conducta en manos de los Jueces y Tribunales, conculcándose así el principio de taxatividad y atrayendo, además, al ámbito penal la conflictividad de otras ramas del Ordenamiento jurídico, lo que quebraría la mínima intervención característica del Derecho penal³³. De otra parte, un entendimiento tan amplio de los derechos cívicos no casa bien con la ubicación sistemática de la materia entre los delitos contra la Constitución, que acota de inicio el ámbito material del tipo en cuestión a la Carta Magna y a las normas que desarrollan estos derechos³⁴. A esto se añade, además, que con posterioridad a la STS de 20 de febrero de 1992, que da origen a esta interpretación amplia, la jurisprudencia ha sostenido que no integran el concepto de derecho cívico del art. 542 CP los sometidos a régimen de autorización administrativa (STS 727/2000, 23-10). Se argumenta en este sentido que para determinar la tipicidad de los derechos de participación política hay que atender no sólo a la naturaleza y forma del llamamiento, sino también a su finalidad. Sólo allí donde la participación comporte finalmente el ejercicio, directo o por medio de representantes del poder político se estará en el marco del art. 23.1 CE y podrá, en consecuencia, aducirse el derecho fundamental al que se refiere el delito en cuestión (STC 167/2001, 16-7).

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias han abogado por una postura intermedia en la que se identifica el concepto de derechos cívicos con aquellos que se reputan como fundamentales –con amparo en la Constitución– a través de los cuales la persona participa en los asuntos de la comunidad, que no tienen expresa protección penal³⁵. Dos son los principales argumentos esgrimidos para sustentar este entendimiento. Por un lado, se arguye que la terminología derechos civiles o derechos cívicos se utiliza internacionalmente como sinónimo de derechos fundamentales, tal y como se deduce de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York³⁶. Por otro lado, se afirma que la rúbrica del Capítulo donde se ubica el precepto se refiere a los “derechos fundamentales y libertades públicas”, todo ello en el marco de los “Delitos contra la Constitución”, luego el ámbito de tutela del art. 542 CP viene referido a dicha

un reflejo primario en la CE, pero que no tienen expresa formulación en ella –tales como los derechos de información y control de actuación del equipo de Gobierno municipal, que regula el art. 23 CE y la Carta Europea de Autonomía Local y, que recoge la Ley 7/1985, de 2 de abril, *reguladora de las Bases de Régimen Local* y su reglamento de desarrollo. Incluye aquí también a los derechos contenidos en los Tratados Internacionales y en las Cartas de Derechos de las Instituciones comunitarias ratificados e incorporados por el Estado Español a nuestro Ordenamiento jurídico.

³³ LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento...”, ob. cit., pág. 16.

³⁴ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, ob. cit., págs. 374 y sigs.

³⁵ Así, por ejemplo, SSTS 1953/2001, 23-10; 443/2008, 1-7; SAP, Málaga, 1ª, 100/2008, 27-3, basadas en la STS 2096/1993, 1-10 relativa al art. 194 CP1973; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 724.

³⁶ COLINA OQUENDO, P. “Artículo 542”, ob. cit., pág. 1686, y, entre otras, SSTS, 460/2001, 23-3; 165/2002, 11-3; 246/2003, 21-3.

tipología de derechos³⁷. Hecho que se refrenda aún más con la incorporación en el tipo de la expresión “reconocidos por la Constitución”³⁸. Esta propuesta, como bien indica LANDA GOROSTIZA³⁹, parece ser la más acertada por respetar estrictamente el principio de legalidad y la necesidad de contar con un concepto funcional y flexible que permita realizar el fin político-criminal que pretende alcanzar este precepto: ser la cláusula de cierre a la protección de derechos fundamentales no específicamente recogidos en la Sección 3ª del Capítulo V del Título XXI. Ello se debe a que con la equiparación del derecho cívico a derecho fundamental se reduce el peligro de indeterminación normativa, al delimitarse como fuente legal del precepto a la Constitución y a las leyes que desarrollan aquellos derechos por mandato constitucional, así como al establecerse un criterio de gravedad que indica al intérprete que se ha de estar ante acciones conculcadoras de derechos básicos de la persona.

Una vez definidos los derechos cívicos como derechos fundamentales cabe, por tanto, determinar cuáles de ellos son incardinables en el art. 542 CP. La discusión se centra ahora aquí en estimar si deben considerarse como tales sólo los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero o también, otros pertenecientes incluso a la parte orgánica. En este punto, una línea jurisprudencial viene reduciéndolos a los Derechos y Libertades del Capítulo Segundo del Título I de la CE, esto es, a los derechos fundamentales en sentido estricto de los arts. 14 a 29, incluida la objeción de conciencia del art. 30 CE⁴⁰. En cambio la doctrina⁴¹, con mejor criterio, aboga por un concepto más amplio de derecho fundamental acorde con el fin de protección de las normas punitivas. Así lo confirma, en primer lugar, el hecho de que dentro del mismo Capítulo V se tutele en el art. 541 CP los atentados contra el derecho de propiedad privada derivados de expropiaciones ilegales; derecho no fundamental en sentido estricto. En segundo término, en la parte orgánica del texto constitucional –esto es, fuera del Título I– se reconocen también otros derechos que no son sino derivados del mencionado título. Este es el caso, por ejemplo, de los derechos a ejercitar la acción popular (art. 125 CE), procedente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), así como del derecho a acceder a los archivos y registros administrativos (art. 105 CE) que emana del genérico derecho de información (art. 20 CE).

Ahora bien, no por ello el ámbito de aplicación del art. 542 CP se amplía, sino que se ve reducido, en primer lugar, porque se configura como un tipo residual,

³⁷ GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 374, SOTO NIETO, F. “Impedimento del ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes”, en *La Ley*, Tomo 2, 1998, D-101, pág. 2; TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., págs. 2133 a 2134; STS 460/2001, 23-3.

³⁸ STC 167/2001, 16-7; STSS 165/2002, 11-3; 246/2003, 21-2.

³⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento...”, ob. cit., págs. 19 a 20.

⁴⁰ SSTS, 249/1998, 24-2, 460/2001, 23-3; 246/2003, 21-2; SAP, Álava, 2ª, 63/2001, 23-4; SAP, Valencia, 3ª, 237/2003, 29-4.

⁴¹ Por todos, ROLDÁN BARBERO, H. “El delito...”, ob. cit., págs. 4 a 5.

pues sólo se incluirán en él aquellos derechos cívicos cuya vulneración no estuviere específicamente tipificada⁴². En efecto, en este punto coinciden unánimemente doctrina y jurisprudencia, al señalar que el mencionado precepto se encuentra en relación de subsidiariedad con respecto a los demás tipos del Capítulo V del Título XXI, ya que actúa como cláusula de cierre o “cajón de sastre” del sistema de protección de los derechos reconocidos en la Constitución, pues abarca todas las posibilidades delictivas conforme a las que se puede incriminar a un funcionario o autoridad pública por impedir el legítimo ejercicio de los derechos cívicos⁴³. Por tanto, conforme a este precepto no se penarán los atentados contra los derechos expresamente tutelados en los arts. 529 a 541⁴⁴. Aunque, debe aquí tenerse presente que la protección de estos derechos no es siempre global, pues va referida a determinadas formas de conducta. De modo que aquellos ataques a los derechos en cuestión que específicamente no estén previstos en estas modalidades típicas podrán subsumirse en el art. 542 CP.

En segundo término, los derechos cívicos susceptibles de protección por el art. 542 CP serán aquellos que puedan ser ejercitados ante los poderes públicos, esto es, ha de tratarse de derechos que precisen de una iniciativa –una conducta activa– del particular que pueda ser “impedida” por el empleado público, tal y como requiere el verbo típico del delito⁴⁵. En efecto, se distingue en la doctrina entre derechos fundamentales que otorgan un status jurídico o una titularidad –vida, libertad, intimidad, honor– y aquellos otros que pueden ser hechos valer ante la autoridad o funcionario –participar en asuntos públicos, el derecho de petición o el derecho a la tutela judicial efectiva– que, si bien no son inherentes a la persona como los primeros, forman parte del desarrollo de la personalidad en una sociedad moderna. Pues bien, sólo estos últimos pueden ser subsumidos en la órbita del art. 542 CP, dado que para su disfrute es preciso que el titular de los mismos exteriorice su propósito de ejercitarlos; ejercicio en el que precisamente puede inmiscuirse el funcionario o la autoridad pública⁴⁶. En cambio no lo serán aquellos derechos de ejercicio pasivo

⁴² Así, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 724 o, DEL ROSAL BLASCO, B. “Delitos contra...”, ob. cit., pág. 1335, que lo define como un precepto de recogida; SSTS 460/2001, 23-3; 165/2002, 11-3; 443/2008, 1-7.

⁴³ Por todos, TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2132, y STS 249/1998, 24-2, que se remite a las STSS 1020/1995, 19-10; 1202/1995, 30-11 sobre el art. 194 CP1973.

⁴⁴ Esto es, la libertad individual (arts. 529 y sigs.); la inviolabilidad domiciliaria (art. 534 CP); el secreto de las comunicaciones (arts. 535 y 536 CP); el derecho a la asistencia de letrado y a ser informado de la detención (art. 537 CP); el derecho a la libertad de expresión y de difundir los pensamientos, ideas y opiniones por escrito o por cualquier otro medio de reproducción (art. 538 CP); el derecho de asociación (art. 539 CP); el derecho de reunión pacífica (art. 540 CP) y el derecho a la propiedad privada de acuerdo a su función social (art. 541 CP); a los que puede añadirse el derecho de sufragio previsto en el art. 146.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General*.

⁴⁵ Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento...”, ob. cit., pág. 21; SSTS 1953/2001, 23-10; 443/2008, 1-7.

⁴⁶ ROLDÁN BARBERO, H. “El delito...”, ob. cit., pág. 5.

como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad ambulatoria⁴⁷.

Por último también es importante tener en cuenta que los derechos no sólo deben ser susceptibles de actuación individualizada, sino que también ha de existir la obligación de los poderes públicos de no impedir su desarrollo⁴⁸. A modo de ejemplo, la SAP, Zaragoza, 6ª, 286/2012, 31-7, rechaza la conculcación del derecho de sufragio por el Alcalde, que deniega a una conciudadana la oportunidad de participar en la Asamblea de vecinos del municipio por no reunir aquélla la condición electora necesaria para tomar parte en la misma conforme a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General*.

De conformidad con las anteriores premisas, la doctrina ha venido incluyendo entre los derechos cívicos tutelados por el art. 542 CP los siguientes⁴⁹: el derecho a usar las lenguas oficiales del Estado (art. 3 CE); el derecho a adquirir la nacionalidad española (art. 11 CE); el derecho de asilo (art. 13.4 CE); el derecho a elegir libremente residencia (art. 19 CE); el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), siempre que el impedimento de su ejercicio no se traduzca en alguna de las conductas específicas del art. 538 CP; el derecho a la creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b CE); la libertad de cátedra (art. 20.1.c CE); el derecho a comunicar información veraz (art. 20.1.d CE); el derecho a participar en los asuntos públicos –excluido el derecho de sufragio dada su tutela penal específica en la LO 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General*– y el de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos (art. 23 CE); los derechos jurisdiccionales –salvo los protegidos específicamente– (art. 24 CE); el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (art. 27 CE); el derecho a la libertad de sindicación y el derecho a la huelga (art. 28 CE); el derecho de petición (art. 29 CE); el derecho de defender a España y a la objeción de conciencia (art. 30 CE); el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE); el derecho a la herencia (art. 33 CE); el derecho de fundación (art. 34 CE); el derecho a la libre elección del trabajo y a la promoción laboral (art. 35 CE); el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE); el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE); el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (art. 105); el derecho a ejercitar la acción popular (art. 125 CE).

Por su parte la jurisprudencia se ha pronunciado principalmente sobre el tema que aquí nos ocupa: la transgresión del derecho cívico a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes políticos del art. 23.1 CE. Respecto al mismo se ha puntualizado, de una parte, que tal derecho se integra sólo por el acceso directo de los concejales a la documentación y datos

⁴⁷ CALDERON CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Manual de Derecho penal*, Tomo II, Madrid, 2005, pág. 610; STS 1953/2001, 23-10.

⁴⁸ ROLDÁN BARBERO, H. “El delito...”, ob. cit., pág. 5 y 6.

⁴⁹ Por todos, ibídem, pág. 7.

de que disponga la corporación, pero no así a la obtención de copias de los documentos (SAP, Almería, 2ª, 434/1998, 5-9). De otra parte, no conforman el derecho en cuestión el asistir a las sesiones de una fundación pública (STC 167/2001, 16-7), así como el ser oído en un expediente administrativo en defensa de los propios intereses (STS, 1469/1998, 25-11), en tanto en cuanto no se está aquí ante actos que por su finalidad persigan la participación en los asuntos públicos que proclama el art. 23.1 CE.

5. *Elemento subjetivo*

El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos del art. 542 CP es doloso. El dolo debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, cupiendo únicamente el dolo directo, al requerirse que la acción típica se realice “a sabiendas”⁵⁰. GÓMEZ TOMILLO⁵¹ admite el dolo eventual, al entender que esta expresión no es incompatible con dicha clase de dolo. La obstaculización imprudente de derechos cívicos por un empleado público a un ciudadano, al no haber sido prevista penalmente podrá sólo ser sancionada disciplinariamente.

En cualquier caso, el dolo debe abarcar la consciencia de que se está ejercitando un derecho, y la voluntad de impedirlo⁵². Luego, la autoridad o funcionario público ha de conocer que el legítimo titular de un derecho quiere realizarlo y ha de actuar con el propósito deliberado de impedirlo o cercenarlo. Es decir, no basta con la objetiva acción impeditiva, sino que ésta debe venir guiada por tal propósito; lo que lleva a considerar atípicas aquellas conductas que, paralizando momentáneamente o demorando la activación del derecho fundamental, obedecen a un criterio interpretativo del empleado público que solamente retarda el ejercicio del derecho y la tutela que ello comporta⁵³. Así, por ejemplo, son numerosas las resoluciones judiciales en las que se acredita la conducta dolosa del alcalde o del presidente de la junta vecinal por su negativa injustificada a la entrega de documentación o a la convocatoria de plenos municipales, al confirmarse su conocimiento de los hechos y la ausencia de motivos legales o reglamentarios que amparen su acción conculcadora del derecho de participación en los asuntos públicos del art. 23.1 CE⁵⁴. En

⁵⁰ Cfr., STS 443/2008, 1-7; SAP, Lleida, 1ª, 49/2012, 16-2; SJP, Sevilla, núm. 4, 26/2013, 23-5. También en esta línea, MANANZARES SAMANIEGO y TAMARIT SUMALLA, aunque puntualizando el primero que la cláusula “a sabiendas” no constituye un elemento subjetivo del injusto, y el segundo que deviene innecesaria conforme al actual sistema de *numerus clausus* del delito imprudente (MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Código penal (adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, Tomo II, Parte especial (artículos 138 a 639)*, Granada, 2010, pág. 1409, y TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2134).

⁵¹ GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, ob. cit., págs. 376 y 377.

⁵² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 724.

⁵³ Por todas, STS 1953/2001, 23-10.

⁵⁴ SAP, León, 1ª, 262/2001, 27-12; SAP, 3ª, Málaga, 14/2006, 9-1; SJP, Sevilla, núm. 4, 26/2013, 23-5; SAP, Burgos, 1ª, 31/2017, 26-9; no se aprecia, en cambio, ante hechos similares esta intencionalidad delictiva en SAP, Segovia, 1ª, 16/2007, 21-11 y, AAP, Granada, 860/2014, 14-11.

cambio, no se observa esta voluntad de impedir el ejercicio del derecho de participación de los concejales en la celebración del pleno municipal en la SAP, Zamora, Sección Única, 39/2001, 30-3, en la que aquél resulta suspendido, no por la conducta del alcalde, sino por el abandono del mismo del secretario del ayuntamiento ante las perturbaciones e incidentes que se producían en esos momentos en la sala dispuesta al efecto⁵⁵.

6. *Problemas de error*

El error parece que no tendrá una especial importancia en esta figura delictiva. Así, sólo son concebibles como supuestos de error de tipo aquellos en los que el funcionario actúa ilegítimamente, porque yerra sobre si el particular ejerce de manera reglada su derecho⁵⁶ o, en general, sobre los hechos o bases fácticas de la valoración.

Asimismo, parece *a priori* difícil la apreciación del error de prohibición en este delito dada la cualidad y el carácter de autoridad o funcionario público del sujeto activo. Aunque, no faltarán los casos en que el funcionario se crea erróneamente legitimado para impedir el ejercicio del derecho; error que si es vencible llevará a la atenuación de la culpabilidad conforme a lo dispuesto en el art. 14.3 CP⁵⁷. Concretamente, evidencia nuestra jurisprudencia que en el ámbito de la Administración local son numerosas las ocasiones en que los alcaldes afirman haber actuado en la creencia errónea de hacerlo conforme a la Ley a consecuencia de una interpretación equívoca de las normas; lo que en palabras de GARCÍA VEGA⁵⁸ puede esconder en muchas ocasiones una auténtica desviación de poder que puede ser constitutiva de otros tipos penales más graves que el delito en cuestión. A este respecto, son diversas las resoluciones judiciales que se sirven como criterio para desvirtuar el error de prohibición y confirmar la conducta dolosa de los ediles municipales, de una parte, del hecho de que estos realicen la conducta impeditiva de derechos pese haber sido advertidos o informados de la ilegalidad de la misma por otros empleados públicos, autoridades o expertos en la materia, pues se considera aquí que el sujeto activo actúa con clara conciencia y voluntad de lo que hace y, sobre todo, con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta (STS 246/2003, 21-2). De otra parte, también se valora que el alcalde por su propia condición de empleado público debe conocer, al menos sustancialmente, las reglas que rigen los derechos que recaen sobre su competencia, tal y como es el caso del derecho de información

⁵⁵ Asimismo, tampoco se aprecia este propósito cercenador del ejercicio del derecho de sufragio en el caso de una edil municipal que da de baja a diversos ciudadanos del censo electoral a consecuencia de un error en la comunicación del Consejo de empadronamiento, y que es subsanado tan pronto se advierte su existencia (SAP, Lleida, 1ª, 49/2012, 16-2, confirmada por la STS 95/2013, 12-2).

⁵⁶ ROLDÁN BARBERO, H. "El delito...", ob. cit., pág. 7.

⁵⁷ SSTS 2773/1992, 22-12; 12-3, 2096/1993, 1-10; 232/1994, 7-2.

⁵⁸ GARCÍA VEGA, V. "El alcalde...", ob. cit., pág. 13.

sobre asuntos públicos de la propia corporación local⁵⁹. A modo de ejemplo, se ha estimado un error de prohibición vencible en el caso del alcalde que adoptó resoluciones injustas sin haberse asesorado previamente de la legalidad de las mismas (STS 1526/1999, 2-11). Por el contrario, se rechaza su existencia en la STS 899/2002, 3-6, donde un regidor impide el acceso de los concejales al ayuntamiento, en la medida en que se deduce de los hechos probados que obra con conciencia de la injusticia de la resolución adoptada y no por error de derecho.

7. *Concursos*

Son diversos los problemas concursales que pueden plantearse entre el delito de impedir el ejercicio de derechos cívicos del art. 542 CP y otras figuras delictivas. En primer lugar, el art. 542 CP será desplazado por el resto de delitos del Capítulo V del Título XXI (arts. 529 a 541 CP) –más específicos– con los que entra en concurso de leyes, en virtud de una relación de especialidad (art. 8.1 CP)⁶⁰.

Cuestión controvertida es la relación concursal entre el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP) y la figura delictiva del art. 542 CP. Así, cuando el funcionario impide el ejercicio del derecho a través de una prevaricación. Así, por ejemplo, resulta frecuente en la práctica no convocar plenos extraordinarios en un ayuntamiento para la deliberación y votación de mociones de censura –STS 246/2003, 21-2– o, dictar decretos para privar a un concejal del derecho de voto –STS 965/1999, 14-6– mediante una resolución arbitraria e injusta.

En concreto, se discute si se está ante un concurso de normas o de delitos. La jurisprudencia es cambiante a este respecto. Así, son diversas las resoluciones judiciales que han resuelto la relación concursal comentada tanto como un concurso de leyes con la aplicación preferente por especialidad en unos casos del delito de impedimento de derechos cívicos⁶¹ y, en otros del delito de prevaricación⁶². Los principales argumentos que sustentan esta posición son, de una parte, el carácter residual del art. 542 CP, que lo hace incompatible con aquellos otros delitos que ofrezcan una protección específica de los derechos cívicos. Y de otra, se afirma que la prevaricación ocasiona un resultado que absorbe la infracción del impedimento de los derechos cívicos del precepto en cuestión, configurándose así aquella como una especial forma de privar antijurídicamente a otro de un derecho fundamental (por todas, STS 30 junio de 1997). Asimismo, también se ha apreciado puntual-

⁵⁹ STS 460/2001, 23-3; en la misma línea, la SAP, Teruel, Sección Única, 35/2001, 21-6, que también emplea como criterio los años de experiencia en el desempeño de esta función del edil del consistorio.

⁶⁰ SSTS 249/1998, 24-2; 460/2001, 23-3; 165/2002, 11-3; SAP, Granada, 1ª, 451/2007, 3-7.

⁶¹ STS de 20 de febrero de 1992, en relación al anterior art. 194 CP1973, al entenderse que el medio comisivo de este delito no puede consistir en una torcida aplicación del Derecho.

⁶² Posición jurisprudencial acogida mayoritariamente tras la entrada en vigor del vigente CP: entre otras, SSTS 2476/2003, 21-2; 443/2008, 1-7; SAP, Granada, 1ª, 451/2007, 3-7.

mente un concurso de delitos real⁶³ o un concurso medial entre ambas infracciones⁶⁴.

Por su parte, la doctrina dominante aboga por un concurso de normas con la aplicación prioritaria del delito de prevaricación, ya sea por su especialidad⁶⁵, ya sea por su mayor penalidad⁶⁶. Coincidimos aquí con este último grupo de autores y, particularmente con ROLDÁN BARBERO⁶⁷, quien señala, en primer lugar, que la prevaricación, como todos los delitos de funcionarios, no ha de ser concebida en términos de mera infracción de un deber, sino como una figura delictiva en la que la violación del principio de objetividad puede afectar a las interacciones entre Administración y ciudadano, resultando concebibles los menoscabos, expresos o bien implícitos, a derechos de éste. Así lo confirma la elevada pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve a quince años prevista en el art. 404 CP, que lleva a considerar plenamente abarcada con la misma la lesión a un derecho cívico. En segundo término, la solución a este concurso de normas ha de venir de la mano del principio de alternatividad⁶⁸, dado que existirían tanto argumentos en favor de la especialidad en relación al delito de prevaricación (la existencia de una resolución arbitraria) como del delito de impedir el ejercicio de un derecho cívico (la lesión propiamente dicha del derecho). De modo que la acción impeditiva de un derecho fundamental a través de una resolución arbitraria deberá sancionarse conforme al art. 404 CP, dada su mayor penalidad.

En otro orden de cosas, la doctrina coincide en apreciar un concurso de infracciones entre el art. 542 CP y los delitos con los que se haya procedido a impedir el ejercicio del derecho, tales como lesiones, amenazas, detenciones ilegales o daños⁶⁹. El concurso de delitos –ideal a mi parecer– entre estas figuras permitirá sancionar todo el desvalor de la conducta, pues de aplicarse únicamente el art. 542 CP se produciría una inadmisibles minoración en la irreprochabilidad penal, dado que su pena es menor que la establecida en los otros tipos que han servido de medio

⁶³ SAP, Álava, 2ª, 63/2001, 23-4; SAP, Melilla, Málaga, 7ª, 18/2005, 2-3; AAP, Guipúzcoa, 3ª, 132/2006, 14-6.

⁶⁴ SAP, Segovia, 88/1996, 18-10; SAP, Almería, 2ª, 430/2000, 25-11; que acogen los postulados de la STS de 8 de febrero de 1993, relativa al art. 194 CP1973, que sostiene que la resolución ilegal del empleado público constituye el modo o instrumento para cometer la infracción del art. 542 CP.

⁶⁵ DE URBANO CASTRILLO, E. “Artículo 542”, en J. SÁNCHEZ MELGAR *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, 3ª ed., Madrid, 2010, pág. 3160.

⁶⁶ Entre otros, LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento...”, ob. cit., págs. 24 a 25 y, ROLDÁN BARBERO, H. “El delito...”, ob. cit., pág. 8. De otra opinión, GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 377, y TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2135, quienes defienden la existencia de un concurso de delitos entre estos dos tipos delictivos.

⁶⁷ ROLDÁN BARBERO, H. “El delito...”, ob. cit., págs. 7 a 8.

⁶⁸ Ampliamente sobre este principio: GARCÍA ALBERO, R. *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, pág. 401 y sigs.

⁶⁹ Por todos, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 724.

para impedir el ejercicio del derecho⁷⁰. Asimismo, cabrá apreciar esta relación concursal respecto de los resultados lesivos o dañosos derivados o consecutivos de la conducta impeditiva del sujeto activo⁷¹.

Mención especial merece la relación que puede surgir entre el delito objeto del presente comentario y las coacciones castigadas por el art. 172.1.2º CP, cuando el impedimento por parte del funcionario o autoridad pública recae sobre el ejercicio de un derecho fundamental (arts. 14 a 29 CE), empleando violencia. Al interrogante de si en tal caso se está ante un concurso de leyes o un concurso ideal de delitos, la doctrina dominante⁷² se muestra partidaria de la primera opción. Concretamente, defienden la especialidad de las coacciones frente al art. 542 CP, la cual radica en el medio comisivo: la conducta impeditiva del ejercicio del derecho ha de realizarse mediante violencia o intimidación. En base a estos argumentos de especialidad, la SAP, Granada, 1ª, 341/2000, 27-5, sanciona por un delito de coacciones al alcalde que ordena, a través de la Policía municipal, prohibir durante varios días a un Concejal la entrada al ayuntamiento, quien junto a otros a otros ciudadanos reivindicaba a la puerta y vestíbulo de la casa consistorial una solución a los problemas en el suministro de agua para fines agrícolas de la localidad.

En mi opinión, en cambio, se está aquí ante un concurso ideal entre ambas figuras delictivas, dado que no existe una identidad de bienes jurídicos: el art. 172 CP tutela la libertad de actuación de un derecho fundamental, mientras que el art. 542 CP protege la garantía del ejercicio del derecho fundamental –no el derecho en sí– frente a la acción arbitraria de un funcionario o autoridad pública. De modo que de apreciarse únicamente el delito de coacciones no se vendría a sancionar la lesión al sistema de garantías que el Estado Democrático de Derecho articula frente a los posibles abusos de poder del empleado público. Y lo que es más importante, se procedería paradójicamente a ofrecer el mismo tratamiento penológico a la conducta del particular que impide a otro el ejercicio de un derecho fundamental, que al funcionario público que tiene, precisamente, la obligación competencial de respetar su actuación y no obstaculizarla. Así, por ejemplo, la STS 1283/2009, 19-12, aprecia esta relación concursal al condenar por un delito del art. 172 CP y del art. 542 CP, al alcalde que dispone impropiamente de la fuerza pública (jefe de la Policía local) para frenar las actuaciones legales de un concejal de la oposición, que realizaba fotocopias de una documentación sobre el planeamiento municipal para la preparación del pleno de la corporación a celebrar días más tarde. Por otra parte, de no existir tal violencia sería aplicable el art. 542 CP.

⁷⁰ GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./FIGUEROA NAVARRO, C. *Lecciones...*, ob. cit., pág. 276.

⁷¹ CALDERON CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Manual...*, pág. 610.

⁷² LANDA GOROSTIZA, J. M. “Impedimento...”, ob. cit., pág. 25, TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 2135; SAP, Granada, 1ª, 341/2000, 27-5; también así, pero resolviendo el concurso de normas conforme al principio de subsidiariedad: GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, ob. cit., pág. 377.

Por último, también deberán tenerse en cuenta las reglas del delito continuado del art. 74 CP, en los casos en que se limiten varios derechos cívicos mediante conductas equivalentes, dado que el tipo se consume con la vulneración de un único derecho. Así ocurre en la SJP, Sevilla, 26/2013, 23-5, que califica como un delito continuado, la denegación de información sobre asuntos municipales –en cerca de ochenta ocasiones– por parte de un alcalde a los concejales del consistorio, que finalmente no aplica por falta de petición de la Fiscalía de esta figura jurídica⁷³.

III. Conclusiones

El art. 542 CP constituye la cláusula de cierre del sistema de protección penal de los derechos fundamentales, por lo que el derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes políticos del art. 23.1 CE está abarcado por el tipo. Ello permite sancionar a través de este precepto las frecuentes actuaciones abusivas de las autoridades municipales consistentes en no facilitar el acceso a los datos e informaciones a los que tienen derecho los grupos de la oposición, despojar a los concejales de su condición, no convocar plenos de la corporación o impedir la celebración de mociones de censura. Prácticas fraudulentas que deben ser, sin lugar a dudas, merecedoras de reproche penal, en tanto en cuanto quebrantan las bases más elementales del sistema democrático. Ahora bien, siempre y cuando se esté ante el impedimento efectivo y doloso del ejercicio de este derecho cívico por parte del empleado público, y no ante un mero entorpecimiento o estorbo en su ejecución.

Así pues, se configura el art. 542 CP como la principal herramienta de nuestro Ordenamiento jurídico para limitar el ejercicio arbitrario del poder público de alcaldes y presidentes de juntas vecinales contra el derecho de sus conciudadanos a la intervención en la vida pública. Pese, a su aplicación restrictiva –y criticable– por los tribunales en el caso de la denegación de información por considerar de aplicación preferente la vía administrativa en base a los principios de mínima intervención y última ratio, así como por la apreciación prioritaria del delito de prevaricación en caso de relación concursal entre ambos ilícitos.

Bibliografía

Consulta Fiscalía General del Estado núm. 4/1989, de 25 de noviembre; COLINA OQUENDO, P. “Artículo 542”, en L. RODRÍGUEZ RAMOS (dir.)/ A. MARTÍNEZ GUERRA *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales*

⁷³ No se ha estimado, en cambio, en supuestos similares por falta de prueba (SAP, Ourense, Sección Única, 57/1998, 11-5; SAP, 3ª, Málaga, 14/2006, 9-1) o, de homogeneidad de los preceptos penales vulnerados (STS 443/2008, 1-7). Concretamente, en esta última resolución se solicita la continuidad entre un delito contra el ejercicio de los derechos cívicos y tres delitos de coacciones, que se rechaza por estar referidos a hechos probados diversos y afectar a bienes jurídicos protegidos distintos, no siendo susceptibles de considerarse de manera unitaria.

especiales y complementarias, 4ª ed., Madrid, 2011; GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./ FIGUEROA NAVARRO, C. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª, Madrid, 2015; GARCÍA VEGA, V. “El Alcalde como sujeto activo del delito de limitación de los derechos cívicos”, en *AP*, núm. 2001; DE URBANO CASTRILLO, E. “Artículo 542”, en J. SÁNCHEZ MELGAR *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, 3ª ed., Madrid, 2010; DEL ROSAL BLASCO, B. “Delitos contra la Constitución (VIII).”, en L. Morillas Cueva (coord.) *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2016; GARCÍA ALBERO, R. *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995; GÓMEZ TOMILLO, M. “Art. 542”, en M. GÓMEZ TOMILLO/A. M. JAVATO MARTÍN (dirs.) *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Cizur Menor, 2015; LANDA GOROSTIZA, J. M., “Impedimento de derechos cívicos y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales”, en A. ASÚA BATARRITA (ed.) *Delitos contra la administración pública, Instituto Vasco de Administración pública*, Bilbao, 1997; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Código penal (adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, Tomo II, Parte especial (artículos 138 a 639)*, Granada, 2010; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. “Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal”, en V. SÁNCHEZ LÓPEZ/M. R. DIEGO DÍAZ-SANTOS (coords.) *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid, 2000; PÉREZ UREÑA, A. A. “El artículo 542 del Código penal a la luz de la praxis judicial”, en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2527, 2008; TAMARIT SUMALLA, J. M. “Art. 542”, en G. Quintero Olivares (dir.)/ F. Morales Prats (coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2011; id. “Art. 542”, en G. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al CP español*, Tomo II, 9ª ed., Cizur Menor, 2011; ROLDÁN BARBERO, H. “Sobre el alcance del término «derechos cívicos» a los efectos del art. 194 del Código penal”, en *La Ley*, Tomo 3, 1991; RODRÍGUEZ YAGÜE, C. “Artículo 542”, en L. ARROYO ZAPATEERO y otros (dir.) *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007; SOTO NIETO, F. “Impedimento del ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes”, en *La Ley*, Tomo 2, 1998, D-101; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentario al Código penal, actualizado por la LO 5/2010, de 22 de junio*, Madrid, 2015; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. “Otros delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, en J. M. LACRUZ/ M. MELENDO PARDOS (coords.) *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2013.