

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN: ASPECTOS DESTACADOS DEL TÍTULO XXI DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

José Antonio Ramos Vázquez

*Doctor en Derecho. Investigador del Área de Derecho Penal de la
Universidade da Coruña*

RESUMEN:

El presente trabajo analiza el Título XXI del Código penal de 1995 en el que, bajo la rúbrica “Delitos contra la Constitución”, se agrupan una serie de conductas delictivas relacionadas entre sí por el hecho de suponer atentados frente a diversas previsiones constitucionales.

Palabras clave: Derecho penal; Legislación histórica; Delitos contra la Constitución.

ABSTRACT:

This essay is dedicated to the crimes against the Constitution in the Spanish penal legislation.

Key words: Criminal Law; Crimes against the Constitution.

Delitos contra la Constitución: aspectos destacados del Título XXI del Código penal de 1995

I. INTRODUCCIÓN Y RESEÑA HISTÓRICA

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los tipos delictivos previstos en el vigente Código Penal bajo la rúbrica común de “Delitos contra la Constitución”¹.

Antes de proceder a dicho análisis, resulta conveniente realizar algunas, siquiera sean breves, consideraciones acerca de los antecedentes históricos de dichos delitos y de su ubicación sistemática en la legislación penal vigente.

El punto de partida de esta introductoria reseña histórica² lo constituye el Código penal de 1870, primero de los textos punitivos en el que se recoge todo un Título dedicado a los “Delitos contra la Constitución”, en este caso, la Constitución de 1869.

Como señala Antón Oneca³, dicho Código penal fue realizado con el fin de armonizar la legislación penal con las exigencias derivadas de unas nuevas bases normativas de la convivencia⁴ y sus principales características, algunas de las cuales constituyen auténticas conquistas respecto de la situación anterior, pueden cifrarse en las siguientes: restablecimiento del principio de legalidad de las penas⁵, eliminación de algunas penas inhumanas⁶ y de la pena de muerte como pena única; previéndose, asimismo, un indulto tras 30 años de cumplimiento de la pena de cadena perpetua⁷. En cuanto a las cuestiones generales, se restringe el castigo de los actos preparatorios⁸ a los casos expresamente consignados en la Ley, así como una considerable reducción del ámbito de lo punible en los delitos de imprenta y en la aplicación del principio del *versari in re illicita*⁹.

1 Título XXI, artículos 472 a 543.

2 Resulta fundamental en este sentido la consulta de la obra *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias* de López Barja de Quiroga, J./ Rodríguez Ramos, L./ Ruiz de Gordejuela López, L., Madrid, 1988.

3 Antón Oneca, “Antecedentes del Nuevo Código Penal”, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1929, pág. 9. Vid. de este mismo autor, “El Código Penal de 1870” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1970.

4 Sobre el Código de 1870 y sus vicisitudes, vid. asimismo y entre otras obras al respecto, Nuñez Barbero, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969; Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870*, T.I a III, 1ª ed., Burgos, 1870; 2ª ed., Madrid, 1911; Real Academia de Jurisprudencia, *Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, 1970; Silvela, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª ed., Madrid, 1903 y Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general*. T.I, Madrid, 1996, págs. 119 y ss.

5 En consonancia con la doctrina más liberal de aquélla época. Vid. p.ej., Von Feuerbach, P.J.A.R., *Tratado de Derecho penal*, traducción española de la 14ª ed. alemana (Giesen, 1847), Buenos Aires, 1989, págs. 93 y ss.

6 Vgr. la pena de argolla.

7 Parece que poco se ha avanzado en 136 años, dado que, frente a la regulación del Código de 1870 señalada en el texto, hoy las demandas sociales lo que procuran es asegurarse de que las penas impuestas sean cumplidas íntegramente. Vid., en este sentido, Faraldo Cabana, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7 / 2003, de 30 de Junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” en Faraldo Cabana, P. (dir.) y Brandariz García, J. A. / Puente Aba, L. Mª (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299 y ss.

8 Esto es, la conspiración y la provocación, incluyéndose por primera vez dentro de esta última un tipo especial de provocación por medio de la imprenta.

9 Vid. Luzón Peña, cit., pág. 119.

En cuanto a la materia aquí tratada, señala Viada¹⁰ que “en el presente Código reformado, bajo el epígrafe que encabeza estas líneas¹¹, se comprenden en su Capítulo primero los delitos de lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de gobierno, siendo enteramente nuevas la mayor parte de sus disposiciones (...) El Capítulo segundo de este Título comprende los delitos cometidos con ocasión de los derechos individuales garantizados por la Constitución, perteneciendo, de los 54 artículos que abarca en sus cuatro secciones, 23 tan sólo al Código de 1850, siendo los 31 restantes enteramente nuevos, sin precedentes, pues, en nuestra antigua legislación penal, como establecida que ha sido la sanción de los mismos para garantizar el ejercicio de los nuevos derechos individuales consignados en la Constitución”.

Como puede observarse, junto a los clásicos delitos de lesa majestad y contra las más altas autoridades políticas del Estado, ya existentes en anteriores Códigos, se incluyen en el Código penal de 1870 una serie de delitos destinados a la protección del catálogo de derechos individuales garantizados por la Constitución de 1868 –un catálogo, sin duda, más amplio de lo usual en nuestro constitucionalismo decimonónico- por lo que la protección penal de la Constitución no sólo lo es de la estructuración política del Estado sino también de los derechos más básicos de los ciudadanos reconocidos por aquella¹².

La protección penal del orden constitucional es, pues, amplia, cuantitativa y cualitativamente: nada menos que 74 artículos¹³, dentro de los que hay que destacar la introducción de una sección tercera del Capítulo II, dedicada a los “Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos”, fruto del principio de libertad religiosa consagrado en la Constitución de 1868 y en la que se incluyen delitos como el de “obligar a un ciudadano a realizar actos religiosos o asistir a funciones de un culto que no sea el suyo” (art. 236) o el de impedir a un ciudadano observar las prescripciones de su culto (art. 238.2º)¹⁴.

Avanzando en el tiempo, hay que señalar que hubieron de pasar 58 años hasta la promulgación de un nuevo Código penal en el que se incluyese un elenco de delitos bajo la rúbrica de “Delitos contra la Constitución”. Se trata del Código penal de la dictadura de Primo de Rivera, promulgado por Real Orden de 8 de septiembre de 1928, entrando en vigor el 1 de enero de 1929¹⁵. Dada la situación política del momento, el Código penal de 1928 tiene una orientación claramente autoritaria¹⁶, lo cual repercutió, lógicamente, en la materia aquí estudiada.

En un marco general, cabe decir que este Código introdujo novedades de gran trascendencia, como la creación de un título preliminar sobre la Ley penal y su aplicación, la introducción de la atenuante de arrepentimiento, la división de las causas de exención de responsabilidad en causas de justificación y causas de inculpabilidad, la elevación de la mayoría de edad a los 16 años o la introducción de las medidas de segu-

10 *Código penal reformado de 1870*, Tomo II, 4ª ed., Madrid, 1890, págs. 26 y ss.

11 *Scil.* “Delitos contra la Constitución”.

12 Entroncar delitos contra la Constitución y protección de derechos individuales constituye sin duda un acierto y un progreso del Código penal de 1870 respecto a la anterior situación.

13 Agrupados estructuralmente, como antes se apuntó, en 2 Capítulos –“Delitos de lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de Gobierno” y “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”- subdivididos en 4 secciones.

14 Cfr. Con el art. 129 del Código penal de 1850, en el que se penaba al que “celebrare actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica y romana”.

15 Sobre este Código penal, vid., especialmente, Cuello Calón, E., *El nuevo Código penal español*, Barcelona, 1929, dado que este autor fue uno de sus redactores.

16 “Impronta totalitaria o fascista” en palabras de Marino Barbero (Vid. Barbero Santos, M., *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, pág.57).

ridad, innovaciones que sirven para mitigar el juicio crítico que merece un Código penal que redundó en una considerable merma de libertades.

Un elemento que influyó notoriamente en la configuración de los delitos contra la Constitución existente en este Código es la inminencia de una amplia reforma constitucional: en efecto, como nos señala Cuello Calón, “en el momento de la preparación del proyecto de Código penal por la Comisión de Codificación, pero muy especialmente en la época de su revisión por el Ministro de Gracia y Justicia, era ya cosa decidida por el Gobierno y del dominio del público la próxima modificación de la Constitución del reino”¹⁷.

Consecuencia de ello fue que ya en el proyecto de la Comisión de Codificación los preceptos relativos a los delitos contra las Cortes, contra la forma de Gobierno, y todos aquéllos que, de uno u otro modo, presentasen una íntima ligazón con la Constitución, apareciesen formulados de manera lo suficientemente vaga como para lograr su virtualidad tras el advenimiento de una nueva Constitución.

Más tarde, se decidió eliminar gran parte de estos delitos de la legislación penal común y establecer su regulación por vía de leyes especiales. Así, los delitos contra las Cortes y sus miembros, los delitos contra la forma de gobierno y los delitos cometidos tanto por funcionarios como por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución, desaparecieron del Código penal, estableciéndose que serían definidos, enumerados y penados conforme lo estableciese una ley especial¹⁸, leyes especiales que no llegaron a ser aprobadas nunca y, en consecuencia, por expreso mandato del art. 856 del Código de 1928, se mantuvieron como vigentes los preceptos sobre esas materias del precedente Código penal.

¿Cuál fue, pues, la variación respecto de la regulación anterior?

Lo cierto es que los cambios en esta materia fueron mínimos, al mantenerse, como se acaba de señalar, los artículos del texto punitivo anterior relativos a los delitos antes mencionados y regularse de una manera esencialmente idéntica los delitos contra el Rey, la Regencia y la Real Familia (artículos 253 a 262) y los delitos contra el Consejo de Ministros y sus miembros (artículos 265 a 267).

Sin embargo, sí se produjeron modificaciones en la protección penal del fenómeno religioso, siempre una cuestión fundamental en el constitucionalismo español y consecuentemente en la evolución de la legislación penal.

Sobre esta cuestión, regulada en los artículos 270 y siguientes, llama poderosamente la atención la bipartición entre “Delitos contra la Religión del Estado” y “Delitos contra la tolerancia religiosa”.

Como señala Cuello Calón al examinar esta regulación (la cual, recuérdese, fue realizada, entre otros, por él mismo): “De gran importancia son también las modificaciones realizadas en los *delitos de carácter religioso (sic)*. La Comisión de Codificación partió en esta materia del régimen de tolerancia de cultos establecido por la Constitución de 1876, protegiendo de modo privilegiado la religión católica, apostólica, romana, como religión oficial del Estado, pero estableciendo a su vez normas protectoras de los otros cultos. La revisión, conservando con leves modificaciones los preceptos protectores de la religión oficial y atenuando las penas, suprimió algunos de los artículos sancionadores del respeto debido a las religiones toleradas, entre ellos el delito de escarnecimiento público de los dogmas o ceremonias de estas religiones con prosélitos en España”¹⁹.

17 Cuello Calón, cit., págs. 9 y 10.

18 Artículos 263, 264, 268 y 269 del Código penal de 1932.

19 Cuello Calón, cit., págs 10 y 11.

Así pues, en esta materia, siempre tan compleja, destaca la marcada asimetría entre la protección que se le dispensa a la religión católica y la del resto de confesiones, muy en consonancia con el contexto en el que tal regulación nació.

De todos modos, el Código penal de 1928 tuvo corta vida, puesto que, al día siguiente de la proclamación de la II República, fue derogado, por lo que apenas tuvo 2 años de aplicación.

Una vez proclamada la República, empezó a gestarse el que habría de ser su Código penal, creándose la Comisión Jurídica Asesora a tal fin, Comisión en la que estaban presentes ilustres penalistas como Jiménez de Asúa, Antón Oneca o Rodríguez Muñoz.

El 1 de diciembre de 1932 entraba en vigor ese nuevo Código, aunque, como no escondió el propio Jiménez de Asúa, se trataba “en esencia del de 1870 acompasado con las exigencias de la Constitución de la República”²⁰. De hecho, su denominación formal fue la de “Código penal de 18-6-1870 reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8-9-1932”.

Lo cierto es que la regulación de los delitos contra la Constitución en este Código de la República es exhaustiva, podría decirse que quizá excesivamente: nada menos que 97 artículos, divididos de la siguiente manera:

- Capítulo I: Delitos contra el Jefe del Estado, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de Gobierno.

- Capítulo II: De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución.

Como puede observarse, se sigue manteniendo la bipartición entre aquellos delitos que atentan contra la forma de gobierno o las más altas autoridades del Estado y aquéllos que protegen el ejercicio por parte de los ciudadanos de sus derechos constitucionales.

Destaca de la regulación del Código de 1932 el aumento en la tipificación de delitos relativos a las actuaciones de funcionarios públicos restrictivas de derechos individuales: más de la tercera parte de los artículos de este Título son de ese tipo²¹. Sin duda, estaba en el ánimo del legislador penal de 1932 el combatir las recurrentes actuaciones ilegales llevadas a cabo por funcionarios públicos, es decir, aquellas actuaciones tan corrientes en el régimen anterior y que ahora se pretendía, por así decirlo, cortar de raíz.

Entre el elenco de delitos destacan:

- Impedir o suspender una sesión de las Cortes (art. 151. 1 y 2) o disolver las mismas (art. 151.3) fuera de los supuestos constitucionalmente previstos para ello.
- Legislar el Gobierno por Decreto en materias reservadas a la competencia del Poder Legislativo sin autorización del Congreso (art. 152.1).
- Realizar actos encaminados directamente a lograr por la fuerza o fuera de las vías legales reemplazar al Gobierno republicano establecido por la Constitución por un Gobierno monárquico o por otro anticonstitucional (art. 167. 1º).
- Ejecutar las autoridades de las regiones autónomas leyes cuya ejecución esté sustraída a su competencia (art. 191).
- Imponer un funcionario castigos equivalentes a una pena personal (art. 192).

²⁰ Vid. Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Prats Canut, M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pág. 218.

²¹ Artículos 190 a 227.

- Establecer una autoridad gubernativa la censura previa o la suspensión de publicaciones (art. 209).
- Perseguir o molestar un funcionario público o autoridad a un ciudadano por sus opiniones políticas, sociales o religiosas (art. 218).
- Atentar de cualquier modo contra la libertad de cátedra (art. 218, párrafo 2°).

En suma, el juicio que puede ser realizado sobre la protección penal de la Constitución en el Código penal de 1932 es, en mi opinión, ambivalente: por una parte merece un juicio positivo, toda vez que, desde la perspectiva del Derecho penal en cuanto que fenómeno tendente a limitar la intervención del Estado restrictiva de la esfera de derechos de los ciudadanos, quizá sea éste el Código penal español en el que más se protege al ciudadano frente a las actuaciones ilegales de los poderes públicos. Asimismo, la protección de la libertad de expresión, religiosa y de cátedra es también máxima, muestra palpable de la ruptura progresista que supuso este Código y la Constitución de la que nace. Ahora bien, y por otra parte, desde la perspectiva del Derecho penal mínimo, considerado como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, el adelantamiento de la barrera punitiva es en algunos casos ciertamente excesivo, conminándose con pena acciones que no vulneran un bien jurídico penalmente protegible o que, haciéndolo, bien pudieran ser objeto de sanción no penal.

Sea como fuere, el Código penal de 1932 subsistió durante los primeros años de la dictadura²², hasta su derogación por el Código penal de 1944²³, el cual, por descontado, no incluía en su articulado referencia alguna a delitos contra la Constitución.

Tampoco el siguiente Código penal de 1973²⁴, ni siquiera tras las fundamentales modificaciones que sufrió con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, llegó a contener un Título dedicado a esta clase de delitos, si bien, como más adelante se indicará, la mayoría de los delitos incluidos en el vigente Código bajo tal denominación se incluían también en el Código anterior, aunque en el Título II del Libro II (arts. 142 a 268), bajo la rúbrica de “Delitos contra la seguridad interior del Estado”.

Se llega, así, al actual Código penal de 1995, concluyendo este breve repaso histórico.

Como antes se indicó, la rúbrica “Delitos contra la Constitución” pertenece al Título XXI del Código penal, artículos 472 a 573, y antes de su análisis, deben ser realizadas algunas consideraciones acerca de su ubicación sistemática y características generales, que sirva de marco introductorio a su estudio.

En primer lugar, cabe señalar el acierto que supone la ubicación sistemática de este Título. En efecto, era una constante en la legislación penal histórica de nuestro Estado el comenzar la llamada Parte Especial del Código penal con los delitos contra la colectividad, como los que centran este estudio.

Sin embargo, el legislador de 1995, con muy buen criterio, ha decidido comenzar con los delitos contra los bienes jurídicos individuales más relevantes²⁵, dejando los delitos con referente colectivo para los postreros Títulos del Código penal.

22 Aunque, desde luego, vaciado de contenido en muchos de sus aspectos.

23 Aprobado por Decreto de 23-12-1944, entrando en vigor el 3-2-1945.

24 Decreto 3096/1973 de 14 de Septiembre, por el que se publica el Código penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de Noviembre.

25 Vida humana independiente, vida humana dependiente, integridad física, libertad, integridad moral y libertad sexual son los bienes jurídicos protegidos por los primeros Títulos del Código actual (mención aparte merecería el Título V, “De la manipulación genética”).

Ello constituye un acierto, toda vez que no sólo se trata de delitos estructuralmente más complejos, sino que, además, se pone de relieve, siquiera sea formalmente, la preponderancia de los bienes jurídicos individuales frente a los bienes jurídicos colectivos, del individuo frente al Estado²⁶.

Por último, la estructura de este Título es la siguiente:

- Capítulo I: Rebelión (arts. 472 a 484).
- Capítulo II: Delitos contra la Corona (arts. 485 a 491).
- Capítulo III: De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes:
 - Sección 1ª: Delitos contra las Instituciones del Estado (arts. 492 a 505).
 - Sección 2ª: De la usurpación de atribuciones (arts. 506 a 509).
- Capítulo IV: De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas:
 - Sección 1ª: De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución (arts. 510 a 521).
 - Sección 2ª: De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (arts. 522 a 526).
- Capítulo V: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales:
 - Sección 1ª: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual (arts. 529 a 533).
 - Sección 2ª: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (arts. 534 a 536).
 - Sección 3ª: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales (arts. 537 a 542).
- Capítulo VI: De los ultrajes a España (art. 543).

Así las cosas, puede observarse que existen analogías muy importantes entre la regulación del Código penal vigente y la de la legislación penal histórica, aunque también existen marcadas diferencias (como es natural).

Empezando por éstas últimas, merece ser destacada la inclusión del delito de rebelión entre los Delitos contra la Constitución, dado que en anteriores Códigos penales se incluía este delito entre aquéllos que atentaban contra el orden público²⁷.

La cuestión no deja de tener su relevancia, entre otras cosas porque sirve de referente al intérprete a la hora de realizar una interpretación lógico-sistemática o teleológica; sin embargo, no podrá ser tratada en el presente trabajo²⁸ con el deteni-

26 Vives Antón, T. S. / Boix Reig, J. / Orts Berenguer, E. / Carbonell Mateu, J. C. / González Cussac, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 29. Un antecedente de este modo de proceder sistemático lo encontramos en el Código penal Bávaro de 1813.

27 Vgr. En el Código penal de 1973.

28 Sobre ella, ampliamente, vid. García Rivas, *La rebelión militar en Derecho penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1990 y Luzón Peña, "Delitos contra el sistema constitucional y los derechos fundamentales: consideraciones generales" en CPC, nº 44, 1991, págs. 349 y ss.

miento que sin duda merece. Baste señalar, con Tamarit Sumalla²⁹, que “tal ubicación sistemática supone un paso más en la voluntad de caracterizar la rebelión como atentado a la Constitución, ya manifestada en la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de Mayo, tras el golpe de Estado del 23 de Febrero del mismo año, que introdujo una referencia directa a la misma en el primero de los fines enunciados en este precepto”.

Por último, conviene realizar una ulterior indicación: en la redacción originaria del Código penal de 1995 se incluía, dentro del Capítulo IV de este Título XXI una “Sección 3ª: De los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”, sección compuesta por los arts. 527 y 528 y que fue derogada por Ley Orgánica 3/2002 de 22 de mayo, en consonancia con la supresión del servicio militar obligatorio.

Dicho todo ello, parece que es momento de dejar esta serie de consideraciones previas y entrar ya en el análisis del objeto del presente trabajo: el elenco de delitos que componen este Título XXI, “Delitos contra la Constitución”, el cual se realizará por riguroso orden de tipificación³⁰.

II. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN:

II. 1. REBELIÓN³¹:

En el artículo 472 se define qué se entiende por rebelión a efectos penales³².

El primero de los requisitos típicos es la existencia de un “alzamiento violento y público”, lo que motiva dos interrogantes de indudable relevancia práctica: qué se entienda por “alzarse” y qué por “violencia”.

Sobre la primera cuestión, cabe decir que, como se desprende de la consulta de la voz “alzamiento” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se trata de un vocablo confuso y ambiguo, dado que, precisamente, una de sus acepciones (concretamente la tercera), es la de “levantamiento o rebelión”³³, con lo que el *definiens* del concepto “rebelión” lo constituye el propio *definiendum*.

29 “Delitos contra la Constitución” en Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código penal de 1995*, Pamplona, 1996, pág. 2015.

30 De todos modos, diversas razones nos han llevado a descartar el estudio de los delitos de asociaciones ilícitas (arts. 515 a 521), en la medida en que merecerían un tratamiento *in extenso* que aquí no puede otorgársele.

31 Sobre esta cuestión, aparte de las obras generales que se irán citando, vid. Arroyo Zapatero, “La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de Mayo”, en CPC, nº15, 1981, págs. 379 y ss y “Rebelión”, en *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Madrid, 1983, págs. 179 y ss; Calderón Susin, “El nuevo artículo 226” en *Comentarios a la legislación penal*, T.X, Madrid, 1989, págs. 485 y ss; Carbonell Mateu, “Actos preparatorios públicos o realizados a través de medios de comunicación de la rebelión y del terrorismo” en *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Madrid, 1983, págs. 191 y ss; Montull Lavilla, “El delito de rebelión”, en *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Madrid, 1989, págs. 397 y ss y Rodríguez Villasante, “La reforma penal y procesal de los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión” en *Comentarios a la legislación penal*, T. XI, Madrid, 1990, págs. 157 y ss.

32 Cfr. Con los artículos 79 a 84 del Código penal militar, cuya descripción típica es, simultáneamente, menos comprensiva, al exigir en el tipo básico un “alzamiento colectivo en armas” y más laxa, al admitir como conductas de rebelión acciones que no suponen propiamente un levantamiento. Vid., Lascurain Sánchez, “Rebelión” en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, págs. 1233 y ss.

33 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 20ª ed., T.I, Madrid, 1984, pág. 79.

Ello ha motivado distintas interpretaciones, algunas de signo no democrático³⁴.

Curiosa es, en este sentido la definición aportada por López de la Cámara Giménez-Padilla, quien afirma lo siguiente: “Alzarse, reiterando lo dicho precedentemente, significa tanto como resistir o desobedecer *colectivamente* a alguien (poder legalmente constituido conforme a la Constitución), impidiendo su efectiva aplicación, y, en esencia, repudiar el sistema político que diseña y la ordenación y relación entre los Poderes del Estado, concreta y específicamente, la regular actuación del Rey, símbolo de su unidad y permanencia, árbitro y moderador de sus instituciones; de los órganos que personifican las funciones de gobernar y legislar en nombre del pueblo español; la libre celebración de elecciones públicas y la integridad nacional”³⁵.

Más convincentes resultan en su definición Carbonell Mateu/Vives Antón, quienes afirman que “alzarse equivale a levantarse, esto es, a romper la relación de sumisión a las leyes y autoridades legítimas”³⁶.

Alzamiento expresa pues la idea de ruptura con la legalidad vigente fuera de los cauces previstos y mediante violencia.

En cuanto a esta última, hay que señalar que un sector de la doctrina, basándose en razones de efectividad y de evitación de lagunas de punibilidad, ha optado por incluir dentro del concepto “violencia” la violencia psíquica, en la medida en que se da a entender el propósito de los rebeldes de ejercer la violencia contra quienes no acaten el nuevo régimen. Otro sector opina, incluso, que el alzamiento existe con la mera exteriorización de un *animus hostilis*³⁷.

Por el contrario, entiendo que el respeto al principio de legalidad debe imponer la interpretación del término “violencia” en el sentido de una violencia manifiesta y *física*.

En cuanto al sujeto activo, estamos ante un delito plurisubjetivo, esto es, un delito que sólo puede ser cometido por una pluralidad de personas, siendo indiferente su número, siempre que éste sea lo suficientemente relevante en orden a la consecución de los fines fijados en este artículo 472 y que luego se examinarán.³⁸

Por otra parte, se trata de un delito de convergencia, en el sentido de que las voluntades de los autores confluyen a un único fin, y mutilado de dos actos, es decir, un delito en el que la consumación del mismo se produce sin necesidad de que en el plano objetivo se haya materializado su propósito³⁹. Ello es obvio, dado que, si la rebelión triunfase, no habría posibilidad de juzgar a sus promotores, al detentar éstos ahora el poder estatal.

Pero, como señala García Rivas⁴⁰, el aspecto objetivo del delito de rebelión no es bastante para caracterizarlo, porque lo relevante está en los diversos objetivos pretendidos por los rebeldes y plasmados en el mismo artículo 472, es decir, la rebelión, como tal conducta punible, exige que la voluntad de los rebeldes vaya dirigida a alguno o algunos de los siete fines previstos en dicho artículo⁴¹.

34 En este sentido, vid. Tamarit Sumalla, cit., pág. 2017.

35 López de la Cámara Giménez-Padilla, “Rebelión” en Ganzenmüller Roig, Escudero Moratalla y Frigola Vallina (coords.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Barcelona, 1998, pág. 274. Destacado en cursiva presente en el original.

36 Carbonell Mateu/ Vives Antón, “Delitos contra la Constitución” en Comentarios al Código penal de 1995, T.II, Valencia, 1996, pág. 1954.

37 Ya Rodríguez Devesa, *Derecho penal. Parte especial*. Madrid, 1980, pág. 805.

38 Muñoz Conde, cit., pág. 754.

39 Vid. Vives Antón/Cobo del Rosal, *Derecho penal. Parte general*, 4ªed., Valencia, 1996, págs. 409 y ss.

40 Op. cit., pág. 145.

41 Se trata, pues, de un delito en cuya definición típica existen elementos subjetivos del injusto.

El artículo 473, por su parte, establece las reglas de imputación de responsabilidad penal a los distintos participantes en el hecho punible.

Tamarit Sumalla señala que se trata de una derogación de las reglas genéricas de la autoría y participación⁴², mientras que Cancio Meliá subraya todo lo contrario, indicando que regirán en este supuesto las reglas generales de la autoría⁴³.

Muñoz Conde indica, en una postura un tanto ecléctica, que “las particularidades del delito de rebelión obligan a una revisión de la concepción tradicional de la autoría elaborada en base a los delitos contra la vida y demás bienes jurídicos individuales”⁴⁴.

En cuanto a las agravaciones del párrafo segundo, se justifican por el aumento de la alarma que producen y por la mayor cantidad de injusto; en suma, porque se causa una mayor lesión a la organización democrática del Estado.

El artículo 474 es, a mi juicio, inconstitucional⁴⁵, por vulneración de los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, puesto que se decide otorgar la calidad de jefes de una rebelión (con las gravísimas consecuencias que ello comporta) a sujetos que, en alguno de los supuestos no han realizado aportaciones materialmente relevantes para la ejecución del hecho punible.

Más razón de ser, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean este delito, es lo establecido en el siguiente artículo, toda vez que, a pesar de que se adelanta el ámbito de lo punible a los actos preparatorios de un delito de emprendimiento, la importancia del bien jurídico protegido así parece justificarlo.

El artículo 476, por su parte, establece un delito de los categorizados por la doctrina como de omisión pura de garante⁴⁶. Se trata, además, de un delito especial propio que restringe el ámbito de los posibles sujetos activos a los militares.

La primera de dichas conductas exige, además, que el militar ostente algún tipo de mando, sin que sea condición necesaria ni suficiente el que posea una graduación determinada. Los medios a su alcance referidos en ese precepto, habrán de ser adecuados para contener la rebelión. En cualquier caso, habrá de serle exigible el recurso a los mismos.

En cuanto a la segunda, se trata de la infracción de un deber de denuncia realizado bien ante sus superiores, bien ante las autoridades o funcionarios que por razón del cargo tengan la obligación de perseguir el delito.⁴⁷

El siguiente precepto establece la punición de los actos preparatorios⁴⁸: provocación, proposición y conspiración, lo cual se justifica, una vez más, por necesidades imperiosas de protección de tan relevante bien jurídico.

El artículo 478 se limita a establecer un supuesto agravado de rebelión en razón de la condición de autoridad del sujeto activo del mismo, concepto de “autoridad” que ha de ser extraído de los dispuesto en el artículo 24 del Código penal.

42 Tamarit, cit., pág. 2020.

43 Cancio Meliá, “Artículo 473” en Rodríguez Mourullo, cit., pág. 1236.

44 Muñoz Conde, cit., pág. 758.

45 En contra Carbonell/Vives, cit., pág. 1955 y Muñoz Conde, cit., pág. 758. A favor, Tamarit, cit, pág. 2022.

46 Vid. Silva Sánchez, J. M^a, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2^a edición, B de F. Buenos Aires, págs. 437 y ss.

47 Vid. Carbonell /Vives, cit., págs. 1956 y ss.

48 Recuérdese que los actos preparatorios punibles sólo son punibles en los casos expresamente previstos en el Código penal, en virtud de los dispuesto en los artículos 17 y 18 del mismo.

El artículo 480 (el 479 carece de contenido penal) establece una excusa absolutoria para el rebelde que delate a los demás partícipes en el hecho. Se trata de una especial clase de desistimiento, que tiene efectos eximentes de pena respecto de los delitos cometidos antes del momento del alzamiento⁴⁹.

Por lo que se refiere al parrafo 2º, señalan Carbonell Mateu y Vives Antón que “ha constituido la vuelta a la clásica excusa absolutoria que había modificado la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de Diciembre. Las mismas razones que aconsejan un adelanto en la barrera defensiva del bien jurídico y el castigo, por tanto, de la rebelión como delito de resultado cortado, aconsejan también la introducción de una excusa absolutoria para el caso en que, antes de que la rebelión haya llegado a mayores, algunos de sus ejecutores decidan deponer las armas. Puede decirse que es mejor para la tutela del bien jurídico dejar abiertas las puertas, dejar posibilidades, por tanto, de eximirse de pena, a cambio de que la rebelión resulte abortada”.⁵⁰

El artículo 481 incluye una cláusula concursal de muy dudosa utilidad⁵¹, la cual lo único que hace es señalar la no operatividad del principio de absorción en el supuesto de concurso entre el delito de rebelión y algún o algunos delitos comunes, lo cual podría ser extraído sin necesidad de tal previsión de las normas generales que rigen los concursos penales.

Los tres últimos artículos de este Capítulo están dedicados a la punición de diversos actos de colaboración con los rebeldes.

Así, el artículo 482, referido a las autoridades que no hayan ofrecido resistencia a la rebelión, configura un delito de omisión propia, cuya consumación requiere la mera infracción del deber genérico de resistencia a la rebelión impuesto a todas las autoridades⁵².

El artículo 483, por su parte, castiga a los funcionarios públicos que continúen desempeñando sus cargos bajo el mando de los rebeldes y el 484 a quienes acepten empleo de dichos rebeldes, preceptos éstos de dudosa virtualidad práctica, pues no sólo no existe una lesión al bien jurídico en ellos, sino que, además, el sujeto activo de los mismos bien pudiera acogerse a una causa de exención de pena por no exigibilidad de otra conducta (vgr. miedo insuperable).

II. 2. DELITOS CONTRA LA CORONA⁵³:

Dos cosas llaman la atención en este tema: en primer lugar, el trato privilegiado que se le otorga a la Corona a efectos de su protección penal, puesto que se le dedica en el Código un capítulo diferenciado respecto del resto de Instituciones del Estado, algo que ha sido muy criticado por la doctrina penal, la cual considera que se debe incluir la protección de la Corona en el mismo Capítulo que la del resto de Instituciones de Estado.

49 Este tipo de excusa absolutoria es muy frecuente en el seno del Derecho penal antiterrorista. Sobre éstas, vid. el art. 579.3 CP y los trabajos de Cuerda Arnau, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en delitos de terrorismo*, Mº de Justicia e Interior, Madrid, 1995 y De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Atenuación, remisión de la pena e indulto de grupos terroristas” en CPC, nº30, 1986, págs. 559 y ss.

50 Carbonell/Vives, cit., pág. 1959.

51 Tamarit la tacha de “supérflua” (cit., pág. 2029).

52 Este deber deriva no sólo de lo dispuesto en el Código penal, sino también del hecho de haber jurado o prometido la Constitución, a juicio de Tamarit (Tamarit, cit., pág. 2030). Lo cual, en mi opinión, es bastante discutible.

53 La bibliografía sobre esta cuestión es más bien escasa: vid. Landrove Díaz, “Los delitos contra el Jefe del Estado y la reforma de 1971 del Código penal español” en *Temas penales*, Santiago de Compostela, 1973; Puig Peña, “Delitos contra el Jefe del Estado” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1954; Rodríguez Ramos, “Inviolabilidad del Rey” en *Comentarios a la legislación penal*, T.I, Madrid, 1982, págs. 281 y ss y Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Milán, 1974.

La segunda de las cuestiones está íntimamente relacionada con la anterior y tiene una mayor virtualidad práctica y es la siguiente: ¿El objeto de protección es la Corona en sí misma considerada o en cuanto que Institución del Estado?

La cuestión no es en absoluto baladí, piénsese que en el primer supuesto, las conductas tipificadas en este Capítulo serían delito con independencia de que sean realizadas contra el Rey en cuanto que Monarca o en cuanto que persona sin más.

Como afirma Lascurain Sánchez, “Si no del texto articulado –que salvo en las injurias y calumnias, y como mera agravación, no hace referencia a la afectación de los comportamientos típicos a la función de la institución- sí de su ubicación y de la intitulación del capítulo se infiere que el objeto primordial de protección es la Corona en sí frente a los ataques que pueden producirse contra la vida, la integridad física, la libertad, el honor y la imagen de sus miembros.

Que a partir de dichos ataques personales, el legislador presuma inenervablemente un correlativo ataque a la Institución o que, por el contrario, quepa reducir por vía interpretativa el ámbito típico a aquellos comportamientos que objetiva y subjetivamente afecten al funcionamiento de ésta, constituye el núcleo de una trascendente cuestión aplicativa en múltiples supuestos”⁵⁴.

Sobre esta cuestión se habrá de dar algún apunte más al estudiar el delito de injurias y calumnias al Rey.

Pasando a la regulación de este Capítulo, el primero de sus preceptos (art. 485) castiga el magnicidio, pero extendiendo el ámbito de los sujetos pasivos, tradicionalmente reservado sólo al Jefe del Estado, a cualquiera de sus ascendientes, descendientes, Reina consorte, consorte de la Reina, Regente, miembro de la Regencia y al Príncipe heredero de la Corona, lo cual, merece, a mi juicio, más de una crítica.

En efecto, no parece de recibo equiparar a efectos penales a personas que realizan funciones tan distintas (si es que alguna realizan, aparte del hecho natural de ser familia) y que, en algunos supuestos, tienen una nula significación constitucional. La pena es desmedida para estos supuestos y debe tenerse en cuenta que el Derecho penal no existe para intangibilizar a unos sujetos, violando el principio de proporcionalidad.

En cuanto al apartado 2, cabe felicitarse del progreso que supone respecto de la regulación existente en el Código penal anterior, en la que se equiparaba la tentativa de este delito con su consumación, lo que convertía a este tipo en un delito de los doctrinalmente denominados “de empresa”⁵⁵.

En la actual regulación, la pena de la tentativa es la inferior en un grado a la prevista para el delito consumado, lo cual parece mucho más razonable.⁵⁶

Por otra parte, hay que tener muy presente que este delito es de exclusiva comisión dolosa, por lo que si se comete por imprudencia se castigará como un homicidio imprudente (art. 142), sin mayores especialidades.

El artículo 486 castiga la causación de lesiones a alguno de los sujetos descritos en el artículo anterior. Otra vez, cabe reproducir la precedente crítica a la falta de respeto al principio de proporcionalidad, que en este caso es doble, porque si la pena prevista para el supuesto de causación de lesiones de las previstas en los artículos 149 y

54 Vid. Lascurain Sánchez, cit., pág. 1245.

55 Vid., p.ej., Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*. 4ª ed., Barcelona, 1996, págs. 195 y ss.

56 Esto supone una excepción de la regla general contenida en el artículo 62, que posibilita la rebaja de la pena no sólo en un grado, sino también en dos.

150 (art. 486.1) ya parece excesiva⁵⁷, lo previsto en el párrafo segundo ya resulta a todas luces intolerable, porque de la dicción del mismo se extrae que una lesión constitutiva de mera falta infligida a alguno de los sujetos descritos se castigaría con una pena mínima de 4 años de prisión, lo cual es un salto cualitativo sin mayor justificación que un afán desmedido por sobrevalorar y sobreproteger a dichos sujetos⁵⁸.

Al igual que en artículo anterior, se trata de un delito de exclusiva comisión dolosa.

Igualmente resulta a todas luces intolerable lo dispuesto en el artículo 487. En efecto, se castiga con la misma pena que el delito común de homicidio la privación a los antedichos sujetos de su libertad personal, lo cual es desproporcionado porque por “libertad personal” se debe entender “libertad ambulatoria o de movimientos”⁵⁹ y el precepto no distingue entre las distintas intensidades que dicha privación de libertad puede tener, por lo que se castigan con una pena de las más altas que el Derecho penal español conoce conductas que pueden no suponer una afectación grave del bien jurídico protegido.

En cuanto al artículo 488 poco cabe decir. En él se castigan del modo usual los actos preparatorios de los delitos antes descritos lo cual no merece mayor comentario, excepto indicar la mejora que esto supone, a nivel de coherencia, respecto del Código anterior, en cuyo artículo 143 se discriminaba entre conspiración y provocación y proposición, estableciéndose para ésta una penalidad inferior que la que resultaba de la aplicación de las normas generales.

El artículo siguiente resulta en parte tan criticable como los anteriores, aunque contiene una previsión que atenúa un tanto el juicio crítico que le cabría oponer.

La conducta punible es la de obligar, mediando violencia o intimidación, a los referidos sujetos a realizar un acto contra su voluntad. La indeterminación es aquí también manifiesta, por lo que, a la vista de la gravedad de las penas y de la consabida amplitud de los sujetos protegidos, se echa en falta una expresa restricción del elenco de comportamientos descritos a aquellos que se refieran a actos relativos a la función que desempeñan, que, en último término es la que motiva la especial protección de los mismos. Dicha restricción vendría por vía interpretativa, a partir de la ubicación del precepto, de la rúbrica del Capítulo y del entendimiento de la circunstancia del artículo 490.3 relativa al “ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstos” no como una circunstancia agravante sino como una circunstancia implícita en todos los delitos de este Capítulo que se hace constar de manera expresa para preparar la ampliación típica que se realiza en el artículo 491⁶⁰.

De todos modos, el juicio crítico se aminora si se tiene en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo, en el que se establece una rebaja de la pena si la violencia o la intimidación utilizadas no fuesen graves, lo cual es digno de elogio en un contexto tan exasperadamente punitivo como el aquí tratado.

En el artículo 490 se contemplan tres distintas figuras delictivas: el allanamiento de morada, las amenazas y las calumnias e injurias.

En cuanto a las dos primeras conductas, poco cabe señalar, más allá de la crítica genérica acerca de la ampliación de los posibles sujetos pasivos de estos delitos y la gravedad excepcional de las penas a imponer. Más detalle merece el tercer apartado,

57 Piénsese que, vgr., hacer perder un brazo al padre del Monarca tiene igual pena que el homicidio doloso de un ciudadano (Art. 486.1 en relación con el art. 138).

58 Vid. Lascurain Sánchez, cit., pág. 1246 y Tamarit Sumalla, cit., pág. 2035.

59 Vid, en tal sentido, Lascurain Sánchez, cit., pág. 1247 y Carbonell Mateu/ Vives Antón, cit., pág. 1964.

60 Lascurain Sánchez, cit., 1248.

puesto que, como viene siendo habitual en nuestro ordenamiento, se produce aquí una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y a la disensión política y el honor o el respeto al Jefe del Estado.

En esta materia se ha de ser extraordinariamente cauteloso, pues se puede caer en el riesgo cierto de castigar actos de disidencia política, lo cual viene confirmado por una Jurisprudencia del Tribunal Supremo que emplea un criterio más rígido a la hora de apreciar este delito que con el resto de injurias y calumnias, al entender que, dada la suprema dignidad del agraviado, cualquier acto de menosprecio es constitutivo de delito.

Por el contrario, opino, con Carbonell/Vives, que “la condición pública del agraviado, así como la máxima dignidad resultante de ella, implica, a su vez, un grado máximo de sometimiento a la crítica política, con la correspondiente relajación de los juicios de valor en orden a la dignidad del individuo”⁶¹.

En cualquier caso, lo que sí es claro es que las conductas constitutivas de delito de injurias al Jefe del Estado han de significar, además de un ataque a su honor, una lesión de la dignidad de la función que ostenta, entendida como la pretensión de respeto indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos.

La regulación de la materia de las injurias y calumnias a las personas relacionadas con la Corona, y el Capítulo dedicado a los delitos contra la misma, se cierra con lo dispuesto en el artículo 491, que completa lo dispuesto en el anterior, amén de añadir el delito de utilización de modo dañoso para el prestigio de la Corona de la imagen de los sujetos protegidos en este Capítulo.

Sobre todo ello cabe reproducir lo dicho *supra*, rematando el análisis de este Capítulo con la cuestión de si es aplicable a las injurias la *exceptio veritatis* prevista para el delito común. Sobre ello, suscribo punto por punto lo expresado por Lascurain Sánchez: “Debe evaluarse tanto el importante argumento relativo a su utilidad para la integridad de la función de la más alta Magistratura del Estado y para el propio ejercicio de la libertad de información –siquiera como análisis residual *ex post* en supuestos de incumplimiento del deber de diligencia *ex ante* en relación con la veracidad-, como los que se le oponen, y que no deberían haber prevalecido, en torno a su relativa ineficacia en supuestos de inviolabilidad y a la propia trascendencia de la institución que se protege, que inclinaría a estrechar los cauces de su crítica. Ni parece aceptable este límite al derecho a comunicar y recibir libremente información más que genéricamente veraz aquí objetivamente verdadera, ni las Instituciones democráticas se pueden proteger, sino bien al contrario, con la opacidad respecto a su funcionamiento: con la represión de su verdad”⁶².

III. 3. DELITOS CONTRA LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO:

Tras el Capítulo dedicado a la Corona, la sección primera del siguiente Capítulo, cuya rúbrica encabeza el presente apartado, pretende proteger el prestigio y el normal funcionamiento de los órganos fundamentales de los otros poderes constitucionales del Estado. A estos se añaden el Ejército y las Fuerzas de Seguridad y, curiosamente fuera del Capítulo destinado a su específica protección, la propia Corona respecto de las funciones de las Cortes Generales de previsión de la Regencia y de la tutoría del titular menor de edad.

61 Carbonell Mateu/Vives Antón, cit., pág. 1967. Fundamentales son, en este sentido, las SSTs de 26 de Enero, 11 de Mayo y 29 de Noviembre de 1983, la de 10 de Abril de 1984 y las de 28 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1985.

62 Lascurain Sánchez, cit., pág. 1251 y ss.

Esto último es lo que se prevé en el artículo 492, primero de esta sección, el cual, como se acaba de señalar, y a pesar de que, en última instancia lo que protege no es sino la Corona, curiosamente no se tipifica en el Capítulo dedicado a proteger a ésta.

Dicho precepto se refiere a los casos constitucionalmente previstos en que las Cortes Generales han de nombrar la Regencia o el tutor del titular menor de edad. Es decir, viene referido, en primer lugar a lo dispuesto en el artículo 59.3 de la Constitución, según el que, cuando no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales.

Por lo que se refiere al tutor, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, será tutor del Rey menor de edad la persona que en su testamento hubiere nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; en su defecto, el padre o la madre, mientras permanezcan viudos y sólo en defecto de éstos también, será nombrado por las Cortes Generales, único supuesto, pues, en el que podría entrar en juego este artículo 492.

Así las cosas, el ámbito de aplicación de este precepto es sumamente reducido y excepcional, consistiendo la conducta en él castigado en impedir a las Cortes Generales reunirse, impedir, pues, su constitución.

El artículo 493 preceptúa un tipo subsidiario respecto del de rebelión, difiriendo de ésta en la falta de alzamiento público y de la finalidad de alterar el orden constitucional⁶³.

La reunión a la que se refiere este artículo puede ser tanto la del pleno como la de cualquiera de las comisiones, siempre que hubieran sido reglamentariamente convocadas.

Este precepto se complementa con lo dispuesto en los dos siguientes, que castigan la alteración del normal funcionamiento de las Cortes o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma cuando se halle reunida, a causa de la celebración de manifestaciones o reuniones ante sus sedes (art. 494) y el intento de entrada en las mismas con armas u otros objetos peligrosos en orden a presentar en persona o colectivamente peticiones a dichas instituciones.

Sobre el primero de estos preceptos, cabe decir que intenta proteger la necesaria tranquilidad e independencia en la toma de decisiones de estos órganos, y sobre el segundo, la peculiaridad de consistir en un delito de los llamados “de resultado cortado”, bastando, pues, con que se intente penetrar en la sede de alguna de las instituciones antes mencionadas, sin necesidad de que se logre tal empresa.

Mayor importancia tiene el artículo 496, el cual castiga las injurias graves a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma.

La injuria debe entenderse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 208, como la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. La cuestión, claro está, estriba ahora en determinar si las Cortes en cuanto tales tienen o no dignidad.

Siguiendo a Vives Antón –sin duda, uno de los mayores especialistas en la cuestión–, puede señalarse que “la injuria puede producirse tanto en referencia a cada uno de los miembros de las Cortes cuando éstos se hallen en sesión, como al mismo cuerpo legislativo. Parece evidente, en ese sentido, que las injurias producidas colectivamente a las Cámaras repercuten en la fama y crédito de cada uno de sus componentes. Sólo así puede explicarse que se conceda eficacia eximente de responsabilidad a la prueba de la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirigen contra funcionarios públicos sobre

63 Así, Carbonell Mateu/ Vives Antón, cit., pág. 1972.

hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas: obviamente, sólo las personas físicas pueden realizar estos hechos y, por ello, habrá que entender que la injuria se produce respecto de los miembros de las Cortes o de la Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas. En todo caso, parece que también estas injurias repercuten, lógicamente, sobre la libertad de la voluntad de los miembros de las Cámaras y, por ello, en la libre formación de la voluntad del órgano colegiado”⁶⁴.

Lo que sí debe destacarse es la virtualidad de la *exceptio veritatis* (prevista para el delito común de injurias en el artículo 210) en este delito, frente a lo previsto en el delito de injurias a la Corona antes analizado, con lo que nadie podrá ser castigado en virtud de este artículo 496 si, a la postre, prueba la veracidad de las imputaciones realizadas.

Los artículos 497 a 502 pueden ser comentados conjuntamente, puesto que no tienen mayores peculiaridades y todos ellos tienen un fin común, cual es la efectiva protección de la función de las Cortes Generales (o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) como órgano representativo de la voluntad popular.

Así, el artículo 497 castiga la perturbación del orden de las sesiones de dichos órganos y el artículo 498 el impedir a un miembro de los mismos acudir a sus reuniones o emitir libremente sus opiniones o su voto.

Los artículos 499 a 501, en cambio, son delitos especiales, esto es, sólo pueden ser cometidos por determinados sujetos: en el caso de los dos primeros por un funcionario público y en el supuesto del artículo 501 por una autoridad judicial⁶⁵.

En todos estos supuestos, se intenta proteger a las Cortes Generales de la actuación ilegal de otros poderes públicos. Los bienes jurídicos protegidos son, en el caso del artículo 499, la inviolabilidad del órgano prevista en el artículo 66.3 de la Constitución española y en el caso de los artículos 500 y 501, la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 71. 2 del Texto Constitucional.

En el artículo 502 se castiga, en cambio, la obstaculización de la actividad investigadora de dichos órganos. Este precepto constituye una de las mayores novedades del Código penal de 1995 en lo que a esta materia respecta y tiene su origen en el protagonismo que adquirieron las Comisiones de Investigación en la vida política española de los años inmediatamente anteriores a la promulgación del texto punitivo⁶⁶.

Nótese que no sólo se hace referencia las Comisiones parlamentarias de investigación sino también al Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas (u órganos autonómicos equivalentes).

Este precepto ha sido criticado por parte de la doctrina, que lo considera contrario a los principios de proporcionalidad e intervención mínima⁶⁷.

Por mi parte no veo especial contradicción entre este artículo y dichos principios, dadas la entidad del bien jurídico protegido y la no especial gravedad de las penas a imponer.

Sobre el artículo 503, cabe reproducir lo dicho *supra*, al tratarse de un precepto en el que se castigan las conductas antes analizadas pero en referencia al

64 Vives Antón, cit, pág. 1975 y s.

65 Vid. Gordillo Álvarez-Valdés, “Delitos contra la Constitución” en Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Madrid, 2001, pág.655.

66 Protagonismo que han recuperado con asuntos como la investigación del caso *Prestige* o del atentado del 11 de marzo en Madrid.

67 Así, p.ej., Tamarit Sumalla, cit., pág. 2058.

Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, por lo que, a la vista de estos preceptos, parecen aplicables *mutatis mutandis* las anteriores consideraciones.

Restan por analizar, para concluir la sección primera de este Capítulo, los delitos previstos en los artículos 504 y 505, que fueron reformados respecto de su dicción originaria por la LO 7/2000⁶⁸ y, posteriormente, por la LO 1/2003.

El artículo 504 castiga las amenazas, injurias y calumnias graves vertidas contra diversas instituciones del Estado: El Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, los Ejércitos y las Clases, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad⁶⁹.

Sobre este artículo, cuya finalidad básica es del todo respetable, cabe hacer una reflexión crítica: en efecto, el precepto adolece del defecto básico de incluir en él a instituciones muy distintas.

Como señala Tamarit⁷⁰, “ el resultado es una situación poco equilibrada, en la que por una parte se brinda al prestigio de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad una protección análoga a la de las instituciones básicas del Estado, y por otra parte, no se contempla una tutela semejante al prestigio de otras instituciones previstas en la Constitución, como el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, o a otros sectores de la Administración u órganos del Poder Judicial”.

Además, como sagazmente señala Muñoz Conde, retomando lo dicho ya por Rodríguez Devesa⁷¹, dadas las características del sujeto pasivo “los Ejércitos” resulta difícilmente concebible que puedan resultar efectivamente amenazados, y mucho menos gravemente, como aquí se exige⁷².

El artículo 505 sí constituye una novedad respecto de lo dispuesto en el Código penal de 1995. La pretensión del legislador al incluir esta conducta a través de la reforma operada por la LO 7/2000 fue otorgar una mayor protección a las Corporaciones Locales y hacer frente a determinados comportamientos presentes en la realidad política vasca.

Sobre este precepto, reproduzco la opinión que vertí en mi estudio monográfico sobre la reforma del Código penal por la LO 7/2000.

“Sin perjuicio de lo que inmediatamente se señalará, estas reformas han de acogerse favorablemente: en efecto, con ellas se otorga la misma protección a los miembros de las Corporaciones Locales y a los Plenos de las mismas que a los miembros de otras instituciones, como el Congreso de los Diputados o el Senado, lo cual tiene su buena lógica, puesto que todos ellos son representantes del Pueblo democráticamente elegidos, por lo que merecen una protección penal reforzada.

68 Sobre dicha LO 7/2000 he tenido la oportunidad de pronunciarme *in extenso* en un trabajo monográfico acerca de la misma en Ramos Vázquez, J. A., “Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *ius puniendi*” en Revista de Ciencias Penales (Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales), Volumen 4, 2001 – 2002, páginas 89 y ss.

69 Cfr. este último inciso con el artículo 90 del Código penal militar, con una dicción muy similar a la de este precepto.

70 Tamarit Sumalla, cit., pág. 2064.

71 Rodríguez Devesa, cit., pág. 896.

72 Muñoz Conde, cit., pág. 769.

Ahora bien, debe indicarse que, en ciertos casos, puede producirse una quiebra del principio de proporcionalidad, porque, como ha señalado Gimbernat⁷³ “a cualquiera se le alcanza que no es lo mismo –y que, por ello, los distintos supuestos deben ser castigados diferenciadamente- invadir violentamente el Palacio de la Moncloa durante una reunión del Gabinete, que provocar una alteración del orden público en el pleno de un pequeño municipio vasco”.

Sin embargo, no parece que tal quiebra del principio de proporcionalidad sea tan evidente. Donde sí existe una palmaria violación de dicho principio es en el último inciso del artículo 505: en efecto, en este artículo se castigan dos conductas distintas, por una parte la perturbación grave del orden de los Plenos, con la consecuencia de la imposibilidad de desarrollo del orden del día o de la adopción de acuerdos y, por otra, la causación de desórdenes que tengan por objeto expresar un apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

El legislador equipara así ambas conductas y les asigna idéntica pena, lo cual es inadmisibile.

En primer lugar, porque un mero desorden (pues nada se dice de que deba ser grave) se equipara a una perturbación grave del Pleno, por el mero hecho de que concurra el elemento finalístico de querer mostrar un apoyo a un grupo terrorista, apoyo que es una conducta atípica⁷⁴.

En suma, un desorden (que constituye una mera falta *ex* artículo 633) por el mero hecho (o mejor dicho, por la mera finalidad) de realizarse para apoyar a un grupo terrorista no sólo es elevado a la categoría de delito sino que, además, se equipara a una perturbación de un Pleno, grave, y que conlleve la imposibilidad de desarrollo del orden del día o la adopción de acuerdos. Dos conductas de muy distinta entidad tendrán asignada la misma pena: el principio de proporcionalidad queda, pues, vulnerado.

En segundo lugar, debe ponerse de relieve que el desconcierto valorativo del legislador se muestra una vez más en el absurdo de que las Corporaciones Locales van a ser más protegidas penalmente que, vgr., las Cortes Generales, puesto que si se realiza la conducta de causar desórdenes con el fin de mostrar un apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas en este último marco, la conducta sería, como mucho, subsumible en el artículo 497.2, cuya pena es la de multa de 6 a 12 meses, frente a la de prisión de 6 meses a un año del artículo 505.

En suma el inciso comentado constituye uno de los grandes desaciertos de la LO 7/2000, mostrando claramente cómo el afán del legislador por combatir ciertos comportamientos conduce a excesos si no se ve acompañado de la necesaria racionalidad⁷⁵.

Pero, si tal fue mi opinión en su día, tras la reforma por LO 1/2003, se introdujo un segundo apartado en este artículo 505 en el que se castiga a “quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a miembros de corporaciones locales”, con el que el afán punitivo del legislador llegó a un nivel ciertamente desmesurado, pues aquí la indeterminación es máxima, sobre todo en lo que se refiere al inciso “amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

73 Gimbernat Ordeig, “¿Terrorismo sin terroristas?” en la sección de opinión de diario El Mundo de 14 de Septiembre de 2000.

74 Al requerir la apología el elemento de la publicidad, tanto la genérica del artículo 18, como el tipo autónomo del 578.

75 Ramos Vázquez, J. A., “Terrorismo e intervención penal”, págs. 111 a 113.

II. 4. USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES:

Frente a la regulación del Código penal anterior, que incluía estas conductas en el Capítulo dedicado a “los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, el vigente Código penal incluye la usurpación de atribuciones en el apartado dedicado a los delitos contra la Constitución.

Ello constituye, sin duda, un acierto, por cuanto ofrece una mayor proximidad y coherencia con el bien jurídico objeto de protección en las infracciones aquí estudiadas.

En efecto, los comportamientos descritos en los artículos 506 a 509 cuestionan la división entre los distintos poderes del Estado, puesto que suponen una arrogación de facultades privativas de un poder por quien pertenece a otro.

Siendo esto así, y dada la rúbrica del Capítulo III del Título objeto de este trabajo, parece que son éstos los artículos que protegen la efectiva división de poderes, esto es, que son los tipos que consumen la totalidad de los ilícitos atentatorios contra la independencia y exclusividad de las distintas potestades del Estado.⁷⁶

El artículo 506 configura el llamado “delito de usurpación de atribuciones legislativas”.

Sujeto activo puede ser cualquier autoridad o funcionario público que carezca de la competencia precisa para la realización de tales actos. La acción típica admite dos variantes: La primera de ellas consiste en dictar con carácter obligatorio una disposición general, mientras la segunda consiste en suspender una disposición general válida.

No se incluye en el tipo la no aplicación por parte del funcionario de una norma de carácter general, pues no equivale ni a dictar ni a suspender. Sí, en cambio se incluye la precisión, por lo demás obvia, de que el funcionario o autoridad debe carecer de atribuciones para dictar o suspender una disposición.⁷⁷

El artículo 507 establece el delito de invasión de atribuciones administrativas. El sujeto activo es, únicamente un Juez o Magistrado. La conducta típica presenta también dos modalidades: la positiva, consistente en arrogarse atribuciones administrativas de las que se carece, y la de impedir el legítimo ejercicio de las actuaciones por parte de quien fuera competente.

El artículo 508 párrafo primero establece el castigo de la invasión de competencias del Poder Judicial. Sujeto activo es, nuevamente, un funcionario o autoridad y la conducta es, también nuevamente, alternativa, la realización de actividades judiciales o la realización de una acción dirigida a impedir la ejecución de resoluciones firmes.

Gran parte de la doctrina viene entendiendo el término “judicial” previsto en este artículo como más comprensivo que el término “jurisdiccional”, tesis que parece venir avalada por el propio artículo 117.4 de la Constitución, que concede a los Jueces y Magistrados, además de las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (funciones jurisdiccionales *stricto sensu*) “las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

Por su parte, el párrafo segundo de este artículo 508 castiga los atentados contra la independencia judicial realizados por autoridad o funcionario público o militar (otra vez estamos ante un delito especial). El bien jurídico protegido es, por supuesto, la inde-

⁷⁶ Orts Berenguer, “Usurpación de atribuciones” en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 1987.

⁷⁷ Gordillo Álvarez-Valdés, cit., pág. 659.

pendencia judicial, consustancial a la función jurisdiccional en un Estado Democrático de Derecho. La conducta consiste en dirigir una instrucción, orden o intimación a un Juez o Magistrado relativa a una causa o actuación de la que esté conociendo. Dicha conducta, como señala Orts Berenguer deberá ir acompañada de un elemento coactivo, siendo así que “las súplicas, ruegos o insinuaciones no dan lugar a la aplicación del tipo”⁷⁸.

Por último, el artículo 509 (también un delito especial) castiga la negativa a la inhibición por parte de autoridades o funcionarios públicos o Jueces y Magistrados. Se requiere como presupuesto necesario que exista un conflicto jurisdiccional y un requerimiento de inhibición, dentro de lo legalmente establecido.

Cerrando el análisis de esta sección, debe tenerse muy en cuenta que todos los delitos en ella previstos son de exclusiva comisión dolosa, exigiéndose en todos los supuestos la conciencia de la extralimitación en el ejercicio de las funciones.⁷⁹

II. 5. DE LOS DELITOS COMETIDOS CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN⁸⁰:

El legislador, en el artículo 510, castiga conductas de provocación y las injurias discriminatorias, pero no la efectiva discriminación, que se castiga en los preceptos subsiguientes. Se trata, por tanto, como afirma Muñoz Conde⁸¹, de expresiones que se castigan aunque no se produzca efectivamente discriminación alguna.

Pero el artículo 510.1 no sólo se refiere a la discriminación, sino también a la provocación al odio o la violencia, lo que le da a este precepto un carácter excesivamente amplio.

Realmente, como afirma Portilla Contreras⁸², la cuestión de la discriminación no es el mejor de los campos de actuación para el Derecho penal. Lo cierto es que se trata de una cuestión en la que la política criminal puede devenir en una cortada ideológica enmascaradora de la lógica de exclusión que subyace en las prácticas restrictivas respecto del inmigrante y extranjero.

Los artículos 511 y 512 deben analizarse, pues, teniendo esto muy presente.

El primero de esos artículos, tipifica el delito de denegación de la prestación de un servicio público a la que el sujeto pasivo tenga derecho, por razón de su ideología, religión, creencias, etc.; mientras que el segundo castiga idéntica conducta, pero, en este caso, no en el marco de la prestación de un servicio público, sino respecto de una pres-

⁷⁸ Orts Berenguer, cit., pág. 1996.

⁷⁹ Vid. Gordillo Álvarez, cit., pág. 661; Lascurain Sánchez, cit., pág. 1267 y Tamarit Sumalla, cit., pág. 2068.

⁸⁰ La bibliografía sobre los delitos contenidos en esta sección es sensiblemente más abundante que la de secciones precedentes. Sobre los delitos relativos a la discriminación, vid., Bernal del Castillo, *La discriminación en el Derecho penal*, Granada, 1998; Laurenzo Copello, “La discriminación en el Código penal de 1995, EPC, 1996; Landa Gorostiza, *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, y Bueno Arús, *La discriminación racial y el Código penal*, AP, 1994. Sobre asociaciones ilícitas, vid., sobre todo, García Pablos de Molina, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona, 1977 y “Asociaciones ilícitas. Discriminación racial”. En *Comentarios a la legislación penal*, t.II, vol. 2, Madrid, 1985 y Quintero Olivares, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita” en Ferré Olivé/ Anarte Borrallo (edit.), *Delincuencia organizada*, Huelva, 1999.

⁸¹ Muñoz Conde, cit., pág. 781.

⁸² Portilla Contreras, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1997, págs. 679 y ss.

tación a la que el sujeto pasivo tenga derecho, extendiéndose, pues, la protección penal al ámbito empresarial privado. El bien jurídico protegido en ambos supuestos es el interés del Estado en evitar la discriminación.

Sujeto activo es, en el primer caso, el particular encargado de un servicio público y, en el segundo, el empresario privado. La conducta debe ser la denegación de una prestación a la que el sujeto pasivo tenga derecho (y esto último es fundamental, puesto que no concurrirá delito si tal derecho subjetivo no existe, por muy discriminatoria que sea la razón de la denegación)⁸³.

En todo caso, y aunque, desde luego, sea de muy difícil prueba, se exige que la motivación sea discriminatoria, razón por la cual, la denegación del servicio por otros motivos, sean cuales fueren, no encajan en el tipo.

Los artículos 513 y 514 castigan las reuniones y manifestaciones ilícitas⁸⁴, mediante una regulación que, en líneas generales puede considerarse bastante adecuada, a excepción de los apartados 4º y 5º del artículo 514, introducidos por la LO 2/1998 de 15 de Junio, los cuales, en cuanto que nacidos de una de las inagotables reformas del Código penal para hacer frente al fenómeno terrorista⁸⁵, deben ya *a radice*, y a pesar de no ser penalmente demasiado criticables, enjuiciarse negativamente, por ajustarse a los dictados del principio de oportunidad, en lugar de ser fruto de una opción legislativa sopesada, algo que no por habitual deja de ser menos lamentable⁸⁶.

La primera modalidad de reunión o manifestación ilícita (“las que se celebren con el fin de cometer algún delito”) constituye un acto preparatorio elevado a la categoría de delito autónomo, por razones de orden público. De este modo, no se precisa que dicho delito llegue a realizarse, ni siquiera en grado de tentativa⁸⁷.

En cuanto a la segunda modalidad (“aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso”⁸⁸), cabe decir que determina la cualificación prevista en el artículo 514.2 y que puede, además, entrar en concurso con un delito de tenencia ilícita de armas.

En cuanto a la penalidad, se distingue en el artículo 514 entre promotores y directores y meros asistentes, así como una previsión especial para el supuesto de realización de actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, contenida en el apartado 3º de ese artículo.

Por último, los apartados 4º y 5º de dicho artículo –introducidos, como antes se apuntó, por la LO 2/1998– castigan respectivamente, la obstaculización del ejercicio legítimo del derecho de reunión o manifestación y la convocatoria, celebración o intento de celebración de una reunión o manifestación previamente prohibida.

Del primero de estos preceptos hay que destacar la exasperación punitiva (de 2 a 3 años en caso de que concurra violencia) y del segundo el (a mi juicio, excesivo) adelantamiento de la barrera punitiva, características éstas propias de la legislación antiterrorista y que, por desgracia, no cesan de extenderse al resto del sistema penal.

83 Carbonell Mateu/Vives Antón, cit., pág. 2006.

84 Tanto el concepto de reunión como el de manifestación deberán extraerse de la normativa extrapeenal. En este sentido, vid. la definición de “reunión” en el artículo primero de la LO 9/1983 de 15 de Julio, reguladora de este derecho.

85 En este caso, se intentaban atajar las contramanifestaciones y manifestaciones pro-terroristas.

86 Este precepto fue posteriormente modificado por LO 15/2003 a efectos puramente penológicos.

87 Es posible, por ello, apreciar concurso de delitos entre la reunión o manifestación ilícita y el delito en cuestión si éste llega a realizarse. Así, Muñoz Conde, cit., págs. 784 y ss.

88 Nótese la agramaticalidad del precepto.

II. 6. DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS⁸⁹:

El primer problema que plantean estos delitos es el de indagar acerca de cuál es el bien jurídico que se protege en esta sección 2ª del Capítulo IV.

Muñoz Conde señala que el factor aglutinante de todos estos delitos es la protección del “sentimiento religioso, por más que sea un concepto difuso y difícil de precisar”⁹⁰.

Entiendo, en cambio, con Carbonell / Vives⁹¹, que existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos en esta sección. De este modo, puede decirse que en los artículos 522 y 523 se tutela la libertad religiosa y de cultos (no la de conciencia, por razones, por lo demás, obvias), en el artículo 524 el sentimiento religioso, en el 525 el sentimiento y las creencias religiosas y en el 526 el respeto a los difuntos.

El artículo 522 castiga dos distintas conductas: por una parte, la de impedir a un miembro de una confesión religiosa por medio de violencia, intimidación, fuerza o apremio ilegítimo a ejercer su derecho a la libertad religiosa o de culto, y por otra, obligar por idénticos medios a realizar actos de culto o reveladores de la profesión de una religión que no sea la suya.

El precepto parece de lo más razonable. Sin embargo, una vez más, se comprueba cómo el legislador penal español es muy descuidado a la hora de intentar crear un Código penal medianamente coherente.

En efecto, el problema en este caso estriba en la benignidad de la pena a imponer a tenor de este artículo: las conductas en él descritas (excepto la referencia al “apremio ilegítimo”) son subsumibles también en el delito genérico de coacciones, que se castiga con pena de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 24 meses; es decir, con una pena abiertamente superior a la prevista en este artículo, de suerte que, en aplicación del principio de especialidad (artículo 8.1), este artículo 522 será de aplicación preferente. De este modo, al tipificar separadamente las coacciones de signo religioso respecto de las demás, lo que se ha hecho no es sino privilegiar a aquéllas.

En cuanto a los artículos 523 y 524, se castigan en ellos conductas que deben ser en todo caso graves. La conducta del artículo 524, (actos de profanación) además debe ser realizada, no sólo con publicidad sino también en el propio lugar de culto o en el transcurso de una ceremonia religiosa. Lo que sí resulta absurdo, a mi juicio, es que el artículo 523 sólo proteja a las confesiones “inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior”. No encuentro razón alguna para tal restricción, sobre todo porque es el único precepto de esta sección que exige tal requisito.

El artículo 525, por su parte, tipifica el delito de escarnio, entendiendo por éste “una especie de injuria mediante burla o ridiculización de los sentimientos o creencias”⁹².

89 Sobre estas cuestiones, vid. Morillas Cuevas, *Delitos contra la libertad religiosa*, Granada, 1977; Rodríguez Ramos, “Aconfesionalidad del Estado y Derecho penal” en *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Madrid, 1983; Tamarit Sumalla, *La libertad ideológica en Derecho penal*, Barcelona, 1989 y Ramírez Navalón, “La protección penal del derecho a la libertad religiosa”, en *Estudios en homenaje al Profesor José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997.

90 Muñoz Conde, cit., pág. 796.

91 Carbonell Mateu / Vives Antón, cit., 2019.

92 Muñoz Conde, cit., pág. 797.

Como viene siendo habitual en este tipo de delitos, hay que tener mucho cuidado para no entrar en el castigo de conductas amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, por lo que, a mi juicio, los elementos del delito en cuestión deben ser interpretados de manera taxativa.

Así, en primer lugar, el escarnio debe tener como finalidad precisamente el ofender los sentimientos religiosos, por lo que no cometen este delito quienes muestren una postura contraria a una religión, por muy mordaz o virulenta que sea su crítica⁹³. En segundo lugar, es preciso que la conducta tenga carácter público, requisito de publicidad que debe exigirse con todo rigor.

El párrafo 2º, por su parte, castiga con las mismas penas a quienes hagan públicamente escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna. Dicha previsión, aparte de estar mal formulada (interpretada literalmente, se castigaría cualquier escarnio contra un ateo, aunque no sea por esa condición), es poco más que una ingenua declaración de principios. Como muy gráficamente señala Cancio Meliá: “En la realidad social, ¿se sentiría injuriado un sujeto agnóstico o ateo por la conducta de quien le descalifique por no creer o pensará más bien que el sujeto activo presenta problemas de índole psiquiátrica?”⁹⁴

Por último en lo que respecta a esta sección, resta el artículo 526, que hace referencia a varias conductas típicas y varios objetos materiales, existiendo como elemento común a las dos primeras “faltar al debido respeto a la memoria de los muertos” y a las incluidas en el segundo inciso el “ánimo de ultraje”.

Dejando a un lado el hecho de que quizá estas conductas no deberían ser delictivas, la cuestión más interesante que plantea este artículo es la exigencia del “ánimo de faltar a la memoria de los muertos”. Este requisito ha sido interpretado como un especial elemento subjetivo del tipo de injusto, esto es, como la exigencia de un particular ánimo⁹⁵.

Sin embargo, considero que es más acertada la postura de Córdoba Roda, seguida por Carbonell Mateu y Vives Antón⁹⁶, quienes señalan que no se trata de la exigencia de un particular ánimo, sino expresión del requisito de que las acciones de violación y profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto debido. De este modo, el dolo del autor deberá abarcar el conocimiento de la falta de respeto que supone su conducta.

II. 7. DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DE LOS ULTRAJES A ESPAÑA:

Restan por analizar de este Título XXI aquellos delitos que lesionan las garantías que la Constitución otorga al ciudadano cometidos por funcionarios públicos.

La esencia de estos delitos consiste en la lesión de estos derechos de la persona por parte de las autoridades y funcionarios cuando actúan en representación del poder estatal, excediéndose de las facultades que le han sido concedidas. En estos delitos se tipifica, pues, más que la lesión de los derechos particulares, el abuso de dichas facultades, por lo que es preciso que el sujeto actúe en el ejercicio de su función, pues de lo

93 Carbonell Mateu /Vives Antón, cit., pág. 2025.

94 Cancio Meliá, cit., pág. 1304.

95 Así, Muñoz Conde y Rodríguez Devesa.

96 Cit., pág. 2027.

contrario incurrirá no en este delito sino en uno común⁹⁷. Los delitos comprendidos en este Capítulo son, evidentemente, todos ellos delitos especiales y no presentan dificultad exegética alguna, puesto que, en la mayoría de supuestos se trata de tipos sencillos, aunque de farragosa redacción.

La sección 1ª de este Capítulo V castiga los excesos de los funcionarios o autoridades que afecten a la libertad individual de los ciudadanos⁹⁸.

En ella se castiga, en primer lugar (art. 529) la entrega de una causa judicial a un funcionario militar o administrativo que ilegalmente se la reclame por parte de un Juez o Magistrado. El bien jurídico protegido en este caso es la garantía que supone para el ciudadano el que las causas que le afecten sean llevadas por el Poder Judicial, por lo que, de manera indirecta, también la división de poderes se ve aquí afectada.

Los artículos 530 a 533 castigan, a su vez, los excesos de los funcionarios públicos para con los detenidos o presos. El art. 530 hace referencia a la detención de una persona con violación de los plazos y demás garantías constitucionales y el art. 531 a la incomunicación de presos o detenidos. Más relevancia tiene el artículo 532, que castiga esos mismos delitos pero en su vertiente imprudente, imprudencia que ha de ser grave. Como afirman Carbonell / Vives, “parece claro que el legislador ha querido castigar aquellos supuestos en los que se procede a la detención sin realización del examen conforme a deber en torno a la concurrencia de las circunstancias que justifican la misma. Cualquier otra consideración imprudente resulta difícil de concebir”⁹⁹.

Por último, el artículo 533 castiga al funcionario de prisiones o de centros de internamiento de menores que les imponga a las personas bajo su cuidado privaciones indebidas o los trate con innecesario rigor, sin duda una oportuna tipificación, pues debe ser bien recibido un tipo penal que se encargue de proteger a aquéllas personas que se hallan presas frente a la dureza de las condiciones que quien ostenta un poder disciplinario sobre ellos, pero también, no se olvide, un deber de guarda y custodia, puede llegar a imponerles.

La segunda sección castiga los “delitos cometidos por funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”. Se trata, otra vez, de excesos en la actuación de los mismos, haciéndose referencia a la entrada en el domicilio y registro de papeles, documentos o efectos (art. 534), violación de correspondencia (art. 535) y violación de comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones (art. 536).

Sobre todos ellos, ha de hacerse una consideración común: la prolijidad de dichos preceptos debe ser aquí bien recibida, por cuanto revierten en una mayor protección de los ciudadanos frente a la actuación de los funcionarios y autoridades.

Otro tanto cabe decir de la tercera sección, en la que, a modo de “cajón de sastre”, se castigan una serie de conductas (violación de la garantía de asistencia letrada –art. 537-, censura previa –art. 538-, disolución o suspensión de actividades de asociación ilegal –art. 539-, prohibición o disolución de reunión pacífica –art. 540-, expropiación ilegal– art. 541- y, en general, el impedir el ejercicio de cualquier derecho cívico – art.542), que tienen como único nexo de unión las características de sus sujetos activos y el hecho de proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos frente a aquéllos.

97 Muñoz Conde, pág. 809.

98 Sobre esta cuestión, vid. especialmente, Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990 y Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993.

99 Carbonell Mateu/ Vives Antón, cit., pág. 2046.

En general, se trata de delitos de bastante dudosa aplicación práctica, pero que sirven, aunque sólo sea formalmente, a una más adecuada protección del ciudadano frente al Estado, que es, a la postre, la función básica del Derecho penal.

Por último en lo que respecta a este Título XXI, “Delitos contra la Constitución”, se incluye un Capítulo VI bajo la rúbrica “de los ultrajes a España”, con un único artículo, el 543, donde se castigan las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas, sus símbolos o emblemas, siempre que se efectúen con publicidad.

Se trata, a mi juicio y a todas luces, de un precepto abiertamente inconstitucional e intolerable en un Código penal que fue presentado como “el Código penal de la democracia”, constituyendo un anacronismo y una restricción arbitraria de la libertad de expresión de marcado carácter simbólico¹⁰⁰.

Eso, desde luego, si se toma lo suficientemente en serio el derecho a la libertad de expresión y no como una mera declaración formal, tan solemne como huera.

100 Consideran este precepto inconstitucional, entre otros, Carbonell Mateu /Vives Antón, cit., pág. 2061; Muñoz Conde, cit., pág. 829; Tamarit Sumalla, cit., pág. 2160; Portilla Contreras, cit., pág. 825 y Cancio Meliá, cit., pág. 1337.