

CIRCULARES CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

EL ARTICULO 194 DEL CODIGO PENAL: DERECHOS QUE PROTEGE Y SUJETOS ACTIVOS

Consulta núm. 4/1989, de 25 de noviembre

I

Lo sometido a consulta es la tipicidad del siguiente hecho.

Como agentes de la Policía Municipal de Gijón observaron que un vehículo de motor no circulaba correctamente, le dieron el alto, apreciaron en el conductor síntomas de embriaguez, por lo que procedieron a efectuarle una prueba de alcoholemia con resultado positivo dado que la concentración de alcohol en sangre era de 1.430 miligramos por 1.000 c.c. de sangre. Transcurridos diez minutos, y conforme a lo que previene la Orden de 29 de julio de 1981, se le ofrece una segunda prueba a cuya práctica rehusa el interesado al tiempo que expresaba su voluntad, también en armonía con la citada Orden ministerial, de que se le hiciera una extracción de sangre para su posterior análisis y contraste con el resultado de la prueba de alcoholemia. Con esta última finalidad fue trasladado el conductor por los policías municipales a un hospital de la Seguridad Social de la localidad en donde habitualmente se practica éste tipo de extracciones. Pero el médico de servicio y el ayudante técnico sanitario se negaron, sin alegar causa alguna, a la extracción de sangre, no obstante, las manifestaciones de los agentes de la autoridad de que se trataba de una prueba práctica, a instancias del interesado, por presunto delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y cuyo atestado para su entrega al Juzgado de Guardia estaban confeccionando, insistiendo que la extracción a la que el posible inculpado se sometía por iniciativa propia, tenía por objeto contrastar el alcohol test verificado.

Es de señalar que en el hospital referido, tanto por la dirección del centro como por el coordinador del área de urgencia, se habían dado instrucciones escritas y verbales para que el personal de servicio, con la mayor rapidez que permitiera la dinámica del área de urgencia, practicara las extracciones para determinar la alcoholemia, así como las peticiones procedentes del 091, 092, Juzgado de Guardia y médicos forenses.

El conductor a quien se denegó la extracción de sangre, fue condenado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o multa de 40.000 pesetas y privación del permiso de conducir durante cuatro meses.

II

Iniciado el oportuno procedimiento por denegación de auxilio contra el Médico y el Ayudante Técnico Sanitario, al tiempo de formular la calificación surgieron discrepancias sustanciales en orden de la tipicidad entre el Fiscal encargado del caso y el Teniente Fiscal. Comunicadas al Fiscal-Jefe, este acordó someter el hecho, dado su interés doctrinal, a la Junta de Fiscalía en la que se expusieron las razones que abonaban los dispares criterios. Uno de ellos llegaba a la conclusión de que el hecho integraba un delito del artículo 194 del Código penal. El otro criterio partía básicamente de estos principios; inexistencia de acción típica, en cuanto al tipo cuestionado no admite formas omisivas, falta en los hechos el elemento subjetivo de vulnerar un derecho fundamental y la conducta no ha causado lesión al derecho de defensa, que, por lo demás, no puede ser configurado como derecho cívico.

La primera de las tesis expuesta tuvo a su favor nueve votos y ocho en contra. La segunda obtuvo siete votos favorables. El voto del Fiscal-Jefe no se adhirió a ninguna de las opciones sustentadas sino que introdujo un nuevo planteamiento.

II

Dado el interés que, por su novedad, suscita el tema así como por la completa interpretación de hechos y normas que se contienen en cada una de las tres distintas opciones, se recogen éstas, casi en su integridad, con exposición sistemática de los respectivos razonamientos jurídicos.

A) TESIS QUE PATROCINA LA TIPIFICACION DE LOS HECHOS EN EL ARTICULO 194 DEL CODIGO PENAL

Mantiene que concurren en la conducta descrita todos los elementos que integran tal figura de delito. En armonía con la ordenación realizada por el Fiscal que la sostiene, son de destacar los siguientes presupuestos conformadores del tipo penal.

1. Sobre el sujeto activo

Como el tipo penal del artículo 194 constituye uno de los delitos a cometer sólo por las autoridades o funcionarios, habrá que acudir a la interpretación jurisprudencial del artículo 119 para determinar si el Médico y el A.T.S. de la Seguridad Social tienen o no, a efectos penales, la condición de funcionarios públicos. Una reiterada jurisprudencia lo avala. La sentencia de 15 de noviembre de 1973 declaró que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a tenor del artículo 119. Conforme a la sentencia de 7 de abril de 1981, los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de fun-

cionarios públicos a efectos del artículo 119; y sin que obste a su consideración de funcionarios públicos en el orden penal el hecho de que la jurisdicción laboral sea la competente para entender ciertas cuestiones contenciosas entre ellos y el Instituto Nacional de Previsión (Sentencia de 15 de junio de 1971).

2. Formas de culpabilidad

Los autores españoles que se han ocupado de la culpabilidad a propósito del artículo 194 admiten tanto la comisión culposa como la dolosa, con lo que la pretendida inexcusabilidad de un dolo específico se desvanece. Por algunos se ha dicho que la culpabilidad puede verse influida por un error, exculpante o no según sea o no excusable, por lo que cabe la comisión culposa de este delito (Rodríguez Devesa). Otros admiten junto al dolo, versión típicamente descrita, una versión culposa, que se justifica con el argumento de que no estaría acorde con el sentido subsidiario y a la vez programático del tipo, dejar sin castigo aquellas conductas en las que por manifiesta imprudencia o negligencia del funcionario se impide el ejercicio de los derechos cívicos a las personas; y se agrega que de admitirse tan sólo la versión dolosa, probado por el funcionario la falta de dolo quedaría impune una grave acción. (Rodríguez Ramos, en su obra «Libertades cívicas y Derecho penal»).

3. Manifestación de la acción

Frente a la objeción de que la conducta del artículo 194 exige siempre una acción positiva, con lo que debe eliminarse de su ámbito cualquier forma omisiva, cabe decir que la generalidad de nuestra doctrina no piensa así. Las siguientes citas lo demuestran. Rodríguez Devesa al referirse al medio empleado para impedir el ejercicio de un derecho cívico, considera que es indiferente: bastan coacciones, amenazas o la pura y simple negativa. Bustos Ramírez sostiene que el derecho de impedir el ejercicio del derecho puede llevarse a cabo mediante la comisión de omisión.

4. La conducta es típica porque el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho cívico amparado por el artículo 194

El artículo 194 se introdujo por vez primera en nuestro Ordenamiento con el Código penal de 1944, que en fórmula simplificadora de la casuística prolija de los Códigos de 1870 y 1932, sancionó una serie de posibles abusos cometidos por los funcionarios relativos a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Su propia colocación sistemática, en el lugar en que se protegen las garantías en orden a la imposición de penas, libertad personal, libertad de residencia, inviolabilidad del domicilio, etc. —todos los derechos fundamentales recogidos en el título I, capítulo 2.º de la Constitución— le ha dado el carácter de tipo penal residual o subsidiario pero en modo alguno supérfluo, pues a pesar de la especificativa tipificación contenida en la Sección en que se halla, existen todavía, en

opinión de la doctrina, derechos fundamentales cuyo ataque no ha sido expresamente tipificado y que sólo pueden castigarse por la vía del artículo 194 (Muñoz Conde), llegándose incluso a decir, bien que la protección del precepto abarca todas las actuaciones referidas al ejercicio de derechos no comprendidos en otras disposiciones relativas a las garantías constitucionales y legales (Bustos Ramírez), o que la Constitución contiene el elenco de derecho cívicos a los que el precepto alude, ya que éstos son los derechos constitucionales (Cobo del Rosal).

Por su parte, la jurisprudencia en interpretación del artículo 194 ha declarado que «como norma en blanco ha de encontrar su adecuada remisión en los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, especialmente los comprendidos en el capítulo 2.º del título I» (sentencia de 23 de marzo de 1983).

Frente a estos argumentos no parece viable limitar la expresión derechos cívicos del artículo 194 a los de participación en la vida pública, y excluir del tipo el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Este derecho al que da acogida el artículo 24.2 de la Constitución —dentro por tanto de la Sección 1.ª, capítulo 2.º— es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos según lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, como los demás consagra el artículo 24.2, presenta una eminente naturaleza procesal, y es consustancial al mismo *el derecho a producir pruebas* en justificación de las alegaciones propias o para desvirtuarlas de la contraparte; y la naturaleza de pruebas anticipada, irreproducible y plena ha de asignarse a la de determinación de alcohol en sangre según la jurisprudencia constitucional, siempre que se haya practicado con todas las garantías exigibles por la normativa vigente y se ratifica o avala en el acto del juicio oral. Y es precisamente esta prueba la que ha podido esgrimirse merced a la conducta impeditiva del personal sanitario (médico y A.T.S.).

B) TESIS QUE PROPUGNA LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS VALORADOS

Se destacan en ella primeramente dos notas derivadas del amplio contenido que ofrece el artículo 194. En primer lugar, que por esa genérica formulación se presenta dudosa su conformidad con el principio de legalidad, razón por la cual los proyectos de reforma del Código penal han determinado con mayor precisión qué concreto derecho fundamental es objeto de protección en cada caso y cuáles las formas de ataque que han de integrar la conducta típica; Y en segundo término, que la evidente generalización del artículo 194 obliga a extremar su interpretación para cumplir con la exigencia del principio de legalidad, principio y derecho fundamental que, en doctrina conocida del Tribunal Constitucional constituye un límite para la actividad interpretativa, impidiendo que el resultado en esta conduzca, en todo o en parte, a la creación de un nuevo tipo penal; y en la subsunción del hecho discutido en el artículo 194 entiende que late un criterio de analogía.

Las razones particulares que sirven de apoyo a esta tesis son las siguientes:

1. Sobre el sujeto activo

El tipo penal pertenece a la categoría de los delitos especiales, y ello no tanto porque se refiera al funcionario público y no a cualquier otro sujeto, sino porque aparece implícita una determinada posición que va a caracterizar como sujeto sólo al funcionario público que tenga relación con el derecho cuya lesión constituye el objeto de la infracción; la esencia de estos delitos consiste en la lesión al derecho fundamental cometida por las autoridades o funcionarios públicos que actúan en representación del poder estatal excediéndose en las facultades conferidas en relación con esos derechos. Son sujetos, los funcionarios que actúan de modo arbitrario y abusivo el poder que les confiere la ley.

2. Determinación de la conducta típica

En su desarrollo procede el análisis de varias cuestiones:

a) *El giro impedir el ejercicio del derecho: su significado.* Hay coincidencia en que debe entenderse usualmente como estorbar o dificultar la consecución de un propósito. Sin embargo, en sentido jurídico-penal, impedir es crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, aquí hacer imposible el ejercicio de un derecho. Esto resulta de los artículos 165 bis, 172 y 177 del Código penal, que distinguen entre impedir y obstaculizar o limitar, de donde se desprende que la conducta de impedir configura un resultado que se traduce en la imposibilidad radical y efectiva del derecho y no simplemente en su menoscabo, limitación o reducción.

b) *Posibles modalidades de la acción.* La conducta de impedir se realiza desde luego mediante una acción positiva. Pero lo que se discute es si el tipo admite igualmente la omisión. El problema no se soluciona señalando que se trata de la acción de impedir por cualquier medio, pues aquí no se discute la tipicidad de medios comisivos sino la modalidad de la conducta que el precepto admite. En este sentido —y como se desprende del artículo 1.º del Código penal— no cabría la omisión pura, ya que ha de resultar de la expresión legal como delito de omisión. La cuestión se desplaza a la omisión impropia o comisión por omisión. En este planteamiento la aislada opinión doctrinal que para el artículo 194 admite la comisión omisiva, ha de conectar la omisión con una posición de garante en que el sujeto que omite se encuentre; posición de garante, que en este caso, habría de estar configurada en la ley, de la que derivaría un expreso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho fundamental, posición que no se da en los hechos contemplados.

c) *La culpabilidad.* La conducta positiva de impedir el ejercicio del derecho cívico solo puede ser imaginada como una acción esencialmente dolosa; el sujeto ha de actuar con la intención de imposibilitar el ejercicio del derecho. Tal es la opinión generalizada de la doctrina, aceptada por la jurisprudencia (Sentencia de 4 de marzo de 1974). Solo se admitiría la comisión culposa en el caso de error sobre la legitimidad de la acción de impedir el ejercicio del derecho. La aislada opinión que considera la posibilidad de la comisión culposa juega con la cláusula general del artículo 565 que, como se sabe, no opera en los delitos en los que el dolo es elemento esencial del tipo, como es el caso del artículo 194.

d) *Significado de la expresión derecho cívicos.*

El significado no se obtiene señalando, de modo simplista, que el artículo 194 es figura residual o subsidiaria comprensiva de todos los derechos que carecen de protección específica, pues si así fuera estaríamos ante una figura amplísima y generalizada, no compatible con la legalidad penal, dado el gran número de derechos y libertades que reconoce la Constitución con contenido y régimen de protección dispar. De ahí que en su interpretación sea necesario partir de la literalidad de la norma, pero conjugando la posibilidad de su aplicación a la actual realidad constitucional y política con el límite de la prohibición de la analogía.

Destacamos, en primer lugar, que derechos cívicos en el artículo 194 es término que no se refiere a todos los derechos y libertades que se agrupan en la categoría genérica de derechos humanos. Entre éstos los hay de muy variable índole: derechos relativos a la libertad, derechos procesales, políticos y sociales. A nivel internacional (Convención Europea de derechos humanos, Pactos Internacionales de Nueva York, Carta Social Europea de Turín) se utilizan expresiones tales como derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, todos ellos en el marco genérico de los derechos humanos y libertades fundamentales sino sólo una especie o clase de los mismos cuya concreción no es fácil. En la doctrina constitucionalista italiana los derechos cívicos se contraen a los llamados derechos del ciudadano a una prestación de servicio público, pero no a los derechos de libertad ni a los derechos políticos o libertades públicas. Y en la doctrina penalista española, por regla general, se reducen a los derechos cívicos a los derechos de participación en la vida pública o a los derechos que consisten en el ejercicio de una determinada actividad definida por la Constitución como derecho fundamental en los ámbitos y contenido que reconoce la Constitución.

En conclusión, en el artículo 194 no se han querido incluir todos, sino sólo algunos de los derechos fundamentales, precisamente aquellos que representan la participación del ciudadano en la vida pública, el carácter residual que se asigna al artículo 194 significa que se extenderá a los derechos de participación que no tengan expresa previsión legal.

De la interpretación que precede se obtiene que no parece posible la inclusión del derecho de defensa en el concepto de derechos cívicos. Admitir la tesis contraria implicaría una labor creativa del tipo que vulneraría el principio de legalidad, y ello porque el intérprete tendría que extender a todas las manifestaciones del derecho de defensa la tutela penal, o seleccionar, inspirándose en el principio de intervención mínima, aquellas de las manifestaciones que sólo podrían ser tuteladas acudiendo a la ley penal; actividad que en una u otra forma constituiría una aplicación analógica de la ley penal. Tan es esto así que la opinión doctrinal favorable a incluir el derecho de defensa en el artículo 194, refiere la tutela sólo a una de las manifestaciones de ese derecho: el derecho a la asistencia técnica de letrado. Y en la misma línea de Propuesta de anteproyecto de Código penal de 1983 en la figura dedicada a la tutela del derecho de defensa la contrae el impedimento de intervención de letrado o a la coerción sobre el acusado. Ello obedece a que en nuestro sistema el derecho de defensa se define en el artículo 24 de la Constitución con un amplísimo contenido, pero siempre con referencia al proceso, que abarca desde el derecho a la acción hasta el derecho a un proceso con todas las garantías (incluido, por supuesto, el derecho a articular en él pero no fuera de él los medios de prueba que las leyes penales procesales admitan).

3. Los requisitos del artículo 194 ante el caso concreto sometido a análisis

a) No se da una conducta positiva de impedimento de un derecho cívico. Las personas a que se refieren los hechos se han limitado a no practicar la extracción de sangre que se les pidió por un agente de Policía Municipal. Estamos ante una pura inactividad que ni cumple las características de la acción típica, ni se ha traducido en una efectiva imposibilidad de la extracción, pues ésta pudo ser demandada por la oficina de recepción de otros facultativos que, como los inculcados, integraban el servicio de guardia o de urgencias.

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

c) Aunque se entendiese que el derecho de defensa equivale a derecho cívico, la conducta no ha tenido el resultado exigido por el tipo, puesto que no ha producido el impedimento del derecho de defensa, que aquí se manifestaría en la privación del derecho a la prueba, según la posición que rechazamos. Que no existió impedimento del derecho de defensa se obtiene de las siguientes consideraciones.

a') El derecho de defensa comprende el derecho a proponer y practicar, en sede procesal, los medios de prueba que la ley reconoce; la garantía se proyecta pues, sobre cada uno de los capítulos de la prueba: su admisión (S.T.C. 40/1986), sobre la pertinencia del medio probatorio (S.T.C. 51/1985), la valoración de su resultado y la legalidad de su práctica. Se trata, por tanto, de un derecho que se ejerce en el proceso y ante los órganos jurisdiccionales. Es claro que en el caso de examen no se había iniciado un proceso penal si se había interesado una prueba procesal.

b') La extracción de sangre como sistema de control no es un medio de prueba sino una fuente de prueba; adquiere el rango de prueba si se solicita como prueba pericial en el proceso. Por lo mismo, tampoco puede ser estimada como un supuesto de prueba anticipada, para lo que se requeriría intervención del órgano jurisdiccional y su práctica con el juego del principio de contradicción.

c') En la situación concreta la negativa a extraer la sangre se debió traducir en un eficaz medio de defensa frente a una eventual acusación que se basará en el resultado de la primera prueba de alcoholemia. La doctrinal del Tribunal Constitucional confiere el valor de prueba pericial anticipada a tal prueba si ha podido ser contrastada por un contra-análisis. De hecho la no verificación de éste por causa imputable al sospechoso debía traducirse en la no aportación como prueba de cargo del primer análisis. En caso contrario, la vulneración del derecho de defensa habría sido determinada por otras intervenciones a las que no se cuestiona la aplicación del artículo 194 por exigencias del principio de legalidad y de intervención mínima de la ley penal.

d') No modifica el juicio expuesto la existencia en el hospital de una orden

interna de servicio en al que se señalaba que se atenderán todas las peticiones del 091 y 092 para extracciones de sangre, porque difícilmente puede relacionarse tal orden interna —que no guarda relación con actuaciones terapéuticas— con la protección de un derecho fundamental.

d) Una nueva tesis: los hechos no son abarcados por el artículo 194 pero hallan su tipicidad en el artículo 371, párrafo tercero del Código penal

Descarta, por los argumentos y razones antes expuestas, la tipificación de los hechos en el artículo 194, mas entiende que es posible encajar la conducta en otro tipo penal, con lo que se evitaría el resultado de la impunidad. Concretamente parece aplicable el artículo 371, párrafo tercero, al supuesto de autos, dado que en él se pena una conducta de omisión o de mera inactividad (abstenerse de prestar el auxilio requerido), contrariamente a la naturaleza de delito de resultado que debe asignarse al artículo 194 (impedir al sujeto pasivo el ejercicio de un derecho cívico). En el comportamiento de los facultativos consistente en la no prestación de la debida colaboración para la que fueron requeridos concurren todos los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia en la interpretación del artículo 371, párrafo tercero.

— Tener la condición de funcionario público el requerido, extremo suficiente acreditado dado el carácter de los inculpados.

— Que en particular les requiera para prestar algún servicio. En el presente caso aunque, formalmente, el requerimiento parece que lo hizo la Policía Municipal, lo fue a petición del particular que además estaba allí presente.

— Que el requerido esté obligado por razón de su cargo. Los facultativos están de guardia y con instrucciones genéricas del establecimiento hospitalario en el que prestan sus servicios sobre la extracción de sangre para análisis de alcoholemia.

— Que con la prestación del auxilio pueda evitarse un delito u otro mal. El altruismo propio del civismo ciudadano haría deseable que tanto el delito como el otro mal sean motores de la conducta del particular aunque no le afecten a él personalmente; pero la realidad nos muestra que, en general, el egoísmo humano hará que el estímulo normal del requerimiento de auxilio sea la evitación de un delito o de otro mal que perjudique al requirente. En el presente caso lo que pretendía el particular era desvirtuar la presunción de ebriedad derivada del alcoholtest de la Policía Municipal, viniendo a ser la eventual condena por delito de conducción en tal estado el mal que trataba de evitar.

— Que se abstuviera de prestar el auxilio sin causa que justifique la abstención. En las diligencias practicadas no aparece acreditado cual haya podido ser el motivo o causa de la conducta de los inculpados.

IV

En visión general, ha de mantenerse que los hechos sobre los que está construida la consulta excluyen la aplicación del delito definido en el artículo 194 del Código penal, dado que las características de la conducta descrita no se ajustan a aquel tipo de injusto. En particular, faltan no sólo el bien jurídico protegido en la norma sino también el sujeto especialmente cualificado. La anterior afirmación por lo demás, que se ha expuesto en primer lugar de los antecedentes.

Da acogida a la segunda que proclama la atipicidad del hecho concreto, y no acepta la que se ha dado cuenta en último lugar; porque los presuntos esenciales del artículo 371, párrafo tercero, del Código penal no están definidos con precisión. Ello requiere el análisis detenido de la norma cuya aplicación ha dividido a los componentes de una fiscalía como la que formula la Consulta que estudia con rigor cualquier tipo de asuntos. Desarmonía, en cierto modo justificada, porque el artículo 194 del Código penal apenas ha tenido acceso a la interpretación jurisprudencial y la mayor parte de la doctrina científica no analiza con detenimiento los elementos básicos de la estructura del tipo.

A) EVOLUCION Y SIGNIFICADO ACTUAL DE LOS «DERECHOS CIVICOS»

Lo que primeramente hay que precisar es el ratio mayor o menor que deba asignarse a la expresión típica «derechos cívicos». Los componentes del término son ajenos al derecho penal propio y su desenvolvimiento se produce en el marco constitucional.

I. Antecedentes legislativos

El giro «derecho cívicos» aparece *ex novo* en el ordenamiento penal en el Código de 1944, disponiendo que «incurrirá en la pena de inhabilitación especial la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes». Y así permanece tanto en su literalidad como en su encuadre, siendo la rúbrica de la sección en que se halla «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes». En la necesidad de fijar su exacto o más aproximado sentido y alcance, debemos acudir tanto a sus antecedentes como a su emplazamiento dentro del sistema que adopte el Código.

En el Código penal de 1870, el título II del libro II tenía pro rúbrica «Delitos contra la Constitución», y, dentro de él, el capítulo segundo se denominaba «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución», dedicándose una sección (artículos 189-203) a los cometidos por los particulares, y otra a los cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución (204-235), tipificándose, entre otros, los que consistían en impedir el ejercicio de los derechos de reunión, asociación y petición (artículos 229-232 y 234-235), pero sin que se contuviera en su texto una declaración general similar a la del actual artículo 194.

El Código penal de 1832 mantiene idéntica estructura formal, si bien la sección referente a los funcionarios se titula «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales» (artículos 1.920-227). En él se amplían los tipos de esta naturaleza, extendiéndose ahora, además, a los atentados a la libertad de expresión (artículo 209) al derecho de sufragio (artículo 211) y a las libertades ideológicas, religiosas y de cátedra (artículo 219). Mas tampoco hallamos una expresión una expresión paralela a los

«derechos cívicos» del artículo 194, si bien hay que destacar que el artículo 211 del Código de 1932 y el 194 del Código vigente solo difieren en que la expresión «ejercicio del derecho de sufragio» contenida en el primero, se sustituye por la ahora cuestionada de «ejercicio de los derechos cívicos», hasta el punto de señalarse por algunos a ese artículo 211 como precedente inmediato del 194, con lo que se restringiría el contenido de éste al derecho de sufragio; tesis rechazable como se verá por ser sumamente estricta.

Sin abandonar los antecedentes acudimos a otro precepto que puede servir de apoyo para perfilar el significado de «los derechos cívicos». En él está presente este mismo giro gramatical. Se trata del artículo 247, en cuyo párrafo segundo se tipifican los desórdenes públicos que tuvieran por objeto impedir a una persona el ejercicio de «sus derechos cívicos». Esta modalidad delictiva también estaba recogida en los códigos de 1870 (artículo 272), en 1928 (artículo 309) y 1932 (artículo 267). En todos, la descripción concerniente a los desórdenes era la misma, turbar el orden público con la finalidad de impedir a alguna persona el ejercicio de sus «derechos políticos». El cambio en el orden gramatical ha sido mínimo respecto al artículo 247 que rige: «derechos cívicos» sustituye a «derechos políticos». Si esto es así debe concluirse que para el legislador uno y otro término eran equivalentes, por lo que la formulación típica del artículo 247 en nada se alteraría si dijera «derechos políticos». Las posteriores revisiones operadas en el texto del Código de 1944, incluida la reforma parcial de 1983 han mantenido la expresión de «derechos cívicos» en el artículo 247. En el anteproyecto de Código penal de 1983 todavía perdura la frase «derechos cívicos» en el tipo definidor de los desórdenes públicos (artículo 476). Pero desaparece el contenido del artículo 194, y con él «derechos cívicos», cuando trata de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución (artículos 536-563).

2. Contenido propio y expresión del término «derechos cívicos»

El artículo 194 está imaginado, ciertamente, como una cláusula que sirve de tutela penal a los atentados contra derechos fundamentales cometidos por los funcionarios públicos, que no tengan una expresa protección penal. Lo problemático es si debe comprender todos los derechos de aquella naturaleza no tipificados especialmente. Para referirse al conjunto de los derechos constitucionales han existido en nuestros cuerpos legales del orden penal diferencias, pero más terminológicas que de contenido. En algunos códigos (los de 1870 y 1932) el objetivo jurídico que nos ocupa incluía entre los delitos contra el ejercicio de los *derechos individuales*; en otros, como el de 1944 y sus sucesivas revisiones, se incluía entre los delitos con ocasión del ejercicio de los *derechos de la persona*; y en el anteproyecto de 1983, siguiendo ya las rúbricas de la Constitución, entre los delitos contra el ejercicio de los *derechos fundamentales y libertades públicas*.

De cualquier modo, en todo ese conjunto de derechos existen variedades, que, en lo que aquí interesa, cabe distinguir los derechos civiles individuales (derechos de integridad física o moral) y los denominados derechos políticos o de participación en la vida pública, que suponen una proyección actual de la clásica separación entre *droits de l'homme* (derechos humanos o de libertad) y *droits du citoyen*

(derechos políticos o de ciudadanía). El artículo 194 desde luego no representa el marco de protección de los derechos civiles individuales o inherentes al hombre por naturaleza, a los que se da acogida en otros preceptos (artículos 184, 189, 190, 191, etc.). El artículo 194 está pensado para los derechos que corresponde al individuo en cuanto ciudadano de un Estado, pero su descripción típica, por abstracta y sobre todo por inactual, necesita de complementos a fin de poder precisar la conducta delictiva, o mejor, el significado de un elemento incomplejo del tipo, cual es la expresión de «derechos cívicos». Dado el sentido jurídico-político del término la indirecta remisión normativa debería hallarse en la Constitución; pero resulta que por la fecha de que procede carece de exacta idoneidad en la Norma Suprema al no encajar literalmente en la estructura del actual sistema democrático que rige la Comunidad política. Ante la ausencia de los concretos bienes jurídicos que deban ser protegidos habrá que tener en cuenta el principio de legalidad (artículo 25.1 de la Constitución) que exige la taxatividad en la fijación de las conductas a incluir en el artículo 194. Con estos precedentes debe afirmarse que entre los derechos del ciudadano para cuya plenitud es indispensable su lícito ejercicio se hallan en el artículo 194 los de participación en el poder político (derecho de sufragio activo y pasivo, derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, derecho de petición), las libertades de asociación, reunión y manifestación política y la libertad de expresión. Así, la frase «derechos cívicos» del artículo 194 se extiende en la actualidad desde luego a los citados derechos, que son los propiamente políticos.

Reconduciendo estas ideas a los antecedentes legislativos son de destacar dos cosas. La primera, cómo en el Código penal de 1944 (artículo 247) se sustituyó la expresión de «derechos políticos» de los Códigos precedentes por la de «derechos cívicos», lo que viene a mostrar la identidad del término «derechos cívicos», del artículo 194 con el de «derechos políticos». Y la segunda, cómo los derechos de que se trata son aquellos que precisan para su ejercicio por parte del titular de una actividad manifiesta en actos exteriores, lo que explica que hallen tipificación en el artículo 247 los *desórdenes públicos materiales encaminados a impedir el ejercicio o la efectividad de esos derechos*. En la órbita del artículo 194 se sitúan al menos aquellos derechos cuyo ejercicio precise de una iniciativa del particular que pueda ser obstaculizada o impedida por el funcionario público.

La única sentencia del Tribunal Supremo que existe sobre el artículo 194, la de 23 de marzo de 1983, no está a favor ni en contra de la interpretación que aquí se da a la norma, al no aclarar suficientemente cuál es el verdadero ámbito del artículo 194. Al principio expresa que el bien jurídico que protege está integrado por «el complejo de los derechos cívicos reconocidos por las leyes», sin especificar más. Más adelante, al abordar ya el tema de qué derechos cívicos han de estar bajo la tutela del precepto, parece incluir sólo los derechos políticos de participación con la consiguiente exclusión de los derechos civiles de la persona, al declarar «que protege aquellos derechos que representan el ejercicio de determinadas actividades rayanas en los derechos y fundamentales de la persona, más que los propiamente civiles». Y por último, tras calificar el artículo 194 de norma en blanco, afirma que «ha de encontrar su adecuada remisión en los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, especialmente los comprendidos en el capítulo 2.º del título I, como son los de igualdad ante la ley, libertades ideológicas, religiosa, personal, de circulación y reunión, etc.».

Se enumeran verdaderos derechos políticos pero también derechos civiles individuales.

Para precisar si, además, esta norma es o no marco adecuado para otros derechos fundamentales no estrictamente de participación política que carezcan de una literal protección, habría que ver si su inclusión choca o no con el principio de legalidad penal (de modo particular en cuanto principio de tipicidad) al que atenta toda interpretación extensiva. En cualquier caso, aún cuando «derechos cívicos» no se identificaran con «derechos políticos» en estricto, el hecho dado no encaja en el tipo del artículo 194.

Quedan marcadas así las líneas integradoras del artículo 194, al menos en tanto se arbitre por el legislador una fórmula única, al modo como se hizo en Derecho italiano, cuyo Código penal en el artículo 294, bajo la rúbrica de «Delitos contra los derechos políticos de los ciudadanos», sanciona al que mediante amenaza, fraude o violencia impida, en todo o en parte, el ejercicio de un derecho político o bien determine a alguno a ejercerlo en contra de su voluntad; y aunque no enumera cuáles son esos derechos políticos protegidos, la doctrina no duda en incluir los derechos de asociación, reunión, expresión y sufragio.

B) EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO EN EL ARTICULO 194

El artículo 194 restringe el ratio de los eventuales sujetos activos. Se trata de una norma de las llamadas con destinatario fijo o de sujeto diferenciado, pues en él no puede subsumirse cualquiera en concepto de autor. No es un tipo penal común, sino que exige ciertas cualidades en el sujeto determinadas normativamente, pues dada ciertas cualidades en el sujeto de determinadas normativamente, pues dada la naturaleza del injusto representada en el precepto sólo puede ser objetivamente imputado a quienes ostenten la condición de autoridad o de funcionario público. La realización del tipo en ningún caso puede atribuirse a otros sujetos. Es, en fin, un delito especial que no puede ser realizado por cualquier persona. Si un particular impidiera y obstulizara el ejercicio de alguno de los derechos a que se circunscribe el artículo 194, las normas a aplicar serían las específicamente previstas en algunos de los artículos 165 bis, 166, 172 y 177 bis, y si la acción a valorar no encajara en ellos aún podrían acudir a las coacciones del artículo 496.

Fijada la órbita subjetiva del artículo 194 (autoridades y funcionarios) cabe preguntarse si se extiende a toda persona que en interpretación del artículo 119 pueda atribuirse alguna de aquellas cualidades o si sólo se integrarán en el tipo las conductas procedentes de autoridades y funcionarios que directa o indirectamente tengan como misión garantizar los derechos cuyo ejercicio se ha impedido o violado. Entendemos que este puede ser el elemento diferenciador que delimite dentro de las autoridades y funcionarios públicos el sujeto. no bastará la cualidad jurídica de autoridad o funcionario público conforme al extenso artículo 119, sino que ha de concurrir en ellos la *conditio iuris* de particular en el ejercicio de las funciones relacionadas con esos derechos como titulares de esta cualidad. Si el bien jurídico de la sección en que esté inscrito el artículo 194 es la protección específica de los derechos políticos de los particulares, no sólo ha de exigirse un sujeto activo autoridad o funcionario público, sino una autoridad o funcionario

público singularmente cualificados para quienes la comisión del delito entraña una violación del deber de sus funciones. La garantía genérica que toda persona tiene frente al Estado para el libre y lícito ejercicio de sus derechos políticos, se transformará así en específica frente al funcionario a quien se han confiado o encomendado aquellos. Luego si un funcionario público en su significado penal, obstaculiza el legítimo ejercicio de un determinado derecho político a una persona pero sus funciones propias no tienen relación alguna con tal derecho, no cometería el delito del artículo 194, sino el previsto para los particulares según sea el derecho vulnerado o el más genérico de coacción siempre, en su caso, con la agravante 10ª del artículo 10 del Código penal.

C) Excluida la aplicación del artículo 194 al caso que ha sido objeto de análisis, tanto si se pondera el derecho presuntamente infringido que, por los motivos expuestos, no se alinea en el área de aquella normativa, como la singular cualificación que debe concurrir en el sujeto activo, estimamos que tampoco es posible tipificar los hechos en el párrafo tercero del artículo 371 del Código penal.

No todos los componentes objetivos del núcleo del delito están descritos en el hecho objeto de la consulta con absoluta precisión. La existencia de un requerimiento por parte del particular interesado como exige el artículo 371, párrafo tercero, ofrece dudas. De un lado, porque aún estando presente en la comparecencia no consta que el particular manifestara su voluntad expresa ni implícitamente en aquel sentido, y la norma dispone que la petición ha de emanar de un particular. Y de otro, porque el término requerir del artículo 371 es algo de mayor entidad que las simples «manifestaciones hechas por los agentes de la autoridad de que se trataba de una prueba a practicar», según se describe en el hecho. Y, en fin, porque no consta que quienes desatendieron la solicitud fueran los únicos que podían practicarla. No practicaron la extracción de sangre; se trata, sí, de una conducta que se tradujo en un no hacer, pero que pudo haberse cumplido por otros facultativos que integraban también el servicio de guardia o urgencia.

Pero es que además se trata de un delito esencialmente intencional. La comisión culposa que pudiera inferirse repele el tipo. No aparece el específico dolo de denegar o desatender un requerimiento expreso del particular. y aunque existiera una circular interna sobre las extracciones de sangre, que no está redactada en tono imperativo, ello no es obstáculo para sostener que se hallaban en la creencia de no estar obligados a las extracciones. En este sentido es preciso mencionar la sentencia de 22 de marzo de 1986 en la que se declara que la desobediencia, y su modalidad la denegación de auxilio, son delitos eminentemente intencionales, siendo el dolo o intención maliciosa inexcusable requisito subjetivo en el que ha insistido la jurisprudencia de este Tribunal: la negativa —afirma la sentencia de 2 de enero de 1983— no puede atribuirse a mera negligencia o al convencimiento de no hallarse el acusado en la obligación de ejecutar lo que haya sido objeto de requerimiento; se alude al hecho de no dar razón o excusa legal en las resoluciones de 4 de junio de 1985 y 25 de noviembre de 1913, o se refiere, como en la sentencia de 28 de mayo de 1935.

EL MINISTERIO ANTE LOS ACUERDOS DE SUSPENSION DE LOS TURNOS DE OFICIO ADOPTADOS POR ALGUNOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Consulta núm. 5/1989, de 27 de noviembre

I

Se han formulado sendas Consultas por las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia del Principado de Asturias y de Murcia. El tema planteado, aunque con algunos matices, es el mismo: el grave problema que se presenta ante los acuerdos adoptados por algunos Colegios de Abogados de suspender los turnos de oficio y de asistencia letrada al detenido o preso. Parece necesario conocer con algún detalle los hechos.

A) El Presidente del Tribunal Superior de Justicia, preocupado por el notorio retraso en la tramitación de los asuntos encomendados a los órganos jurisdiccionales de esta Comunidad Autónoma, como consecuencia del acuerdo de la Junta Central extraordinaria del ilustre Colegio de Abogados de Oviedo con fecha de 29 de octubre de 1987, por el que se acordó por tiempo indefinido la suspensión de la actuación letrada del turno de oficio; y entendiendo que tal acuerdo puede vulnerar derechos fundamentales de la persona recogidos en los artículos 14 y 24 de la Constitución española, y con el precedente de que acuerdos similares fueron declarados nulos de pleno derecho por el Consejo General de Abogacía en reuniones de 11 de febrero de 1986 y 4 de marzo de 1988, decide por unanimidad dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de que pueda promover la acción de la justicia conforme a lo dispuesto en el artículo 124, 1.º de la Constitución y artículo 435. 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

De los antecedentes documentales se desprende la certeza absoluta del contenido del escrito que se ha reproducido literalmente, siendo ahora de destacar:

1. La Junta General del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, en sesión extraordinaria celebrada el 15 de junio de 1987, adoptó en ejecución de lo decidido en otra Junta de 30 de octubre de 1986, entre otros el siguiente acuerdo: «Se suspende la actuación letrada en el turno de oficio ordinario en todas las jurisdicciones ordinarias y especiales a excepción de los procesos correspondientes a presos. La suspensión no afectará a los procedimientos actualmente en trámite; no afectará tampoco al turno de oficio de asistencia letrada a detenidos».

2. Casi en los mismos términos se pronunció la misma Junta de Gobierno en sesión extraordinaria celebrada el 5 de noviembre de 1987 en ejecución de los acuerdos tomados el 29 de octubre de 1987.

Los dos acuerdos antes citados han sido ratificados en sesión extraordinaria de la Junta General del Ilustre Colegio de Abogados. Acuerdos de suspensión del turno de oficio y de asistencia letrada al detenido fueron adoptados, entre otros, por los Colegios de Gijón, Granada, Murcia y Cartagena. Mas los acuerdos tomados por estos otros Colegios han sido recurridos. En unos casos ha sido el Consejo General de la Abogacía Española quien ha declarado su nulidad radical como contrarios a la ley y gravemente perjudiciales a los intereses colegiales. En otros, la decisión del Consejo General ha sido impugnada en vía jurisdiccional pero también los acuerdos de algunos Colegios de Abogados. He aquí, con los datos de que disponemos, una exposición de acuerdos recurridos bien ante el Consejo General de la Abogacía o ante los Tribunales.

1. La Junta General del Colegio de Abogados de Granada en reuniones de 4 de febrero de 1985, acordó la suspensión de la prestación de los servicios de defensa en turno de oficio y de asistencia al detenido. La Junta de gobierno del Colegio formula impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General interesando la nulidad de pleno derecho de los mismos. El Consejo General de la Abogacía resuelve de conformidad con lo interesado el 17 de junio de 1985.

2. En Juntas Generales del ilustre Colegio de Abogados de Gijón celebradas el 30 de junio de 1987, 30 de septiembre de 1987 y 30 de octubre de 1987 se decidió suspender los turnos de oficio y de asistencia letrada al detenido. Un abogado de aquel ilustre Colegio interpuso recurso contra tales acuerdos, resolviendo el Consejo General de la Abogacía estimando el recurso que se reputaban nulos de pleno derecho.

3. En Junta General extraordinaria del Colegio de Abogados de Murcia de 15 de diciembre de 1988 se aprobó la suspensión del turno de oficio, acuerdo que llevaba implícito la no tramitación de cuestión alguna relacionada con el turno. Impugnado en alzada este acuerdo, la Mesa del Consejo General de la Abogacía el 28 de diciembre de 1988 dejó en suspenso lo resuelto por el Colegio de Abogados de Murcia, mandando seguir por su curso ordinario la tramitación del recurso en cuanto al fondo del asunto. El acuerdo de la Mesa fue ratificado por el Consejo General el 18 de enero de 1989. Recurrido el acuerdo del Consejo General por un Abogado del Colegio de Murcia al amparo de la Ley 62/1978, dió lugar a la iniciación del recurso 16/1989 ante la sala de los Contencioso-Administrativo. En sus alegaciones, el Consejo General de la Abogacía el 20 de febrero de 1989 solicita que se mantenga su acuerdo impugnado que suspendió el del Colegio de Abogados de Murcia, pues privar al ciudadano del ejercicio del derecho fundamental a la defensa y del derecho a ser asistido en caso de detención constituye un acto nulo de pleno derecho, por lo que se concluye que prestar asistencia al detenido y defender a quien no ha designado letrado son inexcusables deberes de los abogados que éstos no pueden eludir ni modificar. En su contestación a la demanda, el Consejo General de la Abogacía, hecho acaecido el 12 de abril de 1989 solicita la confirmación del acuerdo de derechos tutelares en el ámbito de este procedimiento. Por su parte el Ministerio Fiscal contestó a la demanda el 8 de abril de 1989. Este recurso no está aún resuelto.

Pero en trámite el recurso a que hemos hecho referencia, en Junta General extraordinaria del Colegio de Abogados de Murcia celebrada el 16 de mayo de 1989 se tomaron los siguientes acuerdos: continuar la suspensión del turno de oficio y suspender el turno de asistencia al detenido o preso en la misma línea

del acuerdo de la Junta de 15 de diciembre de 1988. El Ministerio Fiscal, como parte actora, ha recurrido el acuerdo de 16 de mayo de 1989 por la vía de la Ley 62/1978, solicitando su suspensión. El Colegio de Abogados de Murcia, demandado, en sus alegaciones se opuso a la suspensión del acuerdo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia inició el recurso 493/1989 dictando auto el 16 de junio de 1989 por el que decide, que sin perjuicio de lo que en su día se acuerde en la resolución del presente recurso contencioso-administrativo, suspender la efectividad del acuerdo adoptado el 16 de mayo de 1989 por la Junta General extraordinaria del Ilustre colegio de Abogados de Murcia en los que ese acuerdo decidía sobre suspensión del turno de asistencia al detenido, preso y del turno de abogados de oficio.

4. La Asamblea General del Colegio de Abogados de Cartagena celebrada el 31 de enero de 1989, acordó que el Colegio cese de inmediato en la designación de abogados en turno de oficio, dejando sin efecto cualquier lista de colegiados de ese turno confeccionada hasta el día de la fecha. La Junta de Jueces de Cartagena, en virtud de la comunicación que se había hecho de aquel acuerdo al juez de Instrucción Decano, resolvió el 6 de febrero de 1989 solicitar del Colegio de Abogados el listado de los Abogados adscritos al turno de oficio, mas como sólo se remitiera el de letrados ejercientes, el 10 de febrero de 1989, la Junta de Jueces envía al Colegio de Abogados el listado de letrados que utilizarían, distribuidos conforme a su criterio, dada la falta de lista especial del turno de oficio. El Colegio de Abogados de Cartagena recurrió en alzada el acuerdo de la Junta de Jueces ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Albacete por entender que aparte otras razones, es competencia exclusiva de las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados, la designación de los turnos de oficio. En este punto se da lugar al recurso, declarándose que la Junta de Jueces deberá redactar un nuevo listado de letrados para el turno de oficio.

En otra Asamblea General del Colegio de Cartagena, ésta de 16 marzo de 1989, se acordó suspender la prestación del servicio de asistencia al detenido como medida complementaria de la ya adoptada respecto del turno de oficio. Los presentes acuerdos estarán en vigor hasta que por los organismos competentes se proceda a garantizar la retribución justa y real correspondiente a los trabajos realizados.

C) Los acuerdos que suspendieron los turnos de oficio y de asistencia letrada recogidos en el anterior apartado fueron impugnados, como ya se han dicho. Recogemos aquí los argumentos esgrimidos para la declaración de nulidad de los acuerdos y aquellos otros que conducen a la validez de los actos de suspensión de los acuerdos.

1. Argumentos empleados por el Consejo General de la Abogacía Española

En escritos de alegaciones y de contestación a la demanda de recurso 16/1989 seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia. Trae su causa el recurso de la impugnación del acuerdo del Consejo General de 28 de diciembre de 1988 que dejó en suspenso los efectos de otro acuerdo del Colegio de Abogados de Murcia que suspendió los turnos de oficio y de asistencia letrada.

Se dice en ellos, entre otras cosas:

«Privar a la ciudadanía del ejercicio del fundamental derecho a la defensa y del derecho a ser asistido en caso de detención constituye un acto nulo de pleno derecho. Los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución reconocen tanto el derecho a la asistencia como a la defensa por medio de letrado, y ese reconocimiento constitucional está desarrollado en nuestras leyes procesales de manera tal que no puede caber duda alguna sobre la vinculación que la Abogacía en su globalidad tiene con el ejercicio por el cuidado de tales derechos». Se analizan después los artículos 118.3, 119, 520.2.c) y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para concluir que «los artículos 57-59 del Estatuto General de la Abogacía son claros y categóricos sobre el tema de este recurso, ya que efectúan varias declaraciones sobre la *obligatoriedad* de los Abogados de asumir los derechos de asistencia al detenido, así como las defensas personales de oficio. De todo cuanto antecede se sigue que por la expresa e indudable raíz constitucional de las normas que establecen esta obligación para los abogados, por el rango de éstas, y por su suficiencia y claridad, lo acordado por el Consejo de Abogados de Murcia contraviene de manera frontal tales preceptos, y por ello debe considerarse nulo por aplicación de las siguientes normas: el artículo 9.1 de la Constitución Española que sujeta a todos los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el 9.3 que garantiza el principio de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica; el artículo 6.3 del Código Civil que declara nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperiales y el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el 23 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Coincide con el contenido de estos escritos el acuerdo del Consejo General de 4 de marzo de 1988, que declaró la nulidad del adoptado por el Colegio de Abogados de Gijón sobre suspensión del turno de oficio y asistencia letrada.

El acuerdo de 17 de junio de 1985 por el que se declaran nulos de pleno derechos otros precedentes del Colegio de Abogados de Granada de 1985 sobre suspensión de turnos de oficio y asistencia letrada, establece la misma doctrina.

2. Argumentos utilizados por el Ministerio Fiscal .

De la demanda promovida por el Ministerio Fiscal contra acuerdo del Colegio de Abogados de Murcia de 16 de mayo de 1989 y fundada en la Ley 62/1978 sólo conocemos que alegaba la vulneración de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. Pero por esa misma Fiscalía en contestación a la demanda formulada por un letrado no conforme con el acuerdo del Consejo General de 28 de diciembre de 1988, se precisaba lo siguiente para mantener la validez del acuerdo recurrido: «No se vulnera con dicho acuerdo el principio de libertad del recurrente, porque siendo el turno de oficio un servicio público establecido por la ley con carácter *obligatorio* para la Abogacía (artículos 118, 119, 520, 788 y 791 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 30.4, 33, 37, 40 y 43 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como artículo 24 de la Constitución) cuya reglamentación ha sido delegada a los correspondientes Colegios profesionales (artículos 57-59 del Estatuto General de la Abogacía), es en cambio *voluntario* para el recurrente porque en los Colegios de Abogados es facultativo pertenecer al turno de oficio, como asimismo el darse de baja, lo que eliminan automáticamente

te la supuesta consideración de «trabajo forzoso» a que alude el recurrente. es más, suspender el Colegio la designación del turno de oficio, sí que podría conculcar el derecho a la libertad en el trabajo para los que quisieran ser designados».

En cuanto a la denuncia desigual ante la Ley ni existe ni se produce por los motivos señalados en el artículo 14 de la Constitución. Efectivamente, el acto administrativo recurrido no supone ninguna discriminación, porque dándose de baja en el turno de oficio deja de verse afectado por dicha medida. En cuanto a que por su condición de abogado pueda sentirse discriminado frente a otros profesionales, no es cierto que tal discriminación exista y contrarie el principio de igualdad, dado que la profesión de abogado soporta, como otras, unas cargas iguales para todos los integrados en ellas. No se da, pues, un trato diferente o discriminatorio al recurrente frente a otros abogados ni frente a otros profesionales ante situaciones que no son diferentes, por lo que no cabe de alegar vulneración del principio de igualdad (Sentencias del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 1986 y 25 de noviembre de 1986)».

II

A) El Estatuto General de la Abogacía establece que ésta asume la obligación de defender de oficio a las personas que lo solicitasen, por lo que los abogados vendrán obligados a su defensa así como a prestar el servicio de asistencia a detenidos (artículo 57). Preceptos análogos se hallan en los Estatutos de los Colegios de Abogados de Murcia (artículos 17 y 32) y Oviedo (artículos 36, 43, 54, 56 y 57), al disponer que la defensa jurídica es una obligación profesional de la abogacía; la intervención en el turno de oficio es igualmente una obligación del Abogado, que podrá ser rehusada solamente por causa justificada apreciada por la junta de Gobierno. La defensa de oficio es deber de la abogacía como lo es para los abogados incluidos en el turno de defensa profesional de oficio y asistencia al detenido.

La asistencia de oficio, como precisa el Fiscal de Oviedo en su consulta, tiene una proyección constitucional, y es corolario indispensable del derecho de defensa que ha de ser reconocido (artículo 119 de la Constitución) a quienes carecen de recursos económicos, pero también a quienes, por causa, no designan a su propio letrado. Las consecuencias de la no prestación del servicio de asistencia judicial letrada ha sido paralización de centenares de procesos penales y civiles, y sus efectos inmediatos afectan tanto a la Administración de Justicia como a los derechos de los particulares a quienes se obstaculiza su legítimo interés en que se resuelvan los procesos afectados por la suspensión.

En Derecho europeo, como tradicionalmente lo ha sido en nuestro ordenamiento, la asistencia letrada por el turno de oficio ha sido asumida generalmente sin condicionantes económicos por los Colegios de Abogados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de noviembre de 1983 (caso Van der Musselle) estableció que la ausencia de una remuneración para el abogado de oficio no constituye violación del convenio de salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales respecto a los abogados afectados por la carga, tesis que significa la confirmación de aquellos ordenamientos que imponen como contribución o carga judicial la asistencia gratuita a las personas que, en

el proceso, carecen de medios de fortuna o a quienes la ley les concede tal asistencia. Cita ésta esencial porque una de las causas de los acuerdos de suspensión de los turnos de oficio es precisamente la económica, al pretenderse que se garantice una retribución de más entidad que las fijadas actualmente.

De lo anteriormente expuesto, concluye el Fiscal de Oviedo, resulta incontrovertible la nulidad radical de los acuerdos de suspensión en armonía con estos razonamientos:

— Por ir en contra de preceptos estatutarios impositivos de una suspensión *sine die* y generalizada del turno de oficio.

— Por implicar, materialmente, una modificación estatutaria opuesta a las normas comunes sobre el turno de oficio previstas en los artículos 57-59 del Estatuto General de la abogacía que constituye una norma de rango superior.

— Por presuponer una renuncia a un deber legalmente impuesto no permitida por el artículo 6.3 del Código civil; el aplazamiento indefinido del deber jurídico equivale, en la práctica, a la renuncia del cumplimiento del deber.

— Por vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución, que, de conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos, considera derecho fundamental la defensa y asistencia de letrado, que está directamente relacionada con los derechos a un proceso legal con todas las garantías y con el derecho de defensa y tutela judicial efectivas. La asistencia de letrado constituye un derecho y una obligación para las partes y como expresa el Tribunal constitucional (sentencia 216/1988, de 14 de noviembre) es una obligación también para los poderes públicos garantizar la defensa de oficio; en este sentido, la intervención de los Colegios de Abogados mediante la formación de los turnos de oficio y designación de letrados, constituye un acto de participación delegada de esos poderes públicos.

B) CON LOS PRESUPUESTOS LEGALES QUE PRECEDEN EL FISCAL DE OVIEDO SOMETE EXPRESAMENTE A CONSULTA LOS SIGUIENTES PUNTOS

1. Oportunidad del ejercicio por el Ministro Fiscal de las acciones de impugnación de los acuerdos de suspensión

La vinculación del Ministerio Fiscal al principio de legalidad le obliga a ejercitar las acciones que procedan según la ley, por lo que la consulta sobre la oportunidad de la acción sólo significa si de inmediato ha de ejercitarse o si conviene una cierta demora, dada la existencia de conversaciones, oficiosamente admitidas, entre la Administración y el Consejo General de la Abogacía. En contra de la situación de espera militan razones de peso: paralización de la justicia, el reconocimiento de la nulidad radical de los acuerdos de suspensión del turno de oficio que respecto de otros Colegios formuló el Consejo General de la Abogacía, y en fin, la tutela efectiva de los derechos fundamentales cuyo restablecimiento no debe estar sometido a condiciones ni a plazos.

2. Vía procesal adecuada para la impugnación de los acuerdos

La única alternativa es ésta: si debe utilizarse la vía jurisdiccional ordinaria —y si en ella habría de agotarse la vía previa administrativa— o la del proceso previsto en la Ley 62/1978. Este último es el cauce procesal que se estima más aconsejable, por estas razones: porque su finalidad es restablecer de inmediato los derechos fundamentales vulnerados, por la rapidez y sumariedad de esta vía procesal y porque posibilita más fácilmente la provisional suspensión del autor recurrido.

3. Legitimación del Ministerio Fiscal para formular la demanda

Ha de admitirse que nuestro ordenamiento jurídico legitima al Ministerio Fiscal en estos casos. Debe señalarse que la paralización de los procesos penales incide tanto en la vulneración del derecho de defensa de los inculcados como en el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito, cuyos intereses asume por imperativo legal el Ministerio Fiscal cuando aquellos no han comparecido como partes en el proceso.

4. Plazo para el ejercicio de la acción impugnación

Caben varias posibilidades para precisar cual es el día inicial del cómputo del plazo del artículo 8 de la Ley 62/1978. sostener que el plazo debe contarse a partir de la notificación al Ministerio Fiscal de la comunicación del acuerdo; entender que comienza desde la notificación de la providencia del juez sobre la paralización del proceso por ausencia de letrado, en cuyo caso la demanda debería ir acompañada de la prueba documental de este hecho; mantener que el plazo no comienza a correr desde la fecha de los acuerdos, pues no existe plazo en el sentido del artículo 8.1.º de la Ley 62/1978, tesis ésta que es la propugnada.

5. Petición de suspensión de acuerdos impugnados

Siempre habrá de solicitarse. Tal suspensión supondría que el órgano del Colegio de Abogados a quien corresponde la formación de la lista de letrados y la designación de los mismos habría de proceder de inmediato a la formación de las listas del turno de oficio y a la designación individualizada de la designación de letrado encargado de la defensa, con lo que se volvería a la normalidad funcional alterada por la adopción del acuerdo.

C) El fiscal de Murcia con la diligente y acertada actividad que desarrolló con motivo del acuerdo de aquel Colegio de Abogados de 16 de mayo de 1989, ya ha dado solución positiva expresa —confirmada en su momento por la Fiscalía General del Estado— a los extremos que en el anterior apartado B) se han recogido bajo los números 1, 2 y 5. El comprendido con el número 3 se cuestionó en aquel proceso por la parte demandada, resolviendo la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia por auto de 19 de junio de 1989 que «el Ministerio

Fiscal está plenamente legitimado para prometer la acción de la justicia en defensa de la legalidad, *de los derechos de los ciudadanos* y del interés público tutelado por la ley, lo que en el presente caso significa que puede actuar en interés de los ciudadanos que podrían resultar afectados por el acto colegial que se impugna». Y en este mismo auto resolviendo sobre la petición de suspensión del acuerdo interesada por el Ministerio Fiscal se dice lo que sigue: «La decisión que aquí ha de adoptarse debe partir de las dos premisas siguientes: Que el ilustre Colegio de Abogados aquí demandado, en la materia sobre la que versa el acuerdo impugnado actúa como Administración Pública —mediante el fenómeno doctrinalmente denominado de «Administración Corporativa» o «Autoadministración»— lo que determina que dicho acuerdo tenga el valor de verdadero «acto administrativo», y que según el artículo 7.4 de la Ley 62/1978 el régimen de suspensión de los actos impugnados en el especial proceso regulado en ese texto legal, esté representado por acoger, como regla general, la solución de tal suspensión solo en los casos excepcionales en los que conste que la suspensión puede llevar consigo la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, haciendo recaer la carga de probar ese importante extremo sobre el órgano autor del impugnado. Lo que acaba de decirse determina que deba acogerse la petición de suspender que plantea el Ministerio Fiscal, por lo siguiente: porque no se ha justificado satisfactoriamente qué intereses generales —no corporativos o individuales de los Colegiales miembros del Colegio demandado— pueden quedar perjudicialmente comprometidos si se accede a la suspensión».

III

Los temas específicos que integran la Consulta son sometidos en ella a un examen exhaustivo, preciso y exacto. Las razones expresadas en apoyo de la tesis que se mantiene por la Fiscalía de Oviedo las juzgamos absolutamente válidas, por lo que la Fiscalía General del Estado no sólo las comparte y muestra su conformidad con ellas, sino que tal criterio se traslada aquí para que aquella proposición constituya en lo sucesivo los Fiscales ante acuerdos análogos al que ahora se ha planteado.

He aquí, resumidas, las cuestiones que se han planteado como conflictivas y su tratamiento jurídico.

A) *Naturaleza y contenido de los acuerdos de suspensión*

1. Con carácter previo es de señalar que la situación de hecho no puede ser calificada como huelga de letrados; la suspensión del turno de oficio no es posible imputarla, individual o colectivamente a los letrados, ya que en ningún momento han sido designados *nominatim* para cada asunto propio del turno de oficio. De haberse dado esta última circunstancia, el hecho podría tener relevancia jurídica merecedora de otro tipo de actuación. La suspensión de los turnos de oficio es un acto imputable a los Colegios de Abogados como personas jurídicas, cuya voluntad se ha formado por medio de las Juntas Generales extraordinarias.

2. El acuerdo de suspensión de un acto cuyo contenido se traduce en un no hacer, pues supone el incumplimiento de una obligación cuya ejecución imponía una actuación concreta: la formación de un turno de oficio y la designación de letrado para cada intervención que se atribuya a dicho turno. Es, además, un acto de trato sucesivo, que se actualiza cada vez que procede la designación de letrado; sus efectos se materializan acto tras acto provocando la paralización del procedimiento judicial o la falta de ejercicio de la acción.

3. En un acto de naturaleza administrativa. Así resulta, en primer lugar, si atendemos a su procedencia, ya que los Colegios de Abogados son una Corporación de Derecho público cuyos actos están sometidos a control jurisdiccional, tanto cuando sus efectos operan *ad intra* o en relación con los intereses colegiales y los derechos y deberes de los miembros del Colegio, como cuando se proyectan al exterior incidiendo sobre derechos o intereses de terceros; así lo declaran tanto el Tribunal Constitucional (Sentencias 76/1983, 23/1984 y 123/1987) como el Estatuto General de la Abogacía (artículo 3). Y, en segundo término, el acto de suspensión es de carácter administrativo, porque la atribución estatutaria de disponer de un turno de oficio y de designar letrados, constituye ejercicio delegado de funciones públicas en cuanto que tal delegación proviene de las leyes procesales (artículos 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 33 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y es presupuesto necesario para el cumplimiento del deber del Estado de garantizar la defensa del oficio en los términos que prevé el ordenamiento jurídico (artículo 24 de la Constitución).

4. Dado que los acuerdos de suspensión, como ya se ha indicado, son actos nulos de pleno derecho (artículo 91.1 del Estatuto General de la Abogacía), ello comporta la imprescriptibilidad de las acciones de impugnación, la amplitud de la legitimación para su ejercicio, así como la estimación *ex officio* de la nulidad, tanto por la propia Corporación como por los Tribunales ante los que se ejercite la acción de nulidad, conforme a criterio jurisprudencial uniforme, lo que supone que la nulidad podrá ser declarada en proceso incoado a instancia de parte que finalmente resultare no estar legitimada.

B) *La nulidad de los acuerdos necesita que sea instada formalmente*

Las vías procesales se actuarán por uno de estos caminos: proceso ordinario o proceso especial de protección de los derechos fundamentales establecido en la Ley 62/1978, ambos por supuesto ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. *La vía del proceso contencioso ordinario.* En principio no plantea problemas la legitimación del Ministerio Fiscal, como tampoco las cuestiones relativas a las limitaciones temporales del recurso. Lo primero, porque la legitimación del Ministerio Fiscal le está atribuida por todas aquellas normas (artículos 124.1 de la Constitución, 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 del Estatuto Orgánico) que le configuran como órgano defensor de la legalidad y del interés público, aspectos que en nuestro caso concurren indubitadamente. Por otra parte, no hay limitación temporal en cuanto al ejercicio de la acción, ya que la nulidad radical puede denunciarse, precisamente porque no es convalidable, en todo tiempo.

El problema puede, sin embargo, derivarse de la exigencia de la vía previa administrativa que se establece como requisito para el acceso a la jurisdicción

(artículo 96 y siguientes del Estatuto General de la Abogacía). Efectivamente, no agotar la vía administrativa previa constituye una causa de inadmisibilidad (artículo 62,1.c. de la Ley jurisdiccional de 1956) que aquí concurría al no ser aplicable la excepción prevista en el artículo 37.1 y 2. Es de notar, no obstante, que si no parece dudoso que el Ministerio Fiscal cuando actúa en representación legal de menores, incapacitados y ausentes, debe utilizar el sistema de recursos administrativos antes de acudir a la vía jurisdiccional, no es tan claro que cuando actúe en defensa de la legalidad y en función de tutela del interés público y los derechos fundamentales esté vinculado a dicho requisito, toda vez que la intervención del Ministerio Fiscal se desarrolla, generalmente, ante la jurisdicción. La diferencia entre una y otra modalidad de actuación se deriva de que, en el primer caso, el Ministerio Fiscal actúa *por otro* en cumplimiento de los deberes específicos que le impone el Estatuto Orgánico (artículo 3.7), mientras que en el segundo actúa *por si mismo* en cumplimiento de los deberes generales que le imponen la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el propio Estatuto Orgánico.

2. *la vía del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.* No deja de suscitar problemas a los que precisa dar la adecuada solución.

a) La legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del recurso. Pese a algunas actitudes doctrinales contrarias ha de proclamarse que el Ministerio Fiscal está legitimado para interponer por sí la acción, supuesto el no ejercicio de la misma por el titular del derecho fundamental. Como preceptos de los que se extrae esta legitimación se citan los artículos 53.1.2, 3 y 124 de la Constitución, 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de modo expreso el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico cuando establece que corresponde al Ministerio Fiscal «velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa». Pero, por otra parte, la Ley 63/1978 ni condiciona la legitimación, materia propia de las leyes sustantivas, ni impide que el Ministerio Fiscal actúe en posición procesal que reúne, excepcionalmente, la doble función de órgano defensor de la legalidad y de promotor de la acción de la justicia.

En realidad, ejercitada la acción contra un Colegio de Abogados que tomó el acuerdo y no contra un letrado de oficio para un asunto determinado que negándose a la defensa paraliza la actividad del procedimiento, el Ministerio Fiscal está actuando *per se* en defensa de la legalidad y no en nombre o representación del titular del derecho fundamental afectado. En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985 de 10 de julio. En recurso de amparo por él promovido, se aducían por el Ministerio Fiscal para solicitar la declaración de nulidad los intereses generales de los ciudadanos relativos a la educación respecto a los cuales no puede ser ajeno. Cuestiona su legitimación, se declara por el Tribunal Constitucional que la legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional. Promoviendo en este caso el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero no lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de la acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de los derechos fundamentales.

b) La legitimización pasiva la ostentan los Colegios de Abogados, Corporaciones de Derecho público de quienes proceden los actos que vulneran los derechos fundamentales.

c) El acto administrativo está entre los señalados en el artículo 6 de la Ley 62/1978, pero en relación con la determinación del acto recurrible, surgen las cuestiones, especialmente la que concierne al plazo para la interposición del recurso.

— El artículo 8.1 de la Ley 62/1978 dispone que el recurso contencioso-administrativo se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto impugnado si fuere expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos veinte días desde la solicitud del interesado a la Administración sin necesidad de denunciar la demora.

— La rigurosidad del término fijado para el ejercicio de la acción se corresponde con la naturaleza y finalidad que el proceso pretende. La interposición de la acción fuera del plazo establecido constituye causa de inadmisibilidad. Que la acción de nulidad radical sea imprescriptible y que, por tanto, no esté sometida a requisitos temporales no afecta al plazo del artículo 8.1 y ello aún cuando la nulidad esté basada, junto a otras causas, en la vulneración de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

— El plazo se computa a partir de la notificación del acto, si éste, como aquí sucede es expreso. En el caso concreto los acuerdos de suspensión del turno de oficio no han sido notificados formalmente. No obstante, su existencia y operatividad constituye un hecho notorio. Con todo, en cada proceso particular, los Colegios de Abogados comunican a la demanda judicial de designación de Abogados de Oficio, la negativa y su nombramiento invocando los acuerdos colegiales de suspensión y provocando con ello la paralización de los procesos. Aunque derivados de tales acuerdos, la negativa a la designación de letrado, constituiría ya un acto expreso del que puede partirse para la determinación del comienzo del plazo de impugnación.

Por otra parte, y presupuesta la legitimización del Ministerio Fiscal para la interposición de la demanda de protección jurisdiccional, el plazo habría de contarse, en principio, desde la comunicación de los acuerdos, dada la inactividad del justiciable cuyos derechos fundamentales a la defensa del oficio y a la tutela judicial efectiva han sido, efectivamente, lesionados y en razón a que la vulneración de los mismos no puede ser corregida por los propios órganos jurisdiccionales, pues la ley no arbitra soluciones en el proceso civil para la designación por el propio juez o tribunal de letrado de oficio, y en el proceso penal la designación directa que en el abreviado contempla la ley (artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) sólo puede ser realizada si existe formada y en actualización constante la lista de los turnos de oficio.

Ahora bien, el carácter permanente que tienen los acuerdos de suspensión, supone que el cómputo para la acción de impugnación no se habrá de determinar desde la fecha en que se adoptaron, por cuanto la situación de lesividad de los derechos del particular es continuada y se refuerza con la sistemática denegación de la asistencia letrada. Razones que abonan también la no aplicación del plazo preclusivo del artículo 8.1 de la Ley 62/1978.