

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN: DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid*

Resumen: El Código penal de 1995 protege la garantía de los derechos fundamentales de la persona al tipificar en su Título XXI los delitos cometidos contra la Constitución. Cuando el ataque a las garantías constitucionales proviene de un funcionario público en el ejercicio de su cargo nos encontramos además ante una conducta arbitraria y abusiva del poder estatal. Así, tras explicar los rasgos comunes a estos delitos, se analiza cada figura en particular de las recogidas en los artículos 529-542 del Código penal.

Laburpena: 1995-eko kode penalak, bere XXI. Tituluan konstituzioaren aurkako delituak tipifikatzerakoan, pertsonaren oinarrizko eskubideen bermea babesten du. Konstituzioaren bermeak jasaten duten erasoa funtzionari publikoen eskutik baldin badator, horrez gain estatuko boterearen aldetik ematen den jokabide arbitrario eta abusatzaile baten aurrean aurkitzen gara. Delitu hauek dituzten berdintasunak azaldu ondoren, kode penaleko 529-542 artikuluetan azaltzen diren figurak banan banan aztertzen dira.

Résumé: dans le Code pénal espagnol l'exercice des droits fondamentaux est garanti dans le Titre XXI où sont réglés les délits commis contre la Constitution. Mais dans le cas d'une agression contre les garanties constitutionnelles commis par un fonctionnaire public on peut observer aussi une conduite arbitraire et abusive du pouvoir de l'État. Ainsi, après avoir expliqué les caractéristiques communes de ces délits, on mène une analyse des conduites réglées dans les articles 529-542 du Code pénal espagnol.

Summary: The spanish penal Code protects the guarantee of the exercise of fundamental rights regulating in Title XXI the crimes committed against the Constitution. When the offence to the constitutional rights comes from a government employee in the exercise of his duty, an arbitrary and improper conduct of the state power is besides observed. This way, after explaining the common features to these crimes, every figure is analyzed especially these included in articles 529 to 542 of the spanish penal Code.

Palabras clave: Derecho penal, Código penal, Derechos fundamentales, Funcionario público, Delitos cometidos por funcionarios públicos.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, Kode penala, oinarrizko eskubideak, funtzionari publikoa, funtzionari publikoek egindako delituak.

Mots clef: Droit pénal, Code pénal, Droits fondamentaux, Fonctionnaire public, Délits commis par les fonctionnaires publics.

Key words: Penal Law, Penal Code, Fundamental rights, Government employee, Crimes committed by government employees.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

- A. El funcionario público que actúa en ejercicio de su cargo como sujeto activo del delito.
- B. Los derechos fundamentales constitucionales como bien jurídico o interés objeto de protección.
- C. La actuación fuera de la ley como elemento típico.
- D. Aspecto subjetivo del delito. Tratamiento del error.
- E. Penalidad.

II. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

- A. Entrega indebida de causa criminal o persona del detenido (art. 529 CPe).
- B. Detención ilegal por funcionario público (art. 530 y 537 CPe).
- C. Incomunicación ilegal de un detenido, preso o sentenciado (art. 531 CPe).
- D. Excesos cometidos por funcionarios de prisiones (art. 533 CPe).

III. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA INTIMIDAD

- A. Delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 534 CPe).
 - a) Entrada ilegal (art. 534.1 CPe).
 - b) Registro ilegal (art. 534.2 CPe).
 - c) Vejación injusta o daño innecesario con motivo de registro legal (art. 534.2 CPe).
- B. Delito contra la inviolabilidad de la correspondencia (art. 535 CPe).
- C. Interceptación de comunicaciones orales y lesión del derecho a la propia imagen (art. 536 CPe).

IV. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA OTROS DERECHOS INDIVIDUALES.

- A. Delito contra la libertad de expresión (art. 538 CPe).
- B. Delito contra la libertad de asociación (art. 539 CPe).
- C. Delito contra la libertad de reunión (art. 540 CPe).
- D. Expropiación ilegal (art. 541 CPe).
- E. Delitos contra el libre ejercicio de los derechos cívicos (art. 542 CPe).

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales se encuentran regulados en los arts. 529 a 542 del Código Penal, que constituyen el Capítulo V del Título XXI, relativo a los “Delitos contra la Constitución”. En el anterior Código, el Título equivalente hacía referencia a los “Delitos contra la seguridad interior del Estado”. El nuevo texto retoma de este modo la tradición liberal de considerarlos como delitos contra la Constitución, siguiendo la línea de los Códigos de orientación liberal de 1870 y 1932; en contraste con aquellos de corte autoritario de 1928 y 1944.

Nos hallamos ante un conjunto de delitos caracterizados por la lesión de derechos constitucionales de la persona por parte de un funcionario público en el ejercicio de su cargo (y, en ocasiones, además, mediando causa por delito). Se trata de autoridades o funcionarios que actúan en representación del poder del Estado y se exceden en el ejercicio de las facultades que se les ha concedido en relación con esos derechos. Mediante estas figuras se trata, en definitiva, de garantizar los derechos fundamentales

de la persona frente al ejercicio arbitrario y abusivo del poder estatal¹. En las conductas captadas por los arts. 529 ss. se manifiesta la tensión inevitable entre el Estado y el ciudadano, entre el ejercicio del poder público a través de sus agentes (fundamentalmente del poder ejecutivo, de coacción pública) y los derechos y libertades individuales comprometidos por el mismo.

Se trata, pues, de una materia compleja para el penalista, porque en ella aparecen implicadas otras disciplinas como el Derecho Constitucional (la teoría de los derechos constitucionales) y el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo, sectores del ordenamiento jurídico donde aparecen reguladas la mayoría de las intrusionas legítimas en esos derechos.

Antes de analizar cada figura en particular voy a referirme a algunos rasgos comunes a todas ellas.

A. El funcionario público que actúa en el ejercicio de su cargo como sujeto activo del delito

Nos hallamos ante delitos especiales, en cuanto sólo puede cometerlos quien tenga la cualidad especial requerida por el tipo penal, en este caso la de funcionario público. Algunos se refieren además específicamente a determinadas categorías de funcionarios, como jueces o magistrados (por ej., la figura del art. 529) o funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores (por ej., la figura del art. 533).

El propio Código proporciona un concepto de funcionario público y de autoridad en el art. 24. Nota fundamental de la noción jurídico-penal de funcionario público es la participación en funciones públicas. El Derecho Penal no atiende básicamente a la relación de servicio que se establece entre la Administración Pública y su agente, es decir, a que la persona reúna los requisitos que el Derecho Administrativo establece en cada caso para atribuir a alguien la cualidad de funcionario público, sino a la efectiva participación en funciones públicas. Mientras el concepto administrativo se apoya en el dato de incorporación a la organización, el concepto penal se apoya en la participación en la función. Ahora bien, si éste es el componente fundamental, se precisa además que la participación en funciones públicas sea en virtud de alguno de los títulos legítimos indicados en el art. 24: (a) la disposición inmediata la ley, (b) la elección o (c) el nombramiento de autoridad competente².

Es además preciso que el funcionario realice su actuación en ejercicio de su cargo, no como particular. De concurrir esta última circunstancia se aprecia, de haberlo, el correspondiente delito común; nos hallamos ante lo que se denomina delitos especiales “impropios”. Por ejemplo, un delito de detención ilegal del art. 163 o de allanamiento de morada del art. 202 o de escuchas telefónicas del art. 197. Los deli-

1. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., completamente revisada y puesta al día, Valencia 1999, pg. 809.

2. Cfr. al respecto más ampliamente SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona 1995, pgs. 110 s., con ulteriores referencias bibliográficas.

tos de la Sección 3ª no tienen un delito común correlativo, son entonces delitos especiales “propios”.

Algunas figuras exigen además de la actuación en ejercicio del cargo que “medie causa por delito”. Esto es, que se actúe en el curso de una investigación criminal. Esta referencia supone una novedad con respecto al Código Penal anterior, que distinguía únicamente dos niveles en esta materia. Por un lado, el funcionario público que actúa como particular, aplicándose entonces la figura común. El Tribunal Supremo solía hacerlo siempre que se actuase movido por un fin privado y absolutamente fuera de su competencia. Por otro, el funcionario público que actúa en ejercicio de su cargo, al que se aplicaba la figura especial dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado. La distinción no era fácil en la práctica, un ejemplo de supuesto límite es el conocido caso de la detención ilegal y posterior desaparición de Santiago Corella (“el Nani”) por policías nacionales, juzgado en la STS de 25. 6. 1990 (Ponente Sr. Ruiz Vadillo), que aplicó la figura común³.

Con el nuevo Código, en algunos delitos han de distinguirse ahora tres niveles:

1. En primer lugar, el funcionario público que realiza el hecho sin que tenga nada que ver con el ejercicio de sus funciones, actuando como particular: éste realiza el delito común. Por ejemplo, el funcionario de policía que movido por los celos se apodera de la correspondencia postal de su ex-mujer, o practica unas escuchas telefónicas para conocer su vida privada.

2. En segundo término, el funcionario público que realiza el hecho en ejercicio de su cargo pero ilegalmente, prevaliéndose de sus funciones, y sin actuar en el curso de una investigación penal: a su comportamiento se aplicará el tipo agravado que aparece previsto junto al tipo básico común. Este carácter tienen, entre otras, las figuras del art. 204 (detenciones ilegales) y del art. 167 (allanamiento de morada). Un ejemplo nos lo proporciona el caso juzgado en la STS 27.9.1990, el policía que prevaliéndose de su cargo detiene, traslada a comisaría y encierra al jefe de obra que había zarandeado a su hijo por jugar con otros niños en la obra; o el Guardia Civil que prevaliéndose de su cargo amenaza y encierra a una mujer del pueblo que no le concedía sus favores amorosos (STS 30.3.1989); o el Subcomisario del Cuerpo General de Policía que detiene a los obreros de la empresa constructora que le había construido el piso por desavenencias con la misma (STS 12.11.1986).

3. Por fin, en tercer lugar tenemos al funcionario público que actúa ilegítimamente y mediando causa por delito: comete un delito contra la Constitución. La expresión “mediando causa por delito” debe entenderse como alusiva a las situaciones en que el funcionario actúa en el curso de una investigación penal⁴. Llama la atención que estos últimos tengan prevista una pena más leve que la figura común –sólo penas privativas de derechos–, lo cual no es fácil de explicar. Parece que se quiere sancionar no tanto la lesión del derecho fundamental como el abuso de poder del funcionario: la idea que

3. Puede verse en *Actualidad Penal*, 1990, pgs. 953 ss.

4. Cfr. en este sentido MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pg. 809; TAMARIT SUMALLA, J.M^º, en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pg.2122, y MORALES PRATS, F. en esta misma obra, pg. 2130.

latiría en estos delitos sería la de sancionar la “actuación abusiva por parte del funcionario” o de “extralimitación de poder” (STS 7.5 y 15.10.90, 3.11.92, 28.5.93 etc.).

B. Los derechos fundamentales como bien jurídico o interés objeto de protección

El bien jurídico, esto es, el interés objeto de protección en estos delitos lo son los derechos enunciados en la Sección 2ª del Capítulo II de la Constitución española, bajo la rúbrica “derechos fundamentales y libertades públicas”. En esta sección aparecen proclamados, entre otros, el derecho a la libertad (art. 17), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), el secreto de las comunicaciones orales y escritas (art. 18.3), la asistencia letrada (art. 24.2), etc. Este es precisamente el criterio de clasificación del Código Penal, que divide estos delitos en tres secciones: 1. Sección 1ª, delitos contra la libertad individual; 2. Sección 2ª, delitos contra la intimidad (se protegen algunas manifestaciones particulares de la misma: inviolabilidad domiciliaria, secreto de las comunicaciones, derecho propia imagen etc.); y 3. Sección 3ª, delitos contra otros derechos individuales (libertad de expresión, reunión, asociación y otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes que no encuentren protección penal expresa en otros tipos penales).

C. La actuación fuera de la ley como elemento típico

Nos encontramos ante funcionarios públicos que actúan en ejercicio de su cargo, pero ilegítimamente. La actuación fuera de la ley es un elemento característico de estas figuras: “fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes”, “fuera de los casos expresamente permitidos por las leyes”, “con infracción de las garantías constitucionales o legales” etc., son algunas de las expresiones que nos encontramos en la redacción de estos tipos penales.

De este modo, para conocer el alcance de estos delitos debemos completarlos con las normas extrapenales que establecen los casos en que la intromisión pública en derechos constitucionales es legítima: estos supuestos vienen establecidos en la Constitución, la legislación procesal, de seguridad ciudadana, penitenciaria, etc., y en leyes particulares que desarrollan estos derechos (por ej., la ley reguladora del derecho reunión, la ley reguladora del uso de videocámaras por las FFCCSE etc.). Constituyen lo que técnicamente la doctrina penal denomina “tipos penales abiertos”, en cuanto se remiten a otras normas para determinar su contenido. La legitimidad en la actuación del funcionario viene condicionada no sólo por su adecuación formal a la legalidad, sino, en la medida en que reste un margen de actuación discrecional, por el respeto a los principios de necesidad o mínima intervención y de proporcionalidad⁵.

En todo caso, las leyes que desarrollen y limiten estos derechos constitucionales han de tener el rango de ley orgánica y no pueden comprometer el contenido mínimo esencial del derecho, según se deduce de una lectura conjunta de los art. 81, 53.1 y 55.2 de la Constitución española.

5. Cfr. ampliamente nuestro estudio sobre *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit., pgs. 125 ss.; 287 ss.

Generalmente estas normas exigen la autorización judicial, el consentimiento del ciudadano o que se trate de una situación de necesidad (por ej., la comisión flagrante de un delito). Sólo en algunos casos bastará la autorización de la autoridad gubernativa.

Debe advertirse finalmente que hay situaciones excepcionales donde aumentan los poderes de intervención pública en estos derechos: el art. 55 CE permite la limitación de alguno de ellos en dos situaciones:

a. en estados de excepción y sitio, objeto de desarrollo en la Ley Orgánica 4/1981, 1.6 *reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio* (B.O.E. 5.6.1981). Así, por ej., como veremos, las intromisiones en el derecho a la libertad, la inviolabilidad del domicilio, o el secreto de las comunicaciones puede autorizarlas la autoridad gubernativa.

b. con respecto a los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Al analizar cada figura veremos en qué términos.

Por último, ha de tenerse en cuenta el dato de que el tratarse de actuaciones ilícitas que lesionan derechos constitucionales determina que las pruebas obtenidas como consecuencia de una actuación subsumible en estos delitos son, desde un punto de vista judicial, prueba "prohibida", según determina el art. 11.1 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, luego no pueden ser utilizados en un proceso (por ej., una grabación ilegal, o una prueba obtenida en un registro ilegal). Hay abundantísima jurisprudencia al respecto; veremos varios ejemplos⁶.

D. Aspecto subjetivo del delito. Tratamiento del error

Para la apreciación de un delito no es suficiente que los hechos objetivos, externos, correspondan con la descripción de alguna figura del CPe, se requiere además, desde un punto de vista subjetivo, que concurra o bien dolo o bien culpa o imprudencia. En Derecho Penal se habla de dolo cuando el autor actúa sabiendo y queriendo lo que hace, con conocimiento de los hechos y aceptando en su voluntad el resultado, aproximadamente, "con intención". El término culpa hace referencia a los casos en que se actúa con imprudencia, con negligencia, esto es, faltando al cuidado debido. La mayoría de los delitos que vamos a analizar son sólo punibles en su forma dolosa, con la excepción de la detención ilegal y la incomunicación ilegal (cfr. el art. 532 en relación con los arts. 530 y 531).

En conexión con esta cuestión tiene interés conocer el tratamiento de las hipótesis de error. Debemos distinguir diferentes situaciones. Cuando el error es invencible, verse sobre hechos o sobre su valoración jurídica, no surge responsabilidad penal (art. 14.1 y 14.3 CPe). No sucede así cuando el error es vencible, esto es, el funcionario podría haber salido de esa situación si hubiera puesto el cuidado necesario, podría haberlo evitado. Las consecuencias indicadas en el art. 14 son diferentes en función de la naturaleza del error, según verse éste sobre hechos (constitutivos de la infracción penal) (el

6. Debe advertirse que no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la práctica y obtención de pruebas dan lugar a una prueba prohibida, sólo cuando se lesionen derechos fundamentales.

denominado “error de tipo”) o sobre su valoración jurídica, esto es, sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (el denominado “error de prohibición”). Conectando ya con los delitos contra los derechos fundamentales, tiene interés conocer qué tratamiento correspondería al funcionario que actúa con error sobre el elemento del delito “fuera de la ley” o “ilegítimamente”, etc. Los penalistas califican a este tipo de elementos, desde un punto de vista técnico, de “elementos de valoración jurídica general del hecho”. No es el momento de detenernos en su caracterización⁷. Si tiene interés, sin embargo, conocer qué tipo de consecuencias jurídico-penales cabe asignar al error sobre los mismos. La doctrina distingue modernamente dos situaciones:

a. Si el funcionario desconoce que actúa ilegítimamente porque yerra sobre los hechos, sobre las bases fácticas de la valoración jurídica, estaremos ante un “error vencible de tipo”, ante lo que el art. 14.1 CPe llama un “error vencible sobre un elemento de la infracción penal”. Por ejemplo, se produce una confusión en cuanto a la vivienda autorizada a registrar; o el policía practica una detención creyendo ver un delito flagrante de tráfico de drogas en quien recibe dinero a cambio de un objeto que confunde con una papelina de droga. De acuerdo con el art. 14.1 CPe en estos casos la infracción será castigada como si fuera imprudente. Pero como respecto de los delitos que analizamos sólo se castiga la comisión dolosa –con la excepción importante de la detención ilegal (cfr. art. 532 CPe)–, el hecho resultará impune. No tendrá responsabilidad penal, por ej., el funcionario que practica una entrada en domicilio y el subsiguiente registro por equivocación en un domicilio diferente a aquel que constaba en la autorización judicial; o intercepta por error las comunicaciones telefónicas de una persona diferente a aquella en relación a la cual recibió autorización judicial.

b. El segundo supuesto es que el error verse sobre la valoración jurídica misma, esto es, que se trate de un “error de prohibición”. Por ejemplo, el policía que cree equivocadamente que la LECr le autoriza a detener por simples faltas, o a entrar en un domicilio en cualquier circunstancia por propia iniciativa sin necesidad de mandato judicial.

E. Penalidad

Las penas, como ya advertimos, no son, sin embargo, más graves que las que corresponden a un particular que comete esos hechos, sino incluso más benignas en comparación con éstas. En un momento anterior reflexionamos sobre esta cuestión⁸. En cuanto a la modalidad de pena prevista, ésta es generalmente la inhabilitación especial para empleo o cargo público durante un periodo de tiempo (cfr. su contenido en el art. 42 CPe), a veces la multa; nunca penas privativas de libertad.

Por otra parte, ha desaparecido la previsión contenida en el art. 204 bis a) del CPe anterior –introducido en la reforma de 1983– que admitía la aplicación a estos hechos de otros preceptos del Código que señalen mayor pena (esto es, el delito común correspondiente). Venía a corregir, en cierto modo, el privilegio que para el

7. Cfr. al respecto SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit., pgs. 111 ss.

8. Cfr. supra Apartado I. 1.

funcionario suponía la aplicación de estos delitos especiales, dado que, como en el Código actual, estaban castigados con menor pena que la figura común⁹.

II. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Siguiendo la clasificación del Código Penal comenzamos con los delitos de la Sección 1ª, relativa a los “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual”. La figura principal es la detención ilegal (art. 530 y 537), en la que nos detendremos particularmente; junto a ella se prevén figuras relacionadas: la entrega indebida de causa criminal o persona del detenido (art. 529), la incomunicación ilegal de un detenido, preso o sentenciado (art. 531) y los excesos cometidos por funcionarios de prisiones (art. 533).

A. Entrega indebida de causa criminal o persona del detenido (Art. 529 CPe)

Comete este delito *el Juez o Magistrado que “entregare una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo, que ilegalmente se la reclamare”* (art. 529), castigado con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 6 meses a 2 años. Se prevé asimismo un tipo agravado “*si además entregara la persona de un detenido*”, al que corresponde la pena superior en grado. Se corresponde con las figuras de los arts. 182 y 183 del anterior CPe. Como intereses protegidos aparecen el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24); por otra parte resulta comprometida también la garantía del art. 117.3 CE: la atribución con carácter exclusivo de la jurisdicción a los órganos del Poder Judicial.

Sujeto activo del delito lo es un Juez o Magistrado encargado de una causa criminal. Por causa criminal ha de entenderse un procedimiento judicial ante la jurisdicción penal. El delito surge cuando se entrega a otra autoridad o funcionario que la reclame ilegalmente. No concurre la ilegalidad cuando la entrega se efectúa como consecuencia de la resolución de un conflicto de jurisdicción que atribuye la competencia a otra autoridad o funcionario. La entrega además del detenido da lugar a la aparición de un tipo agravado, en posible concurso de delitos con una detención ilegal.

B. Detención ilegal por funcionario público (Art. 530 y 537 CPe)

Comete este delito, de acuerdo con el art. 530, “*La Autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, practicar o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales*”¹⁰. Se sanciona con una pena de inhabi-

9. Cfr. SAINZ DE ROBLES, C. “El artículo 204 bis a) del Código penal”, en *Estudios penales en memoria de A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, pgs. 651 ss.

10. La figura común se encuentra regulada en los arts. 163 a 167. En el art. 167 se castiga este comportamiento cuando es cometido por un funcionario público sin mediar causa por delito.

litación especial para empleo o cargo público de 4 a 8 años. La nueva regulación simplifica notablemente la anterior (art. 184 a 186 y 188), excesivamente casuística. A través de esta figura se protege el derecho de libertad individual, proclamado en el art. 17.1 CE (derecho a la libertad y seguridad) donde además se establecen otras garantías complementarias del mismo que, como veremos, gozan igualmente de protección jurídico-penal: la duración máxima de la prisión preventiva (art. 17.2 CE); el derecho de información del detenido y el derecho de asistencia de abogado (art. 17.3 CE); y el derecho de *habeas corpus* o puesta a inmediata disposición de la autoridad judicial de toda persona detenida ilegalmente (art. 17.4 CE).

Consiste en una privación de libertad ilegal y realizada en el curso de investigación criminal, ilegal bien (1) por no realizarse en un supuesto previsto en la ley, o bien (2) por incumplir alguno de sus requisitos, básicamente la superación del plazo máximo establecido en cada caso, entre otras garantías legales que después indicaremos. Vamos a ver a continuación cuáles son las hipótesis fundamentales, para lo cual tenemos que tener en cuenta las normas extrapenales reguladoras de las distintas formas de privación de libertad conocidas en nuestro ordenamiento.

1. Supuestos de detención¹¹:

a. La LECr regula dos supuestos de privación de libertad, indicando las hipótesis en que proceden: la detención preventiva, en los arts. 492 y 495¹²; y la prisión provisional, en los arts. 503 y 504¹³.

b. el art. 20.2 LO 1/1992, 21.2 de *Seguridad Ciudadana* (declarado constitucional expresamente este artículo por la STC 18.11.1996, Fundamento jurídico 6º) contempla la retención para identificación, siempre que sea necesario para impedir la comisión de un delito. Se trata de un precepto de gran importancia, pues dio cobertura legal a actuaciones imprescindibles en el trabajo policial como la retención para identificación, que antes carecía de ella.

c. Finalmente, el art. 55.1 CE admite expresamente la suspensión del derecho a la libertad del art. 17 CE en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio, cuestión objeto de desarrollo en la LO 4/1981, 1.6 *reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio*. Declarado un estado de excepción la autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que existan fundadas sospechas de que va a alterar el orden público por plazo máximo de 10 días; se añade que el detenido disfrutará de los derechos del art. 17.3 CE (art. 16). En estado de sitio el art. 32.3 permite autorizar lo mismo que en el estado de excepción, además de la suspensión de las garantías jurídicas del detenido contempladas en el art. 17.3 CE.

11. Cfr. al respecto ampliamente PORTILLA CONTRERAS, G. *El delito de práctica ilegal de la detención por funcionario público*, Madrid 1990, pgs. 230 ss.; ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Libertad personal y seguridad ciudadana (Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público)*, Barcelona 1993, pgs. 112 ss.; CLIMENT DURAN, C. *Detenciones ilegales policiales*, Valencia 1998, pgs.76 ss.; y DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, Madrid 1998, pgs. 160 ss. y 233 ss.

12. Cfr. arts. 489 a 501 ("De la detención") y 750 s. con respecto a Senadores y Diputados.

13. Cfr. arts. 502 a 519 ("De la prisión provisional").

d. No nos interesan aquí supuestos de privación de libertad previstos legalmente para casos no delictivos, porque el tipo penal del art. 530 CPe exige que medie causa por delito: por ej., los controles de personas y vehículos de que habla la Ley de Seguridad Ciudadana en el art. 19, la retención para identificación no por razón de delito del art. 20.2 de la misma ley (para sancionar una infracción administrativa), la detención de extranjeros para su expulsión prevista en los arts. 26.2 y 33.1 de la LO 7/1985, de 1.7 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, los controles de alcoholemia etc. Otra cuestión es si una privación de libertad ilegal en esas situaciones en que no media causa por delito puede realizar algún tipo penal diferente del que examinamos o si, por el contrario, la conducta es impune. Para Portilla Contreras sería sólo punible en los supuestos del art. 537 (detención ilegal por vulnerar el derecho a la información inmediata de las razones de detención o el derecho a la asistencia letrada) que examinaremos en este mismo apartado, pues allí no se exige que medie causa por delito¹⁴. En nuestra opinión, nada impide que estos comportamientos puedan ser constitutivos de un delito de coacciones del art. 172, siempre que se obligue con violencia a alguien a hacer lo que no quiere sin estar legítimamente autorizado.

2. Plazos de detención:

a. La detención preventiva: el plazo de la prisión preventiva es una de las garantías del detenido reconocida constitucionalmente. De acuerdo con el art. 17.2 CE no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Es importante subrayar que la detención puede ser ilegal no sólo por sobrepasar el plazo máximo de 72 horas, sino también, aun teniendo menor duración, por exceder del tiempo estrictamente necesario. Así lo apreció El Tribunal Constitucional en el caso enjuiciado en la STC 27.2.96, al entender que “la finalidad de la detención, dirigida exclusivamente a conducir al recurrente a la presencia del Juez de Instrucción pudo, seguramente, haber sido satisfecha en un periodo de tiempo considerablemente inferior a la 24 horas y 30 minutos que fueron empleadas efectivamente en el caso, con la consiguiente probabilidad de que la detención haya sobrepasado el tiempo “estrictamente necesario” que marca el art. 17 CE como plazo máximo para toda detención, quebrantando dicho precepto constitucional”¹⁵. Lo mismo indica el art. 520.1 LECr, salvo la referencia “dentro de los plazos establecidos por la ley”, que parece indicar que el plazo de 72 horas sólo se aplica mientras no haya otras disposiciones que indiquen plazos menores. El problema surge porque en el ordenamiento jurídico hay efectivamente disposiciones que señalan plazos inferiores, suscitándose la duda de si pueden alargarse hasta el plazo constitucional de las 72 horas sin convertir la detención en ilegal. Efectivamente, el art. 496 LECr indica un plazo menor, de 24 horas como de duración máxima de la detención preventiva. La doctrina dominante y la jurisprudencia (cfr. STS 11.10.1988) consideran que este último precepto debe entenderse derogado por el 17.2 CE. En todo caso, todos están de acuerdo en desta-

14. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. en AA. VV., COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) Derecho Penal. Parte Especial, T.2, Madrid 1997, pgs. 774 s.

15. Puede verse su contenido en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 237, pgs.4 ss.

car que la detención no debe durar más de lo estrictamente indispensable en el supuesto concreto¹⁶.

El art. 55 CE admite la suspensión del derecho reconocido en el art. 17.2 CE en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio (art. 55.1 CE) y en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE). La Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio señala en el art. 16 para el estado de excepción el plazo 10 días (la detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de 24 horas). Esta previsión es aplicable también a los casos de estado de sitio (art. 32.3). Por otra parte, el art. 520 bis LECr dispone otros plazos para los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes: en principio de 72 horas, ampliable 48 horas más, como máximo, si lo autoriza el juez.

b. La prisión provisional: los plazos de la misma son los indicados en el art. 504 LECr. prr. 4º: 3 meses, 1 año o 2 años en función de la gravedad de la pena que corresponde al delito que la motiva; 4 años para supuestos excepcionales¹⁷.

c. Finalmente, además de por realizarse en un supuesto no previsto legalmente, o por violar los plazos máximos legales, la detención puede ser ilegal por quebrar otros requisitos de la misma indicados en el propio art. 17 CE o en la Ley 14/ 1983, 12.12 que desarrolla el art. 17.3 CE en materia de asistencia letrada al detenido o preso y la LO 6/1984, 24.5 reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus"¹⁸. Entre ellos cabrá destacar el derecho a instar un procedimiento de *habeas corpus* (art. 17.4 CE; desarrollado en la ley que acabamos de citar), el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a la información inmediata de las razones de detención y de los derechos que le asisten y el derecho a la asistencia letrada (art. 17.3 CE) etc. Estos dos últimos son objeto de protección en una figura específica, el art. 537. Tiene, sin embargo, sentido que sea examinada en este momento, porque no es más que un supuesto particular de detención ilegal.

Como indicamos, se castigan en el art. 537 las conductas de obstaculización del derecho a la asistencia de abogado e infracción del deber de información al detenido o preso. En particular, a "*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 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*", con pena de multa de 4 a 10 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 4 años.

16. Cfr. al respecto, con amplias referencias bibliográficas DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, cit., pgs. 190 ss. Desarrolla ampliamente esta cuestión PORTILLA CONTRERAS, G. en AA. VV., COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Derecho Penal. Parte Especial*, T.2, cit., pgs. 770 ss.

17. La LO 4/ 1988, de 25.5 introdujo un art. 504 bis que establecía alguna modificación del régimen anterior que fue declarado inconstitucional por la STC 71/ 1994, de 3. 3.

18. Sobre las garantías que acompañan a la detención cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. *El delito de práctica ilegal de la detención por funcionario público*, cit., pgs. 296 ss.; ALONSO PEREZ, F. *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Madrid 1997, pgs. 289 ss., 317 ss.; CLIMENT DURAN, C. *Detenciones ilegales policiales*, cit., pgs. 122 ss.

Supone la sanción penal de la infracción de dos de las garantías vinculadas a la privación de la libertad por parte de los agentes públicos, reconocidas en el art. 17.3 CE: el derecho a la asistencia de abogado y el derecho a ser informado de forma inmediata de las razones de su detención de toda persona detenida¹⁹. Representa, en definitiva, un supuesto específico de la detención ilegal del art. 530. Carece de explicación, pues, la diferencia penológica que se observa entre ellos²⁰. Su previsión autónoma representa una novedad con respecto al CPe anterior. Si bien la jurisprudencia había subsumido ya en el antiguo art. 184 las infracciones de este derecho como una de las causas que convertían en ilegal la detención. Aunque en ocasiones no reconocía como ilegal la detención en este supuesto, luego debe valorarse positivamente la introducción de este precepto²¹.

Se castigan dos tipos de comportamientos. En primer lugar, la lesión del derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, bien 1. porque se obstaculiza dicho derecho; o bien, 2. porque procure o favorezca la renuncia a dicha asistencia. Recordemos que la asistencia de abogado es un derecho irrenunciable de acuerdo con el art. 520 LECr, salvo el caso previsto en el art. 520.5, la detención por delitos relacionados con la seguridad del tráfico. En segundo lugar, no informarle de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y/o de las razones de su detención.

Examinaremos brevemente la regulación de estos derechos. En lo que respecta al derecho a la asistencia de abogado, ésta se encuentra en los arts. 520.2.c), 520.4, 5 y 6, 520 bis. 2, 527 (que regula restricciones en casos de incomunicación) y 788 LECr²². Para el ámbito penitenciario una norma específica, el art. 51.2 de la LO 1/1979 *General Penitenciaria* (en adelante LOGP), dispone que sólo podrá ser suspendida la comunicación con el abogado y procurador por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo (cfr. asimismo el art. 48 del Reglamento Penitenciario de 1996 (en adelante RP)). El deber de información se encuentra establecido y regulado en 520.2 LECr, comprende la información de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, en particular a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar abogado y solicitar su presencia, a comunicar la detención a determinadas personas, a ser asistido por un intérprete de tratarse de extranjeros y a ser reconocido por un médico forense.

19. Aunque esta figura, como advierte Tamarit Sumalla, es más amplia, toda vez que se refiere al derecho que tiene toda persona privada de libertad, también en situación de prisión, y no sólo el detenido en relación con las diligencias policiales y judiciales al que se refiere el arts. 17 CE y 24.2 CE. Si bien, continúa este autor, teniendo en cuenta las conductas tipificadas, dicha extensión se produce sólo en la medida en que tales personas puedan ser objeto de diligencias de investigación en el ámbito penitenciario por hechos cometidos en la prisión. Cfr. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pgs. 2148 s.

20. Cfr. también crítico TAMARIT SUMALLA, J.M^a, en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2149: si atendemos a las penas asignadas no es posible conocer la relación entre ambos tipos.

21. Como indica TAMARIT SUMALLA, J.M^a, en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2149.

22. Cfr. los arts. 520 a 527 LECr ("Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos").

El art. 55.1 CE admite expresamente la suspensión de los derechos reconocidos en el art. 17 CE, luego también de los reconocidos en el 17.4 CE, en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio. Sin embargo, el art. 55.1 exceptúa de lo dispuesto a los derechos reconocidos en el art. 17.3 CE, que sólo pueden suspenderse en el caso del estado de sitio, no en el de excepción (cfr. el art. 32.3 Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio). Para las hipótesis de terrorismo el art. 55.2 no prevé que puedan establecerse especialidades más que para la garantía del nº 2 del art. 17 CE, en el sentido ya indicado. Hemos visto ya, por otra parte, las especialidades que surgen en situaciones de terrorismo previstas en la legislación penitenciaria para las comunicaciones entre preso y abogado.

Recordemos finalmente que el delito de detención ilegal de los art. 530 y 531 está castigado además cuando es cometido por imprudencia grave, de acuerdo con el art. 532 (pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años)²³. Este precepto, como anticipamos, será también aplicable en los casos de error vencible o evitable sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, luego también cuando el error verse sobre los presupuestos de hecho de la legitimación de la conducta²⁴. Por ejemplo, cuando concurre una confusión evitable sobre la persona del detenido.

C. Incomunicación ilegal de un detenido, preso o sentenciado (Art. 531 CPe)

Un supuesto particular de detención ilegal es también el previsto en el art. 531, que surge por no cumplir uno de los requisitos exigidos por la ley, el relativo a la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado²⁵. De acuerdo con el mismo se sanciona con un pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 a 6 años a *“la Autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”*.

Nuevamente aquí para determinar el alcance del delito tenemos que acudir a normas extrapenales, básicamente a los arts. 506 a 510 y 527 de la LECr²⁶. La incomunicación puede decretarse siempre que el Juez o Tribunal a cuya disposición se encuentre el sujeto lo considere oportuno a fin de evitar la eliminación de pruebas que puedan poner en peligro la investigación final (cfr. STS 22.5.91). Esta debe durar el tiempo absolutamente necesario para evacuar las citas hechas en las diligencias indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, con un máximo de 5 días (art. 506). En el art. 507 se contempla una excepción a esta regla general para los

23. Su fundamento se encuentra, en opinión de Tamarit Sumalla, en la especial cautela exigible a quienes tienen como función velar por la eficacia de las garantías de dicho derecho fundamental (cfr. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2127).

24. Cfr. supra Apartado I. 4.

25. Consiste en aislar al detenido o preso ante el temor de que éste pueda interferir en las diligencias practicadas en la averiguación del delito.

26. Con respecto a su práctica, cfr. el art. 19 del Reglamento Penitenciario.

casos en que las citas hubieran de efectuarse a larga distancia y en el art. 508 la posibilidad de acordar una segunda incomunicación por un tiempo máximo de 3 días.

A propósito de los delitos cometidos por una persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes se establece una regulación particular en el art. 520 bis LECr (procedente de la reforma operada por LO 3/1988, de 26.12), donde se permite que se realice la incomunicación simplemente una vez solicitada al Juez, sin esperar a la resolución del mismo, éste debe pronunciarse mediante resolución motivada en un plazo de 24 horas.

En todo caso, debe diferenciarse la incomunicación de las restricciones o de la suspensión de las comunicaciones de presos y penados, que en ciertos casos puede ordenar el Director del establecimiento de acuerdo con la LOGP (art. 51 (1, 2, 5) (comunicaciones y visitas) y el RP (arts. 19 y 41.2, 43 (restricción, intervención y denegación de las comunicaciones orales), 44 (suspensión de las comunicaciones orales), etc., algunas de las cuales pueden reconducirse, de efectuarse ilegalmente, a las figura de los arts. 535 y 536 que después examinaremos; así como de las sanciones penitenciarias que supongan de hecho una disminución de las posibilidades de comunicación de los internos, como el aislamiento en celda, que de producirse asimismo ilegalmente pueden dar lugar al delito previsto en el art. 533, del que a continuación nos ocuparemos.

Este comportamiento se sanciona también cuando es cometido por imprudencia grave, en los términos del art. 532 ya examinado.

D. Excesos cometidos por funcionarios de prisiones (Art. 533 CPe)

La figura del art. 533 se refiere a los excesos cometidos por funcionarios de prisiones, cuando sanciona con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años a “*El funcionario penitenciario o de Centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario*”. La referencia a los Centros de menores es novedosa.

Este delito gira en torno a los conceptos de “sanción o privación indebida” y de “rigor innecesario”. El primero aludiría, en opinión de Córdoba Roda, a la aplicación de una medida privativa de derechos carente de justificación (por ej., prohibir desempeñar una ocupación admisible según el art. 522 LECr)²⁷. Más problemático resulta determinar qué se entiende por rigor innecesario, concepto de carácter valorativo, luego en cierta medida más sujeto a la apreciación judicial.

En todo caso, para precisar su contenido es imprescindible tener en cuenta normas complementarias. Principalmente la LO 1/1979 *General Penitenciaria* (LOGP), cuyos arts. 41 a 45²⁸ regulan el régimen disciplinario y las sanciones que pueden imponerse, y el *Reglamento Penitenciario* aprobado por RD 190/1996, de 9.2 (tit. X, art. 231 ss.). Por ejemplo, el aislamiento en celda está sujeto a unos requisitos:

27. Cfr. CORDOBA RODA, J. Comentarios al Código Penal, t. III, Barcelona 1978, pg. 111.

28. Cfr. asimismo el Reglamento Penitenciario de 1996, en cuyo art. 4.2.a se reconoce este derecho.

duración máxima de 14 días, control médico, está excluido en casos de enfermedad y de mujeres gestantes etc.; o la de privación de paseos y actos recreativos comunes puede alcanzar hasta un mes como máximo. Apreció una sanción indebida, por ej., la STC 26.10.1989: usar para cumplir una sanción de aislamiento una celda “negra” o “ciega”, sin luz ni ventilación, infringiendo el art. 42.4 LOGP (que exige el cumplimiento de estas sanciones en celdas de características análogas a las restantes).

Con respecto a los menores, deben tenerse en cuenta la Ley Orgánica *Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores* de 1992, la legislación sobre el tema de las Comunidades Autónomas que cuenten con ella y los arts. 173 a 177 del Reglamento Penitenciario (Internamiento en departamentos para jóvenes); y a partir de 13 de enero de 2001 el Título VII de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Este delito puede aparecer en concurso con un delito lesiones, si se producen menoscabos en la salud o integridad física del recluso.

III. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA INTIMIDAD

Los delitos contemplados en la Sección 2ª se dirigen a la tutela del derecho constitucional a la intimidad. En el art. 18.1 CE se establece que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Este derecho no es protegido aquí de modo general, sino que la protección se dirige únicamente a aspectos particulares del mismo a que el propio art. 18 CE hace referencia: 18.1 derecho a la propia imagen; 18.2 derecho a la inviolabilidad del domicilio; 18.3 derecho al secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas.

No se otorga en este contexto protección específica a los datos reservados de carácter personal y familiar que consten en archivos públicos y privados (registrados en ficheros o soportes informáticos o en cualquier tipo de archivo o registro público o privado) frente a conductas que vulneran el derecho al secreto y control sobre los mismos²⁹. Se trata de una verdadera laguna legal, pues se trata de conductas tipificadas en la figura común del art. 197.2³⁰ y en el 198 cuando lo son por funcionarios públicos. Morales Prats se muestra partidario de aplicar en estas situaciones la figura del art. 197.2³¹.

El nuevo CPe introduce por vez primera una referencia a la intimidad como bien jurídico protegido en un grupo de delitos y se amplía su protección con respecto al texto anterior, atendiendo a la aparición de nuevas formas de intromisión en la intimidad, de control del individuo, fruto del desarrollo tecnológico.

29. Conectan con la garantía reconocida en el art. 18.4 CE, conforme al cual “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

30. Figura novedosa con la que se ha perseguido adecuar la regulación penal con la normativa extrapenal, en particular con la LO 5/ 92, de 29.10 de *regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* (LORTAD) y el RD 1332/ 1994 que la desarrolla.

31. Cfr. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2131.

La intimidad es uno de los bienes jurídicos personales de más difícil definición. Muñoz Conde lo caracteriza como el derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada que pueden calificarse de secretos; también incluye el derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad del titular³². El Tribunal Constitucional, a través de numerosas decisiones (STS 231/ 1988, 219/ 1992, 142/ 1993, 117 y 142/ 1994, 207/ 1996 etc.) lo caracteriza como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana, y lo conecta a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás y necesario, conforme a las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana.

La protección de la intimidad es llevada a cabo también por las figuras comunes del Título X. Además de contar con protección civil, articulada por la LO 5.5.1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 1.2 redactado conforme Disposición final 4ª de la ley que aprueba el nuevo CPe).

A. Delitos contra la inviolabilidad del domicilio (Art. 534 CPe)

Mediante las tres figuras del art. 534 se otorga protección al derecho a la inviolabilidad del domicilio, proclamado en el art. 18.2 CE: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento de titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Se tutela aquí en el seno de las diligencias de investigación de un delito. Se sancionan en particular los comportamientos de entrada ilegal, registro ilegal y vejación injusta con motivo de registro legal. Todos ellos son delitos dolosos.

Hallamos aquí alguna novedad significativa en relación con el Código anterior, pues el art. 191 del mismo excluía a las autoridades judiciales como sujetos activos del delito y a los extranjeros como sujetos pasivos de este delito.

a) Entrada ilegal (Art. 534.1 CPe)

Se señala una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años y multa de 6 a 12 meses a “la Autoridad o funcionario público que, medianamente causa por delito, y sin mediar las garantías constitucionales o legales: “1º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador. Las figuras comunes correspondientes son las previstas en los arts. 202 ss. CPe. El art. 204 CPe contempla este comportamiento cuando es cometido por funcionario público sin que medie causa por delito.

La conducta delictiva consiste en la “entrada” –luego no incluye la permanencia contra la voluntad del morador, a diferencia de la figura común del art. 202– “en un

32. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pg. 243. Sobre el bien jurídico intimidad cfr. ampliamente MORALES PRATS, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona 1984.

domicilio”. El concepto de domicilio es problemático en este contexto. Parece que no debe identificarse con la definición que del domicilio hace el art. 40 del Código Civil como la sede jurídica de un persona, el lugar donde ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones. La doctrina se inclina por interpretarlo aquí, como equivalente a “morada”, en atención a la referencia expresa al morador como sujeto pasivo del delito³³. Esto es, el término domicilio, cuando hablamos del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ha de interpretarse como morada. Y éste es un concepto muy elaborado por la doctrina a propósito del delito de allanamiento de morada del art. 202 CPe, apartándose tanto del concepto de domicilio del Código Civil como del concepto vulgar que lo hace equivalente a “casa habitada”. Siguiendo las conclusiones de la doctrina y jurisprudencia dominantes, que aboga por una interpretación teleológica del mismo, ha de entenderse la morada como un espacio separado del mundo exterior destinado al desarrollo de la vida privada, del que se hace uso actual y de modo legítimamente³⁴. Hablamos de un espacio separado del mundo exterior, luego no es preciso que tenga la forma de una vivienda: puede serlo, si concurren los requisitos que a continuación indicamos, un coche (que se utilice como vivienda), una tienda de campaña, una cueva o una caravana. Imprescindible es que se destine al desarrollo de la vida privada, lo que no significa vida familiar: la celda de un convento o de una prisión, la habitación de una residencia de estudiantes etc. también son morada. Es precisa la actualidad de uso, lo que no exige, sin embargo, ni la presencia del morador en el momento de la comisión del hecho, ni que el uso sea permanente: incluso una habitación de hotel, usada sólo una noche, es morada. Finalmente se requiere que se tenga un título legítimo, de derecho o de hecho, sobre la morada.

No constituyen morada en el sentido jurídico-penal del término los automóviles –salvo que se dé la circunstancia excepcional antes apuntada de ser utilizado como morada. En varias ocasiones se ha planteado la duda ante los Tribunales y éstos han resuelto negativamente, luego una entrada ilegal en los mismos no puede constituir un delito de allanamiento de morada. Sí, en cambio, puede reconducirse este comportamiento a la figura general del delito de coacciones del art. 172 del Código Penal. El registro de automóviles por las FFCCSE encuentra cobertura legal en el art. 19.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, siempre que se efectúe para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo. La doctrina consolidada del Tribunal Supremo establece que los vehículos de motor carecen de la protección que el art. 18.2 CE presta a la intimidad domiciliaria (STS 13.10, 19.7 y 28.4.1993; STS 10.2 y 31.1.1994; STS 21.4.1995; STS 28.11.1997; STS 16.7 y 13.10.1999; STS 18.11.1998; STS 26.6 y 27.11.2000

33. Así VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia 1996, pg. 2049.

34. Cfr. al respecto SUAREZ MONTES, R.F. “El delito de allanamiento de morada”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1968, pgs. 862 ss. (868 ss.); y JORGE BARREIRO, A. *El allanamiento de morada*, Madrid 1987, pgs. 44 ss. y 47 ss. En relación al art. 534 cfr. ampliamente SANCHEZ DOMINGO, M.B. *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal*, Granada 1998, pgs. 126 ss.

entre otras), de modo que su registro no está sujeto a las exigencias de los arts. 545 ss. de la LECr. El automóvil vendría a ser un simple objeto de investigación, luego no sujeto a las garantías anteriores³⁵.

Resultan también excluidos los despachos profesionales, domicilios de personas jurídicas y locales públicos. A diferencia de lo que sucede en el Título X, donde junto al allanamiento de morada del art. 202 se contempla el allanamiento del domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público en el art. 203, no aparece prevista aquí una figura de estas características para los funcionarios públicos. Ello se debe a que la garantía constitucional se refiere exclusivamente al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria de las personas físicas (cfr. STS 1.12.95). La doctrina reiterada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha indicado que no afectan a estos lugares las reglas procedimentales establecidas en los arts. 545 s. LECr (cfr. arts. 554 a 557 sobre el concepto de domicilio en la LECr) ni el amparo constitucional del art. 18.2 CE, en cuanto no constituyen domicilio en el sentido de estas normas (cfr. STS 15.10 y 14.3.94, 27.11 y 17.3.93, 6.4.93, 11.6 y 4.12.91 etc.). En nuestra opinión en tales situaciones deberá aplicarse, de concurrir sus requisitos, la figura común correspondiente (art. 203) o, de actuar ilegalmente y sin mediar causa por delito, el art. 204 CPe³⁶.

Ulterior elemento del delito es el requisito de que la entrada se realice “sin el consentimiento del morador”. Morador es toda persona que tenga el derecho a excluir la entrada o mantenimiento en la morada de un tercero; es indiferente en virtud de qué título jurídico (propiedad, posesión, precario...). Problemático es qué sucede cuando son varios los moradores y tienen voluntades contrapuestas acerca de la entrada del funcionario. Frente a las soluciones extremas (quien prohíbe tiene mejor derecho o, por el contrario, quien autoriza tiene mejor derecho), domina en la actualidad en la doctrina la opinión de que es suficiente el consentimiento de uno de los moradores para que no haya delito, salvo que a los demás moradores no les sea exigible, en atención a las circunstancias del caso, la presencia del extraño, porque ésta pueda suponer

35. Una solución diferente a la hoy dominante se adoptó sin embargo en la STS de 7.2.1994, siguiendo una sentencia del Tribunal Constitucional de 1993, nº303, al establecer la obligación de que en las situaciones indicadas el registro policial cumpla con las exigencias legales establecidas en la LECr, salvo casos de urgencia y necesidad, pese a entender que el vehículo no constituye domicilio o morada, luego carece de la protección constitucional del art. 18.3 CE. Cfr. al respecto la STS 1.4.96 (Ponente J.A. de Vega Ruiz) en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996, nº 244.

36. Cfr. en este sentido MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pg. 825.

37. Cfr. en este sentido JORGE BARREIRO, A. *El allanamiento de morada*, cit., pgs. 71 ss., 77; SANZ MORAN, A. “Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada”, en *Estudios de Derecho penal y criminología. Homenaje a J.M. Rodríguez Devesa II*, Madrid 1989, pgs. 313 ss. (337 s.), siguiendo la doctr. alemana, sigue en este contexto el criterio de exigibilidad, de modo que ni la voluntad obstaculizante ni la autorizante pueden suponer un abuso de derecho, lo decisivo es la exigibilidad de la decisión para los demás cotitulares; y MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pg.258, para quien lo importante ha de ser el derecho a la intimidad del que prohíbe, que sólo está legitimado para prohibir la entrada a alguien a pesar del consentimiento del otro morador, si con esa entrada se cuestiona gravemente su derecho a la intimidad (pone como ejemplo el caso juzgado en la STS 29.10.1980: la mujer que niega la entrada a la amante de su marido).

una grave intromisión en su derecho a la intimidad³⁷. Por otra parte, para que el consentimiento del morador excluya la presencia del delito ha de tratarse de un consentimiento válido, luego de una persona con capacidad natural de comprensión y no viciado por amenaza, coacción o engaño. Con respecto a la figura común del art. 202, más restringida, se exige la voluntad contraria expresa o tácita del morador. Aquí, en cambio, basta que se actúe “sin el consentimiento del morador”: luego en los casos de consentimiento inválido por estar viciado por engaño (por ej., entrada no contraria a la voluntad del morador pero con fin ilícito: se le oculta la condición de policía, que se hace pasar por empleado de la compañía del gas; o entra como policía pero oculta el fin de la entrada) hay delito.

Finalmente, es preciso que el comportamiento se realice “mediando causa por delito” y “sin mediar las garantías constitucionales o legales”. Luego el delito no surge cuando concurren los supuestos legalmente permitidos, básicamente, el consentimiento de titular, la resolución judicial, el flagrante delito y la persecución inmediata.

1. El consentimiento del titular excluye la tipicidad del hecho, en cuanto hace desaparecer el elemento relativo a la voluntad contraria del morador, pero también por tratarse de un supuesto en que se autoriza legalmente la entrada del funcionario de acuerdo con el art. 18.2 CE y los arts. 545 y 550 LECr. Se entenderá que presta su consentimiento –aclara el art. 551 LECr– “aquel que, requerido por quien hubiera de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que pueda tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio... la Constitución del Estado”.

2. Con respecto a la resolución judicial (art. 18.2 CE), los arts. 545 ss. a 572 LECr (con respecto a los domicilios, cfr. particularmente los arts. 546 y 550), establecen sus requisitos. Ha de ser del Juez Instructor y mediante auto motivado (art. 550 con respecto al domicilio).

3. La hipótesis de flagrante delito aparece prevista en los arts. 17.2 CE y 553 LECr. Es la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional la que ha permitido dibujar los perfiles del concepto de flagrancia³⁸. Así la STC 341/18.11.1993 declaró inconstitucional el art. 21.2 de la *Ley de Seguridad Ciudadana* que pretendía ampliar este concepto en relación con los delitos de narcotráfico: el delito flagrante requiere la constancia sensorial, no basta un “conocimiento fundado que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer” un delito de tráfico de drogas (por ej., a través de un confidente, o de una actividad de vigilancia y control policial). Una Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 94/1996) nos aclara concepto de flagrancia cuando viene a decir que además de la percepción directa, inmediata de la comisión de un delito, basta el “conocimiento evidente”, esto es fruto de una actividad lógico-intelectual basada en datos objetivos, de la comisión del delito. De este modo, como indica López Requena, la STC citada consolida la orientación iniciada con la STS 341/1993 sobre el significado de la “evidencia” en el

38. En la STS 29.3.1990 se indica la necesidad de una inmediatez temporal entre la realización del delito y la entrada en el domicilio; una inmediatez personal entre el delincuente, el domicilio y el objeto del delito; y una necesidad urgente de acabar con el delito que se está realizando en aquel momento y de detener a su autor; y que en ese momento no sea posible obtener un mandamiento judicial.

delito flagrante, en el sentido de entender que concurre no sólo cuando es apreciada sensitiva o sensorialmente, sino también cognoscitiva o intelectualmente³⁹. En el caso enjuiciado los agentes intervienen en el domicilio de una persona (A) amparándose en la comisión flagrante de un delito de tráfico de drogas, luego sin mandato judicial. No tenían la constancia sensorial de ello, pero sí habían observado que A había entrado y salido varias veces de su domicilio y del de otra persona, B, tras haber realizado fuera operaciones de venta de droga, y que en el registro de la vivienda de B se encontraron cantidades de droga después de que un agente observara por la ventana que B intentaba deshacerse de la droga arrojándola por el inodoro. El Tribunal aprecia la existencia de flagrancia pese a la falta de constancia sensorial del delito en la casa de A y avala la licitud de la intervención policial.

4. El supuesto de persecución inmediata aparece previsto en el art. 553 LECr; surge cuando el delincuente, inmediatamente perseguido, se oculte o refugie en una casa.

5. El art. 55.1 y 2 CE admite expresamente la suspensión de este derecho en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio y en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Con respecto a los casos de excepción, el art. 17 la *Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio*, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 18.2 CE, concede facultades a la Autoridad gubernativa, si es necesario para esclarecer hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento de orden público; después debe comunicarse al juez (cfr. las garantías establecidas en el 17). Esta norma es aplicable en casos de estado de sitio (art. 32.3). Con respecto a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas el art. 553 LECr permite a los agentes de policía la entrada “de propia autoridad” en casos de excepcional y urgente necesidad.

b) Registro ilegal (Art. 534.2 CPe)

La conducta castigada en el art. 534.2 supone la vulneración de una garantía específica vinculada a la inviolabilidad domiciliaria. Se castiga con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años y multa de 6 a 12 meses a “*La Autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin mediar las garantías constitucionales o legales:*” 2º *Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento*”. Surge un tipo agravado “*si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados*”. Las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 8 a 12 años y multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderle por la apropiación. Generalmente aparecerá en concurso con un delito de robo con violencia en las personas. Por ejemplo en el supuesto enjuiciado en la STS de 4.2.83, la entrada y registro sin consentimiento del titular y sin mandato judicial, utilizando llaves falsas obtenidas violentamente de la propietaria y apropiándose de las joyas de ésta.

39. Cfr. LOPEZ REQUENA, I. “La “evidencia” del “delito flagrante” en la jurisprudencia constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio (STS 94/ 1996, de 28 de mayo)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996, nº 255, pgs.1 ss. (3).

Esta figura será aplicable por lo general en casos en que ha sido autorizada la entrada por un Juez Instructor y en el desarrollo de la diligencia se realizan investigaciones no previstas ni autorizadas en el auto judicial; pero también cuando sigue a una entrada ilegal. En este caso Morales Prats se muestra partidario de apreciar sólo el delito de entrada ilegal del nº1 del art. 534, salvo que se trate de una infracción grave⁴⁰.

El registro resulta permitido en los mismos supuestos antes citados para la entrada, siempre que se cumplan los requisitos legales:

1. el consentimiento de titular (art. 534.1 CPe; art. 18.2 CE; art. 550 LECr.);
2. la resolución judicial (art. 18.2 CE y arts. 546 ss. LECr) mediante auto motivado (art. 550), con las garantías establecidas en los arts. 569 ss. sobre el modo de práctica del registro –su infracción determinará la aparición del delito–;
3. el flagrante delito (art. 18.2 CE y 553 LECr);
4. la persecución inmediata (art. 553 LECr, cuando el delincuente, inmediatamente perseguido, se oculte o refugie en una casa). Resulta aplicable aquí lo establecido para los casos de declaración de estado de excepción o de sitio y en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas que antes expusimos⁴¹.

c) Vejación injusta o daño innecesario con motivo de registro legal (Art. 534.2 CPe)

Finalmente, se sanciona asimismo a “*la Autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes*”, con las “*penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 a 6 años*”. La indicación de la pena en este precepto es confusa, pero parece referirse a la pena prevista para las vejaciones injustas y los daños en otro lugar del Código Penal (arts. 262 y 620.2º)⁴². Por vejación injusta debe entenderse maltrato de obra o de palabra. Debe recordarse que estos comportamientos se castigan cuando tienen lugar en el curso de un registro conforme a la ley.

B. Delito contra la inviolabilidad de la correspondencia (Art. 535 CPe)

La inviolabilidad de la correspondencia privada es un aspecto del derecho a la intimidad que es tutelado frente a las actuaciones de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo en el art. 535 CPe. Comete el delito “*la Autoridad o funcionario*

40. Cfr. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2134 s.

41. Cfr. supra Apartado III. A. a).

42. Cfr. en este sentido CANCIO MELIA, M. en RODRIGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997, pgs. 1325 s. Entiende, sin embargo, que se refiere a las previstas en el nº anterior del mismo artículo MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2135.

público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales", sancionado con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años. Surge un tipo agravado "si divulgara o revelara la información obtenida" (pena de inhabilitación especial en su mitad superior y multa 6 a 18 meses)⁴³. Se trata de un comportamiento castigado sólo en su modalidad dolosa, luego la apertura o revelación hecha por error resulta impune.

Se protege aquí el secreto de las comunicaciones escritas (postales y telegráficas) en el seno de las investigaciones propias del proceso penal, derecho constitucionalmente proclamado en el art. 18.3 CE: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

Analicemos los elementos de la conducta delictiva. Se precisa, en primer término, interceptar cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica. Es discutido en la doctrina si basta con detenerla o interceptarla o si es precisa la apertura⁴⁴. Para que la correspondencia sea privada basta que el remitente o el destinatario sean un particular⁴⁵. Un concepto de correspondencia postal nos lo proporciona la STS 2.6.1997: todos aquellos envíos que puedan realizarse utilizando el servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios; incluye también los paquetes postales.

La interceptación ha de hacerse con violación de las garantías constitucionales o legales. Luego no surge el delito si se realiza en los supuestos autorizados legalmente y observando los requisitos establecidos para ello. En particular, cuando media resolución judicial (art. 18.2 CE y arts. 579 ss. LECr). Puede acordarla el juez si hubiere indicios de obtener a través de ella la comprobación de algún hecho relevante para la causa (art. 579.1 LECr). La forma de practicarla se establece en los arts. 580 a 588 LECr. Debe tenerse en cuenta que el delito surge no sólo de realizarse la conducta en un caso no autorizado, sino también si estando autorizada se excede el tiempo de la autorización o se infringen otros requisitos legales.

De nuevo el art. 55.1 y 2 CE admite expresamente la suspensión de este derecho en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio y en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El art. 18 de la Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, para los casos de excepción y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 18.2 CE, concede facultades a la Autoridad gubernativa, si resulta necesario para esclarecer hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento de orden público;

43. La figura común se encuentra en el art. 197.1 CPe; a continuación el art. 198 capta este mismo comportamiento llevado a cabo por el funcionario público que actúa fuera de los casos permitidos por la ley, prevaleciéndose de su cargo y sin mediar causa por delito.

44. En el primer sentido cfr. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2137; de la segunda opinión es CANCIO MELIA, M. en RODRIGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 1327.

45. Así lo indica MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2137.

luego debe comunicarse al juez (cfr. las garantías previstas en el art. 17). Resulta asimismo aplicable a los casos de estado de sitio (art. 32.3). Para los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, de acuerdo con el art. 579.4 LECr (redacción procedente de la reforma de la LECr de 1988) puede ordenarla el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado.

En el ámbito penitenciario nos encontramos con un régimen especial. El art. 50.1 y 3 del Reglamento Penitenciario regula el registro de paquetes recibidos y enviados en el ámbito penitenciario. Los arts. 51 ss. de la LOGP y los arts. 41 ss. del Reglamento (especialmente 46 a 48) se ocupan del régimen de comunicaciones. Se regula en particular la intervención de las comunicaciones escritas (art. 46 RP) y de las comunicaciones con Abogados y procuradores (art. 48 RP). Estas son intervenibles por orden autoridad administrativa, salvo las de abogado y procurador, que precisan de la orden de la autoridad judicial competente (art. 48.3 RP), salvo que se trate de supuestos de terrorismo (art. 51.2, 3 y 5). Las comunicaciones con las autoridades citadas en el art. 49 RP siguen también un régimen especial. Las efectuadas con el Defensor del Pueblo o sus delegados –o instituciones afines en las Comunidades Autónomas–, autoridades judiciales y Ministerio Fiscal no pueden ser objeto de restricción o suspensión por autoridades administrativas.

C. Interceptación de comunicaciones orales y lesión del derecho a la propia imagen (ART. 536 CPe)

La figura del art. 536 CPe conecta con otros dos aspectos del derecho a la intimidad, como son el derecho al secreto de las comunicaciones orales y el derecho a la propia imagen, constitucionalmente reconocidos en el art. 18 (art. 18.3 CE “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”; y art. 18.1 derecho a la propia imagen). Comete el delito “*la autoridad, funcionario público o agente de éstos que, median-do causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales*” (pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 a 6 años). Surge un tipo agravado “*si divulgare o revelare la información obtenida*” (pena de inhabilitación especial en su mitad superior y multa 6 a 18 meses)⁴⁶. Se trata de un delito doloso, de modo que la escucha accidental es impune. Por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en la STS de 8.7.1992 (Ponente J.A. Martín Pallín), en que alguien a través de un teléfono inalámbrico capta casualmente una conversación que revela a otro.

A continuación analizaremos los elementos de la conducta típica. Esta consiste, en primer término, en interceptar las telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de

46. La figura común correspondiente es la del art. 197.1 CPe; el art. 198 CPe se refiere a los casos en que el funcionario público actúa fuera de los casos permitidos por la ley, prevaleciéndose de su cargo y sin mediar causa por delito y constituye un tipo agravado de la anterior.

cualquier otra señal de comunicación. Como en el supuesto anterior es discutido en la doctrina si es suficiente con interceptar o si es preciso que se conozca el contenido⁴⁷. A diferencia de la figura común del art. 197.1 no se exige la intención específica (elemento subjetivo del injusto) de actuar para descubrir un secreto o vulnerar la intimidad de otro⁴⁸.

Objeto de protección son las comunicaciones orales directas y las efectuadas a través de cualquier señal de telecomunicación: no sólo la comunicación telefónica, sino también aquella realizada por fax, o la comunicación a través de un ordenador mediante correo electrónico o internet etc.; asimismo comprende la toma de fotos o imágenes con teleobjetivo o vídeo etc. Frente al anterior CPe, resulta novedosa la referencia a cualquier otra señal de comunicación, pues antes sólo se protegía el secreto de las comunicaciones orales y la imagen⁴⁹.

La interceptación ha de hacerse con violación de las garantías constitucionales o legales. Esto es, ha de tratarse de un supuesto no autorizado, o bien autorizado pero infringiendo los requisitos legales. Los principales son el consentimiento de la víctima y la orden judicial (art. 18.3 CE):

1. El consentimiento de la víctima convierte en atípico, esto es, no delictivo, el comportamiento. Problemático resulta, como en la figura común, qué sucede cuando son varios los intervinientes (en la conversación, la foto etc.). En opinión de Muñoz Conde se precisaría el consentimiento de todos los intervinientes⁵⁰; para Carbonell Mateu y González Cussac resultaría suficiente el de aquellos a quien afecte el secreto⁵¹. El consentimiento presunto (por ej., una persona advierte que está siendo grabada y no dice nada) entendemos que podría ser válido como causa de justificación de la conducta.

2. Los arts. 579.2 y 3⁵² a 588 de la LECr desarrollan la posible limitación del secreto de las comunicaciones orales en el contexto de la investigación instructora por delito; la competencia recae en el Juez Instructor. La LECr no establece límite temporal para la interceptación de las comunicaciones, salvo para el supuesto previsto en el art. 579.3 al que luego nos referiremos (3 meses, prorrogables por iguales periodos

47. Cfr. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2141, en el primer sentido; y CANCIO MELIA, M. en RODRIGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 1329 en el segundo.

48. Morales Prats estima que se atiende más que a la vulneración del secreto de las comunicaciones del art.18.3 CE, a la libertad de comunicación privada, insita en el mismo artículo (cfr. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2141).

49. Cfr. el art. 192 bis del CPe anterior (figura común, el art. 497 bis). Introducidos por LO 7/1984, 15.9, redacción procedente de la LO 18/1994, de 23.12, que elevó las penas e incluyó referencia a cualquier tipo de telecomunicación –no sólo a las comunicaciones telefónicas, como la versión anterior– y a la imagen. Antes de esta última reforma se discutió si el tipo abarcaba la comunicación telefónica inalámbrica, duda resuelta favorablemente por el Tribunal Constitucional (cfr. STC 34/1996, en *Actualidad Jurídica Aranzadi AJA* nº 240), que entendió que ello no vulneraba el principio de legalidad ni suponía una analogía *in malam partem*.

50. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pg. 248.

51. Cfr. en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios...*, cit., pg. 999.

52. El art. 579 LECr fue introducido por la LO 4/1988, de 25.5.

sin límite). Lo cierto es que apenas se ocupa la LECr del modo de intervención de las comunicaciones telefónicas. Si podemos hacer referencia, sin embargo, a los requisitos establecidos por una reiterada jurisprudencia, cuya inobservancia será con toda probabilidad base para la apreciación del delito que analizamos por parte de los Tribunales. Jurisprudencia procedente tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, siguiendo las líneas de aquella del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentalmente de las sentencias que resuelven los casos *Klass* (St. 6.9.78), *Malone* (St. 2.4.84) y *Huvig* (St. 24.4.90) y *Kruslin* (St. 24.4.90), entre otros⁵³. Sentencias muy ilustrativas en esta materia son el Auto de 18.6.1992 (“caso Naseiro”) (Ponente Sr. Ruiz Vadillo)⁵⁴, la STS 21.7.1997 (Ponente Sr. Martín Canivell), que retoma y sintetiza con mucha claridad la doctrina jurisprudencial anterior, y recientemente la STS de 11.5.1998 (Ponente Sr. Prego de Oliver); o la STC de 26.3.1996⁵⁵. En el citado Auto de 1992 se establece que:

(1). “resulta indispensable que existan indicios [de criminalidad], lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas”, indicios que el Juez debe exteriorizar formando parte de la motivación del correspondiente Auto judicial;

(2). sólo puede ser acordada por el Juez en el marco de un proceso penal; “no caben tampoco, por consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo” (sin que ello signifique que sea necesaria la existencia de una imputación formal contra persona determinada);

(3). es necesario un control judicial periódico de las grabaciones en presencia del Secretario judicial;

(4). existe una “obligada entrega de cintas originales, y no de copias, al Juez”;

(5). “la intervención/ observación ha de venir establecida para un determinado delito o varios y, en la medida en que se descubran otros, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, si procede extender la intervención/ observación”, luego no cabe una disociación entre autorización e investigación, “no son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la expresa autorización del Juez, no es correcto mantener la intervención/ observación cuando se desprende que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización”;

(6). debe existir una relación de proporción entre la gravedad de la medida cautelar adoptada y el fin perseguido: sólo será pertinente cuando se trate de la averiguación de delitos de cierta gravedad; y

(7). finalmente, se exige la determinación de la medida y sus límites (por ej. si alcanza o no a todas las llamadas efectuadas a un determinado número de teléfono o desde el mismo).

53. Cfr. una relación de las sentencias del TEDH tomadas como punto de referencia por el Tribunal Supremo español en el Auto de 18 de junio de 1992 (“caso Naseiro”), Fundamento jurídico 4º. Cfr. su contenido en *Actualidad Penal*, nº 29, 1992, pgs. 1207 ss. Sobre la cuestión cfr. ampliamente MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pgs. 2143 ss.

54. Como se indica en la STS 2.6.1995, las grabaciones de conversaciones telefónicas han sido muy estudiadas por la Sala 2º tras el denominado “caso Naseiro”.

55. Cfr. su contenido en *Actualidad Penal*, nº 41, 1997, pgs. 1674 ss.

En el caso enjuiciado la prueba efectuada se declaró nula por apreciarse infracción de varios de los requisitos indicados, entre otras razones porque la autorización se concedió para investigar un delito de tráfico de drogas y lo que se descubre es un delito de cohecho, no poniéndose este dato en conocimiento del Juez para que, en su caso, reconsiderase la autorización.

3. De nuevo el art. 55.1 y 2 CE admite expresamente la suspensión de este derecho en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio y en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El art. 18 de la Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, para los casos de excepción y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 18.2 CE, concede facultades a la Autoridad gubernativa, si fuera necesario para esclarecer hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento de orden público; después debe comunicarse al juez (cfr. las garantías establecidas en art. 17). Esta disposición es aplicable en supuestos de estado de sitio (art. 32.3). Con respecto a los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes se dispone que el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado pueden ordenar la modalidad de intervención consistente en observación de las comunicaciones, comunicándolo al juez que en el plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación revocará o ratificará la medida (art. 579.4 LECr)⁵⁶.

4. En el ámbito penitenciario encontramos de nuevo un régimen especial. Debemos atender a los arts. 51.2 a 5 de la LOGP y los arts. 41 ss. –en especial 46 a 49– del RP con respecto a la intervención de las comunicaciones telefónicas (art. 47 RP), las comunicaciones con Abogados y procuradores (art. 48 RP) y las comunicaciones con autoridades o profesionales (art. 49 RP). En líneas generales puede decirse que son intervenibles por la administración penitenciaria, salvo las comunicaciones con abogado y procurador y las realizadas con Defensor del pueblo y Ministerio Fiscal, sometidas a las condiciones antes apuntadas que rigen las comunicaciones escritas⁵⁷.

5. Finalmente, resultan permitidos los supuestos de toma de imágenes reconocidos en la reciente Ley Orgánica 4/ 1997, de 4.8 *por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos* (BOE de 5.8). Esta regula (art. 1) el uso por las FFCCSE de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos y cerrados, y su posterior tratamiento, con fines de seguridad pública y para evitar la comisión de delitos, así como el régimen de garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos que se vean comprometidos. Se refiere a videocámaras, cámaras fijas, móviles y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esa ley. La ley encontró complemento posterior en el *Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997 de 4.8 por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos*, aprobado por Real Decreto de 16.4.1999, nº 596/1999.

56. Fue objeto de desarrollo inicialmente en la LO 9/ 1984, de 26.12 *relativa a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas*, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 199/1987 y derogada por las LO 3/1988, de 25.5 modificadora del CPe y la LO 4/1988, de 25.5 modificadora de la LECr.

57. Cfr. supra Apartado III.B.

Hemos de distinguir dos hipótesis:

a. En primer lugar, las instalaciones fijas (art. 3 y 4 de la Ley; y 3 a 5 del Reglamento). Estas se encuentran sometidas a un régimen de autorización administrativa, en concreto del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, previo informe de una Comisión presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma (su composición se determina en el art. 12 del Reglamento).

b. En segundo término, las videocámaras móviles (art. 5 de la Ley; y 6 a 9 del Reglamento), también sometidas a un régimen de autorización administrativa, en particular del máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, que debe ponerse antes de 72 horas en conocimiento de la Comisión antes mencionada; con la excepción de los casos de urgencia.

El art. 6 de la Ley establece los principios generales que rigen la utilización de las videocámaras. Es preciso que exista, para que sea legítima su utilización (a). con respecto a las fijas, un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, y (b). con respecto a las móviles, un peligro concreto para la seguridad ciudadana. Se prohíbe su uso en el interior de las viviendas, sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial; en lugares públicos cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas; y se prohíbe asimismo grabar conversaciones estrictamente privadas (art. 6.5).

6. Parece finalmente previsible una futura regulación de las actividades de vigilancia de los servicios de inteligencia estatales (CESID) por medio de artificios técnicos, laguna legal que ha planteado, como es bien sabido, no pocos problemas en la práctica. Casos bien conocidos son las actividades de exploración del espacio radioeléctrico por parte del CESID descubiertas en 1995⁵⁸; y las escuchas de este organismo en la sede del partido Herri Batasuna en Vitoria desmanteladas en 1996. Esta debería tener en cuenta, como en el caso anterior, la jurisprudencia al respecto del TEDH. La sentencia de 6.9.1978 que resuelve el caso Klaus apunta la necesidad de que el Estado cuente con medios eficaces para la lucha contra el terrorismo y otros fenómenos criminales subversivos y contrarios a los intereses nacionales, siendo uno de ellos la vigilancia y control clandestino de las comunicaciones, siempre en aras de salvaguardar la seguridad nacional y el sistema democrático. Pero a continuación dibuja una serie de requisitos que tratan de armonizar dichas actividades con lo dispuesto en el art. 8.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ratificado por nuestro país, luego plenamente vigente de acuerdo con el art. 10 CE) que proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar y a la correspondencia⁵⁹. La doctrina del TEDH en la materia puede sintetizarse en la exigencia de una ley habilitante, la atención a los principios de necesidad y proporcionalidad, la exclusión de autorizaciones de vigilancia de carácter explorativo y general, y, finalmente, el sometimiento de dichas actividades a otras instancias de control institucional, que no tienen que ser necesariamente de carácter

58. Sobre el curso judicial del mismo y su examen a la luz de la protección penal del secreto de las comunicaciones telefónicas cfr. MORALES PRATS, F. "Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas (Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 15.ª, de 10 de mayo de 1996)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 253, 1996, pgs. 1 ss. En Auto citado se publicó en el nº 247 de la misma revista, pgs. 1 ss.

59. Cfr. al respecto de exposición de MORALES PRATS, F. "Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas", cit., pgs. 2 ss.

judicial (pudiendo tratarse de un Comité parlamentario o de una Comisión independiente de Control), aunque esto será lo más aconsejable.

Tiene interés en este contexto recordar que una grabación ilegal por vulnerar un derecho fundamental no puede ser utilizada como prueba judicial (art. 11.1 LOPJ)⁶⁰. Hay abundante jurisprudencia al respecto. Entre los casos más conocidos, los juzgados por la STS 18.6.1992 (“caso Naseiro”), ya citado, y la STC 183/ 1994, de 20.6 (grabación en el locutorio de la prisión de Alcalá-Meco de una comunicación de un interno con su abogado –de la cual se deducían actividades de colaboración con banda armada de este último– realizada sin la preceptiva autorización judicial, necesaria aun tratándose de delitos de terrorismo)⁶¹.

IV. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS CONTRA OTROS DERECHOS INDIVIDUALES

La Sección 3ª comprende, como indicamos, figuras orientadas a la protección de derechos individuales distintos de la libertad y la intimidad, tutelados en las secciones anteriores, en particular la libertad de expresión (art. 538), la libertad de asociación (art. 539), la libertad de reunión (art. 540) y el derecho de propiedad frente a conductas de expropiación (art. 541). La Sección termina con una figura residual que acoge violaciones de otros derechos cívicos constitucional o legalmente reconocidos (art. 542). No nos detenemos en la primera, la obstaculización del derecho a la asistencia de abogado e infracción del deber de información al detenido o preso del art. 537, que ya consideramos como un supuesto de detención ilegal⁶².

A. Delito contra la libertad de expresión (Art. 538 CPe)

La figura del art. 538 conecta con el derecho fundamental de libertad de expresión reconocido en el art. 20 CE, cuando sanciona a “*La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva*” con pena de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años.

Comprende tres tipos de comportamiento. En primer término, la censura previa, que podemos entender como “cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido”, según la definición de las STC 52/1983 y la STC 13/1985. En

60. Cfr. supra Apartado I.3.

61. Cfr. al respecto LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid 1989; y SERRANO MAILLO, A. “Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente”, en *Actualidad Penal*, 1996, pgs. 342 ss.; ALONSO PEREZ, F. “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando “causa por delito”, *La Ley* 1998, nº 4494; y MONTERO AROCA, J. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Valencia 1999.

62. Cfr. supra Apartado II.B.

segundo lugar, la recogida de ediciones de libros o periódicos. Se entiende que debe alcanzar a toda la edición. Se ha puesto de manifiesto críticamente la conveniencia de referirse a otro tipo de ediciones impresas, con el fin de evitar lagunas de protección, circunstancia que el nuevo Código no ha corregido⁶³. Y, finalmente, la suspensión de su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva –supuesto introducido por el nuevo CPe–.

Los comportamientos anteriores entran dentro de la órbita del Derecho Penal siempre que se realicen fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes. En particular, de acuerdo con el art. 20.5 CE el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo es posible en virtud de resolución judicial (cfr. también el art. 3.2 de la Ley 62/1978, de 26.12 de *protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas*)⁶⁴. Límites del derecho de libertad de expresión, indica el art. 20.4 CE, son otros derechos del Título I, en particular el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen y la protección de la juventud y la infancia. Así, por ejemplo, puede dictarse una resolución judicial de las características anteriores –por ej. el secuestro de una publicación de prensa– cuando medie una denuncia por un delito de calumnia.

Finalmente, el art. 55.1 CE admite expresamente la suspensión de este derecho en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio. En particular, el art. 21 de la Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio establece para los casos de estado de excepción que la autoridad gubernativa, previa autorización expresa del Congreso de los Diputados, puede suspender todo tipo de publicaciones y emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales; y podrá ordenar el secuestro de las comunicaciones. Es aplicable en casos de estado de sitio (art. 32.3 de la ley citada).

B. Delito contra la libertad de asociación (Art. 539 CPe)

El derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 CE encuentra protección penal en la figura del art. 539, conforme al cual se castiga a “*La autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima le impida la celebración de sus sesiones*” con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 8 a 12 años y multa de 6 a 12 meses. Esta figura representa una novedad frente al Código anterior, donde la tutela penal de la libertad de asociación se encauzaba a través de la figura residual que cierra este grupo de delitos. La libertad de asociación encuentra desarrollo normativo en la Ley de 24.12.1964, de *Asociaciones*, modificada por la LO 30/1994 de *Fundaciones*, y su Reglamento.

La conducta típica puede revestir dos modalidades. En primer término, la disolución o suspensión de sus actividades a una asociación legalmente constituida sin previa

63. Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M^a, en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2150.

64. Así lo establecía el art. 66.2.a de la Ley 14/1966 de prensa e imprenta: confía al juez el posible secuestro de los impresos según el art. 816 LECr, aunque la STS 52/1983, de 17.6 los estima derogados.

resolución judicial. El concepto de asociación a efectos penales presenta características propias. La doctrina del Tribunal Supremo indica que supera el concepto estricto de la Ley de Asociaciones (cfr. art. 2) y comprende también las entidades constituidas con ánimo de lucro de acuerdo con el Derecho Civil o Mercantil, los partidos políticos y los sindicatos. Por “legalmente constituida” entiende que no sea ilícita según el art. 515 CPe (no es relevante, por ej., que no haya sido inscrita registralmente). El art. 515 CPe define qué asociaciones son ilícitas; como también en cierta medida el art. 22.2 CE: las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito.

La disolución o suspensión sólo es posible en virtud de resolución judicial motivada, como se desprende del art. 22.4 CE y del propio precepto que estudiamos. La Ley de Asociaciones (art. 10) contempla la suspensión de aquellas asociaciones no constituidas conforme a lo establecido en la propia ley; cuando no se adecuen en su funcionamiento a lo establecido en esta ley, por plazo no superior a 3 meses; y las ilícitas según el art. 1.3: las contrarias a la ley fundamental, las sancionados por las leyes penales, las que atenten contra la moral, el orden público o impliquen un peligro para la unidad política y social de España.

La segunda forma de comisión del delito consiste en impedir la celebración de las sesiones de la asociación sin causa legítima. En opinión de Muñoz Conde este comportamiento pertenece más bien al delito siguiente, concerniente a la libertad de reunión⁶⁵.

C. Delito contra la libertad de reunión (Art. 540 CPe)

La Constitución española contempla en su catálogo de derechos fundamentales el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21 CE). Es objeto de tutela penal específica a través del art. 540, cuando sanciona a “*La autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes*” (pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 4 a 8 años y multa de 6 a 9 meses). Este comportamiento en el Código anterior carecía de previsión específica, remitiéndose los ataques al derecho de reunión a la figura residual. El derecho de reunión ha sido objeto de desarrollo legal por la Ley Orgánica de 15.7.1983 *reguladora del Derecho de Reunión* (LRDR).

La conducta típica consiste en prohibir o disolver una reunión pacífica. El art. 1.2 LRDR nos proporciona un concepto de reunión como concurrencia concertada o temporal de más de 20 personas con finalidad determinada a efectos de esa ley. La jurisprudencia indica que a efectos penales no debe exigirse ese número mínimo.

El delito surge siempre que tal prohibición o disolución se efectúe fuera de los casos expresamente permitidos en las leyes. Veamos cuáles son los supuestos autorizados, cuestión regulada, además de la breve referencia del art. 21.2 CE (establece que las reuniones en lugares de tránsito público sólo puede prohibirlas la autoridad, a la que hay que dar comunicación previa, cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes), en la Ley reguladora del derecho de reu-

65. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pg. 814.

nión. El art. 5 LRDR indica que la autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

a. cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales. El art. 1.3 califica de reuniones ilícitas las así tipificadas en las leyes penales, en particular en el art. 513 CPe (aquellas que tengan por finalidad cometer un delito; y cuando concurren personas con armas, objetos contundentes o de otro modo peligrosos).

b. cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

c. cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Por otra parte, el art. 10 de la citada ley establece que la autoridad gubernativa puede prohibir si considera que existen razones fundadas de que pueden producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes⁶⁶.

Por último, de nuevo el art. 55.1 CE admite expresamente la suspensión de este derecho en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio. El art. 22 de la Ley reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio para los casos de excepción, y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 21 CE, concede facultades a la Autoridad gubernativa para someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones, o para disolverlas. Resulta aplicable a los casos de estado de sitio (cfr. art. 32.3).

Un ejemplo de este delito nos lo proporciona la STS de 23.3.1983 (que, estando vigente el CPe anterior, aplicó la figura residual), en la que se juzgó al alcalde de una localidad manchega que so pretexto del golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 y de una posible alteración del orden público ordenó el cierre de los tres únicos bares del pueblo a las 23 horas y se dirigió a la Iglesia, tomó el megáfono y dijo a los vecinos se abstuvieran de salir a la calle y de tener que hacerlo por urgente necesidad dejaran de reunirse en grupos superiores a dos personas.

D. Expropiación ilegal (Art. 541 CPe)

Encontramos finalmente una figura dirigida a la tutela del derecho de propiedad privada (art. 33 CE) frente al intervencionismo estatal, el art. 541, que sanciona penalmente a "*La autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales*" (pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses).

Es consecuencia de lo dispuesto en el art. 33.3 de la CE: "*Nadie podrá ser privado de sus bienes o derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes*". Los supuestos legales en que la expropiación forzosa proce-

66. Cfr. los arts. 16, 17 y 23.c) de la Ley de Seguridad Ciudadana. Con respecto a la disolución el art. 16.2 se remite a la LRDR. Añade que también podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas si impiden, ponen en peligro o dificultan la circulación por dichas vías.

de, así como los requisitos con que debe procederse a ella se encuentran regulados en la Ley de Expropiación Forzosa de 16.12.1954, y su Reglamento de 26.4.1957, entre otras normas.

E. Delitos contra el libre ejercicio de los derechos cívicos (Art. 542 CPe)

El Capítulo se cierra, como ya anunciamos, con una figura de carácter subsidiario o residual respecto de las demás, el art. 542, en cuanto, como indica la STS de 22.12.1992, cubre los atentados contra derechos fundamentales de la persona cometidos por un funcionario público que no tengan una específica protección penal⁶⁷. Se castiga en particular con pena de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años a “*la Autoridad o funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes*”.

El delito gira en torno al concepto de derecho cívico, de problemática definición. Doctrina y jurisprudencia vienen a coincidir en calificar de derechos cívicos a aquellos derechos constitucionales que permiten participar al ciudadano en la vida pública no protegidos expresamente en otras normas penales, siempre que sean ejercitados ante poderes públicos y éstos tengan la obligación de no impedirlos. Por ejemplo, el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos, el derecho a hablar una de las lenguas oficiales del Estado español, a la objeción de conciencia, a elegir libremente la residencia, a contraer matrimonio, a la libre elección de trabajo etc.⁶⁸.

La referencia a derechos cívicos reconocidos en las leyes no es afortunada, debe entenderse limitada a aquellas leyes que desarrollen derechos fundamentales, pues no debemos olvidar que estamos dentro de los delitos cometidos por funcionario público contra derechos fundamentales y libertades públicas, que a su vez están encuadrados dentro de los delitos contra la Constitución⁶⁹.

67. Pone como ejemplo el derecho a fijar la residencia en un lugar determinado, o el derecho de ocupar cargos público según méritos y capacidades con independencia de opiniones políticas o religiosas.

68. Cfr. al respecto ROLDAN BARBERO, H. “El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos”, en La Ley nº 4022 de 24.4.1996, pgs.1 ss. (3 s.), que ofrece un posible listado completo de estos derechos, y SOTO NIETO, F. “Impedimento del ejercicio de los derechos civiles reconocidos por la Constitución”, *La Ley* 1998, pgs. 1946 ss.

69. Así TAMARIT SUMALLA, J.M^a, en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.) *Comentarios...*, cit., pg. 2155. En este sentido debe estimarse desafortunada la afirmación contenida en la STS de 20.2.1992 de que la expresión comprende incluso derechos reconocidos en disposiciones de rango administrativo, representativa de la tendencia expansiva de la jurisprudencia en este ámbito.