

EL DELITO Y LA FALTA DE DESOBEDIENCIA Y LAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN PENAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por

ALEJANDRO HUERGO LORA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LAS RELACIONES ENTRE LOS ÓRDENES PENAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.- II. LA POSIBLE (Y DISCUTIDA) RELEVANCIA PENAL DE LA IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SUPUESTAMENTE DESOBEDECIDO.- III. LA ILEGALIDAD DEL ACTO DESOBEDECIDO NO PUEDE SER PENALMENTE IRRELEVANTE.- IV. LA EXTENSIÓN AL ÁMBITO PENAL DEL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA.- V. LA INCOHERENCIA DE ESTA TESIS EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- VI. CONSECUENCIAS PROCESALES.- NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN. LAS RELACIONES ENTRE LOS ÓRDENES PENAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Las relaciones entre los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo dan lugar a múltiples problemas, como se puede comprobar, por lo que a los últimos años se refiere, en la jurisprudencia constitucional y ordinaria en la doctrina. En estos problemas se mezclan aspectos sustantivos y procesales, referidos estos últimos a las relaciones entre los distintos órdenes jurisdiccionales y también a los efectos de los actos administrativos. La causa última se encuentra, por supuesto, en que tanto el Derecho penal como el administrativo pueden regular con sus técnicas propias cualesquiera materias, según la voluntad del legislador, de modo que es muy frecuente que un mismo hecho o acto jurídico sea objeto de normas de ambos sectores e incluso de resoluciones o procesos simultáneos, cuando no contradictorios.

Así, un primer campo tradicional de conflicto está constituido por aquellos hechos simultáneamente tipificados como delito o falta y como infracción administrativa. Desde la aprobación de la CE estas colisiones se vienen resolviendo, como es sabido,

aplicando los principios de *non bis in idem* y de preferencia del orden jurisdiccional penal (cuyo último reflejo polémico vino de la mano de la STC 177/99) ¹.

Junto a los problemas planteados por el principio *non bis in idem*, han surgido otros campos de conflicto que, pese a sus diferencias, responden a un patrón común. Se trata de que una relación jurídico-administrativa, sobre la cual están llamados a pronunciarse, en caso de litigio, los Tribunales contencioso-administrativos, es objeto también de un pronunciamiento judicial, normalmente penal, aunque no referido a la aplicación del CP. Veamos algunos ejemplos: *habeas corpus*, autorización judicial para la expulsión de extranjeros, autorización para la entrada en domicilios ². Los Tribunales penales no

¹ Vid., entre la bibliografía más reciente, T. CANO CAMPOS, "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador", *RAP*, 156 (2001), págs. 191-249; I. SANZ RUBIALES, "Potestad sancionadora administrativa, *non bis in idem*, y primacía del orden penal (comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)", *Revista del Poder Judicial*, 59 (2000), págs. 545-570; B. MARINA JALVO, "Non bis in idem y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre)", *REDA*, 108 (2000), págs. 607-617. En relación con el principio *non bis in idem*, la doctrina acogida por el TC en la sentencia 177/99, según la cual este principio opera en ambas direcciones y de forma totalmente preclusiva, de modo que cualquier sanción administrativa excluye la imposición de una pena por los mismos hechos, siempre que las normas sancionadoras administrativa y penal protejan el mismo bien jurídico, contrasta con la seguida por otra jurisprudencia ordinaria reciente, como la sentencia de 16 de febrero de 1999 de la AP de Huesca, que cita otra anterior del mismo órgano de 11 de enero de 1993, que admite que se condene penalmente a un sujeto al que ya se ha sancionado administrativamente por los mismos hechos, siempre que el importe de la sanción administrativa (multa) se descuenta de la sanción penal: "la previa sanción administrativa no impide la entrada en acción de la jurisdicción penal, siempre preferente, sin perjuicio de computar la sanción administrativa a la hora de cuantificar la pena".

² La expulsión de extranjeros precisa de autorización judicial cuando se trate de personas que, además de incurrir en causa de expulsión, estén sometidas a un proceso penal por determinados delitos (art. 57.7 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y antes art. 53.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y arts. 21.2 y 26.3 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España).

Por lo que respecta a la autorización de entrada en domicilios, es sabido que, hasta la aprobación de la LJ de 1998, el otorgamiento de las autorizaciones "para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración", correspondía a los Juzgados de Instrucción (art. 87.2 LOPJ). Sobre este tema, *vid.* A. NIETO, "Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria", *RAP*, 112 (1987), págs. 7 y

tienen jurisdicción para declarar la conformidad o disconformidad a derecho de un acto administrativo, ni para decidir cuestiones de Derecho administrativo, de forma que su ámbito de conocimiento se limita a la finalidad propia del procedimiento de que se trate, que a veces es una finalidad estrictamente penal y otras de garantía de derechos de los particulares. La articulación de estas dos intervenciones judiciales (que es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que los eventuales defectos en su aplicación son depurables en amparo), plantea dos problemas, identificados y resueltos hasta ahora por la jurisprudencia constitucional.

Por un lado, es necesario evitar que esa intervención judicial penal, limitada en su alcance, prive de eficacia a la resolución que en su día se dicte en el proceso contencioso-administrativo, que es la sede en la que podrá discutirse en plenitud la legalidad de la actuación administrativa³.

Por otro lado, el Juez penal no puede escapar a su función específica, que no se puede confundir o identificar con la del Tribunal contencioso-administrativo, remitiéndose a la actuación de este último⁴.

sigs.; J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, 1995, págs. 475 y sigs.

³ En este contexto destaca la STC 199/1998. El problema que se le planteaba al TC en el caso resuelto por esa sentencia era que un Tribunal contencioso-administrativo suspenda cautelarmente un acto impugnado por un particular (suspensión que, en ese supuesto concreto, implica la imposibilidad de acceder al domicilio del particular) y la Administración pretenda eludir esa suspensión cautelar solicitando la autorización prevista antes en el artículo 87.2 LOPJ y ahora en el 8.5 LJ. El TC anuló el auto judicial que concedió el permiso para la entrada en el domicilio del particular, porque dicha entrada dejaría sin efecto la suspensión cautelar del acto administrativo, otorgada por el Tribunal contencioso-administrativo competente para el enjuiciamiento de dicho acto. Citando la STC 160/91, el Tribunal dice que "una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discute sobre la legalidad y sobre la ejecución o suspensión de un acto administrativo, el supuesto ya no entra en el ámbito del art. 87.2 LOPJ [cita que hoy corresponde al art. 8.5 LJ], sino que es el órgano judicial del orden contencioso-administrativo el que sigue ostentando su potestad jurisdiccional sobre la cuestión y el obligado a otorgar su tutela efectiva, con lo que, en definitiva, es competente para acordar, en su caso, la ejecución sin necesidad de la autorización de entrada en domicilio contemplada en el art. 18.2 CE" (FJ 2).

⁴ El carácter *adicional* de la garantía penal (en este caso, la autorización judicial de ciertas expulsiones de extranjeros) queda claro en la STC 24/2000 (FJ 4): "Si se cumplen esas garantías, cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería [se refiere a la Ley de 1985] puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión

Además de estos dos ámbitos típicos de conflicto entre lo contencioso-administrativo y lo penal, existe otro cuya extensión es cada vez mayor: los supuestos en que la legalidad o, en otros casos, la ilegalidad de un acto administrativo forman parte de un tipo penal, de tal modo que se convierten en condición necesaria de una sentencia condenatoria. El CP de 1995 está repleto de tipos penales prácticamente en blanco que castigan el incumplimiento de las más variadas normas administrativas⁵. En todos estos supuestos pasa a tener relevancia penal, y a ser objeto, en su caso, de pronunciamientos de los Tribunales de esta jurisdicción, la conformidad al Derecho administrativo de una conducta privada (por ejemplo, construcciones, art. 319 CP), pero también de actos administrativos autorizatorios, en primer lugar a los efectos de la

puedan ser delictivos (art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de Extranjería), intervención judicial que supone para este extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, *además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativa de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal*. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 21.2, párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, *el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención* (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre)".

En este mismo sentido, el TC ha anulado, estimando recursos de amparo, varias resoluciones judiciales que desestimaban o inadmitían solicitudes de *habeas corpus* porque de alguna forma se apoyaban en que, pudiendo el ciudadano interponer un recurso contencioso-administrativo, sería en esa sede donde debieran ventilarse todas las cuestiones que no hubiesen podido aclararse en el proceso de *habeas corpus* (SSTC 12/94, 21/96, 66/96 y 174/99). De acuerdo con esta jurisprudencia, entre el *habeas corpus* y el proceso contencioso-administrativo en el que se resuelve sobre la legalidad de la resolución administrativa de detención existen dos diferencias: sus efectos (la resolución penal es provisional) y su ámbito, que en el caso del *habeas corpus* se reduce a verificar que se dan los requisitos legales de la detención, pero sin extenderse a todos los aspectos legales de la decisión administrativa que le sirve de base.

⁵ De entre las observaciones críticas a este fenómeno puede destacarse la de T.-R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2000 (15.ª ed.), págs. 264 y sigs.

posible responsabilidad penal de quien los ha dictado o informado favorablemente (art. 320 CP, entre otros), y en segundo lugar a los efectos de la responsabilidad del titular de la licencia, puesto que puede ocurrir que una actividad autorizada, pero ilegal, dé lugar a la responsabilidad penal de quien la lleva a cabo ⁶. Como vemos, la legalidad del acto administrativo excluye el delito y puede ocurrir que también lo excluya la presunción de legalidad de los actos firmes, aunque se trate de actos que el Tribunal penal pueda considerar ilegales.

Pero también se da la situación contraria, es decir, que el tipo penal exija justamente la *legalidad* del acto administrativo, y que sea su ilegalidad la que excluya la responsabilidad penal. Es el caso del delito y la falta de desobediencia, a los que se

⁶ Este problema se ha planteado en Derecho alemán a propósito de los delitos ambientales y el debate se ha trasladado al Derecho español, donde también se amplía a los delitos relativos a la ordenación del territorio. En aquellos casos en que el tipo penal castiga las conductas contrarias a la normativa ambiental (o urbanística) que lesionan un determinado bien jurídico, se acepta que son típicas tanto las conductas no autorizadas como las que se amparan en una autorización nula de pleno derecho. Se discute qué ocurre con las autorizaciones que son ilegales pero no nulas, y que han quedado firmes: mientras unos autores sostienen que su firmeza administrativa excluye también la tipicidad de la conducta, invocando el principio de "unidad del ordenamiento jurídico", otros son partidarios de un enjuiciamiento penal autónomo, de tal manera que una conducta administrativamente inatacable, en cuanto basada en una autorización firme, pueda ser penalmente típica (aunque no necesariamente punible, puesto que es posible que existan causas que excluyan la culpabilidad). En la doctrina española ha estudiado exhaustivamente esta cuestión J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 2002, págs. 274 y sigs. *Vid.* también M.ª C. GÓMEZ RIVERO, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia, 2000, págs. 23-59; N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, págs. 155 y sigs.

En la doctrina alemana, *vid.* D. FELIX, *Einheit der Rechtsordnung*, Tübingen, 1998, *passim* (el autor justifica que los Tribunales penales puedan llegar a sus propias conclusiones en la aplicación de las normas penales, sin estar vinculados, ni siquiera a favor del ciudadano, por actos administrativos firmes); G. HEINE, "Accesoriadad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, págs. 289-315. Siguiendo a GARCÍA LUENGO, puede distinguirse en función de que el tipo penal castigue las conductas contrarias a la Ley, en cuyo caso puede ser irrelevante, al menos desde la perspectiva del tipo, que la conducta esté amparada por una autorización ilegal, o castigue las conductas no autorizadas, en cuyo caso las autorizaciones ilegales (no nulas) sí pueden excluir la tipicidad.

refieren las siguientes consideraciones ⁷. Pese a que el delito de desobediencia es, desde este punto de vista, el negativo de otros como la prevaricación o los delitos ambientales, en el sentido de que la ilegalidad del acto excluye la tipicidad en lugar de ser un requisito de ella, pueden darse problemas comunes ⁸.

El problema a que acabo de referirme ha sido estudiado sobre todo desde la perspectiva de la prejudicialidad en los delitos de prevaricación y contra el medio ambiente ⁹. En estos trabajos no sólo se ha aplaudido la doctrina del TC, según la cual un Tribunal penal vulnera el derecho a la tutela judicial cuando decide una cuestión administrativa sin atenerse a las normas de la LECr que le obligan a plantear una cuestión prejudicial a la jurisdicción contencioso-administrativa ¹⁰ sino que se han apuntado diversas soluciones para evitar que el proceso penal prive de eficacia a otros procesos contencioso-administrativos, en los que se debe ventilar, con plenitud de

⁷ El artículo 556 CP dispone: “Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550 [que tipifica el atentado], resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”. El precepto tipifica conjuntamente los delitos de resistencia y desobediencia. Por lo que respecta a la falta, el artículo 634 dispone: “Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días”. Por otro lado, hay que tener en cuenta el delito de desobediencia de las autoridades y funcionarios, regulado en los artículos 410-411 CP.

⁸ Así, en el caso de los delitos contra la ordenación del territorio o contra el patrimonio histórico la atención se ha centrado sobre todo en actos administrativos que pueden excluir la tipicidad de la conducta (licencias urbanísticas), y en si continúan produciendo ese efecto en caso de que sean ilegales. Pero también hay otros actos o reglamentos que, por el contrario, pueden convertirse en elementos del tipo, por ejemplo el plan urbanístico que convierte en ilegal una determinada obra, o la declaración de un bien de interés cultural, que hace que una determinada actuación que sería lícita en otro caso pase a estar castigada por el art. 321 CP. En estos casos hay que plantearse qué consecuencias penales tiene la ilegalidad del plan o de la declaración de un bien de interés cultural, y cuál es el procedimiento en el que tiene que declararse.

⁹ Sobre este problema, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, *REDA*, 98 (1998), págs. 231-249; A. MARTÍ DEL MORAL, “De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, Sala Segunda)”, *RAP*, 145 (1998), págs. 199-233.

¹⁰ Así lo ha reconocido el TC a partir de su sentencia 30/96, en la que se afirma además que la vulneración de los preceptos legales reguladores de las cuestiones prejudiciales afecta también al derecho a la tutela judicial, por lo que puede ser corregida a través del recurso de amparo.

conocimiento y con participación de todos los interesados, la cuestión que en vía penal sólo se abordó de forma prejudicial y con una participación incompleta ¹¹.

II. LA POSIBLE (Y DISCUTIDA) RELEVANCIA PENAL DE LA IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SUPUESTAMENTE DESOBEDECIDO

El problema de la relevancia penal de la ilegalidad del acto desobedecido se hace más visible cuando, como suele suceder, se solapan en el tiempo el proceso contencioso-administrativo de impugnación del acto y el proceso penal por desobediencia. De hecho, alguna jurisprudencia no sólo considera en estos casos innecesario suspender la tramitación del proceso penal hasta que finalice el contencioso-administrativo (es decir, estima que la eventual cuestión prejudicial administrativa no es devolutiva), sino que va más allá y niega toda relevancia incluso a la suspensión cautelar del acto acordada en el proceso contencioso-administrativo. En consecuencia, el delito de desobediencia se independiza de la posible ilegalidad del acto desobedecido, y de la suerte que el mismo pueda correr en un posible proceso contencioso-administrativo puesto en marcha por el acusado de desobediencia al objeto de demostrar su ilegalidad y obtener su anulación. Para que se dé el delito de desobediencia, basta con la existencia del acto desobedecido, y todo lo más con una mínima apariencia de legitimidad de éste, valorada por el Tribunal penal ¹².

¹¹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La nulidad", *cit.*, pág. 233. Acerca de la necesidad de dar audiencia, cuando se deciden las cuestiones administrativas derivadas de la sentencia penal, a todos los interesados, aunque no hayan sido parte del proceso penal, *vid.* T.-R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, *cit.*, pág. 263.

¹² Encontramos representada esta postura en una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de diciembre de 1999, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Oviedo, de 24 de septiembre del mismo año. Los hechos son los siguientes. La Administración autonómica dicta una resolución por la que interviene en un conflicto electoral abierto en una federación deportiva, ordenando el cese de la comisión gestora que venía actuando hasta ese momento. El acto administrativo impone a sus destinatarios, básicamente, una obligación personalísima de no hacer, consistente en abstenerse de actuar como tal comisión gestora y de ejercer las funciones propias de ese órgano, y también, en dejar de utilizar la sede y demás medios a disposición de tal órgano. Además, puede entenderse que la citada resolución administrativa tiene un contenido constitutivo, en la medida en que priva de antemano de toda eficacia jurídica a los actos que puedan dictar los particulares que hasta ese momento venían componiendo la comisión gestora. Dado el contenido de esa resolución, la Administración hubiera podido recurrir, en caso de que no fuera obedecida espontáneamente por sus destinatarios, a la imposición de las sanciones tipificadas en la correspondiente normativa

sectorial, así como, en su caso, a la compulsión sobre las personas (art. 100.1 LAP), ante la imposibilidad de aplicar los demás medios de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Dicha resolución es impugnada por los miembros de la comisión gestora y el Tribunal contencioso-administrativo competente estima la solicitud de suspensión cautelar del acto recurrido. La Administración, que no había adoptado hasta ese momento ninguna medida dirigida a la ejecución del acto recurrido, dicta un segundo acto que reitera básicamente el ya suspendido, lo que da lugar a un nuevo recurso contencioso-administrativo y al otorgamiento, otra vez, de la suspensión cautelar. Nos encontramos aquí con el uso de una vieja técnica de la Administración para eludir el cumplimiento de las resoluciones judiciales. De nuevo se produce la misma situación: la Administración pretende eludir las anteriores suspensiones cautelares dictando una resolución con la que intenta básicamente paralizar la actuación de la comisión gestora, lo que provoca un nuevo recurso con petición de suspensión cautelar. La única novedad es que, antes de que se resuelva (en sentido afirmativo, nuevamente) sobre la petición de suspensión cautelar, un particular (enfrentado, en el conflicto federativo a que he hecho referencia, a la comisión gestora) presenta una denuncia penal y obtiene, antes, como he dicho, de que el Tribunal contencioso-administrativo suspenda el acto impugnado, una sentencia penal condenatoria por una falta de desobediencia (art. 634 CP).

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, a pesar de que el acto cuya desobediencia dio lugar a la condena penal había sido recurrido en vía contencioso-administrativa y, en el período que medió entre la sentencia del Juzgado y la de la Audiencia, suspendido cautelarmente. Reproduzco a continuación los dos fundamentos jurídicos más relevantes de esta sentencia:

“SEGUNDO.- El delito de desobediencia, previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal – que únicamente se diferencia de la falta del artículo 634 del mismo Código Penal en la importancia del mandato y de la renuencia a cumplirlo- (...) exige:

- a) la existencia de una orden emanada de la Autoridad o de sus Agentes, en el ejercicio de las funciones de su cargo, que contenga, por imponerlo así de consuno el Derecho, la moral y los buenos principios, un mandato legítimo que deriva de sus facultades regladas o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones o excesos;
- b) que la orden sea expresa, terminante y clara por imponer una conducta indeclinable o de estricto cumplimiento que se ha de acatar sin disculpas;
- c) que se haga conocer mediante un requerimiento formal, personal y directo;
- d) que el requerido no acate la orden, colocándose ante ella en actitud de rebeldía o manifiesta oposición que, por su ánimo de desobedecer, lesione sensible e indudablemente el principio de autoridad, al que desprestigia, veja y zahiere.

TERCERO.- En el caso de autos, el hoy apelante, al recurrir en vía contencioso-administrativa la orden que estaba incumpliendo, demostró su conocimiento y obligatoriedad, lo que es penalmente

En definitiva, según esta doctrina es irrelevante, a efectos de la concurrencia o no de los elementos del delito o la falta de desobediencia, que el acto desobedecido tenga, o no, apariencia de validez, puesto que el otorgamiento de la suspensión cautelar (que indica que la pretensión anulatoria dirigida contra ese acto está aparentemente bien fundada, esto es, manifiesta un *fumus boni iuris*) no se tiene en cuenta en absoluto a la hora de enjuiciar la conducta del destinatario de ese acto al no cumplirlo con anterioridad. Por otro lado, la sentencia indica claramente que la única forma de no incurrir en el delito o la falta de desobediencia es el cumplimiento de la parte dispositiva del acto administrativo *antes incluso de que el Tribunal contencioso-administrativo se pronuncie sobre la solicitud de suspensión*. Esa interpretación del CP merece, en mi opinión, un juicio negativo. A continuación intentaré mostrar que la posible ilegalidad del acto desobedecido nunca puede ser indiferente a los efectos de saber si se ha cometido ese delito. Y, siendo esto así, el Juez penal no puede prescindir del resultado del proceso contencioso-administrativo en el que se haya impugnado ese acto. Todo ello con independencia de que, aun aceptando que se pudiera castigar por el delito de desobediencia el mero incumplimiento de actos administrativos anulables (en el caso de los nullos la mera hipótesis es rechazable), la interposición de un recurso debería probablemente excluir, en todo o en parte, la culpabilidad, pues acudir al sistema de recursos legalmente establecido significa que no hay intención de escarnecimiento o desprecio de la autoridad, cuya dignidad es, para la mayoría de los autores, el bien jurídico protegido¹³.

III. LA ILEGALIDAD DEL ACTO DESOBEDECIDO NO PUEDE SER PENALMENTE IRRELEVANTE

El primer presupuesto de la tesis que aquí se defiende, y que en resumen tiende a negar que los Tribunales penales puedan prescindir, al decidir sobre una acusación por

reprochable, cualquiera que sea el resultado último del contencioso entablado. Por eso es indiferente también que, con posterioridad a la Sentencia penal apelada, se suspenda cautelarmente o no la ejecutividad de la resolución (...) [se refiere a la resolución administrativa suspendida por el Tribunal contencioso-administrativo y cuya desobediencia da lugar a la condena penal de su destinatario]. La infracción criminal (continuada) ya está consumada. En consecuencia, no siendo atendibles los argumentos de quien apela, procede confirmar el fallo impugnado, con desestimación del recurso interpuesto contra el mismo y con imposición de las costas de esta alzada al recurrente”.

¹³ Sobre este punto *vid.* T. S. VIVES ANTÓN y J. C. CARBONELL MATEO, en la obra colectiva, encabezada por T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1999 (3.ª ed.), pág. 847.

desobediencia, de la suerte que corra un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto supuestamente desobedecido, es afirmar que, si el acto desobedecido es ilegal, falta uno de los elementos del delito. Conclusión a la que llevan argumentos muy distintos.

Así, y en primer lugar, la propia interpretación gramatical: el CP exige que el acto haya sido dictado por una autoridad administrativa “en ejercicio de sus funciones” (art. 556). Por lo tanto, se exige al menos una apariencia de legalidad ¹⁴, que algunos

¹⁴ Vid. J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1992 (2.ª ed.), pág. 632; J. CEREZO MIR, “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, págs. 207-253, pág. 250: “el mandato ha de ser obligatorio, es decir, no ha de ser evidentemente antijurídico, imposible o constituir delito o falta”.

CEREZO MIR, tras criticar la entonces jurisprudencia mayoritaria del TS, que sólo exigía, para que hubiera delito, que la orden desobedecida hubiera sido dictada por órgano competente, cita en apoyo de su tesis la sentencia de 5 de junio de 1962, cuyo texto es bastante ilustrativo: “CONSIDERANDO: Que todos y cada uno de los cuatro motivos del recurso tienden por distinto camino a impugnar la sentencia sobre la base de presuntas irregularidades *en el proceso civil de cognición y ejecución que procedió al criminal de desobediencia*, lo cual implicaría ausencia de antijuridicidad en la conducta del procesado, al creer obrar conforme a derecho, pero esta tesis versando sobre cuestiones que afectan al fondo y aún a la forma de la decisión civil, no pueden ser resueltas en la vía criminal, lo que equivaldría a revisar aquella en este procedimiento de tan distinta índole, sobre todo en casación, pues si bien es cierto que la figura de desobediencia del art. 237 del Código Penal [actual art. 556] no obliga a acatar resoluciones injustas, (...) esa desobediencia o resistencia a la injusticia sólo destipifica la conducta cuando es patente y notoria, en extralimitación de plena evidencia, no en supuestos que, como el que ahora se enjuicia, la falta del ajuste a la legalidad civil, en el orden material y formal, es a lo más discutible, y en que el deber del ciudadano es respetar los mandatos de la autoridad judicial le exigiere, como fue el de abstenerse de perturbar la posesión concedida a otra persona, prosiguiendo contumazmente las propias actividades posesorias, pues la nueva creencia subjetiva de hallarse asistido de mejor derecho, que normalmente suele existir en cada parte, no puede ni debe amparar las conductas de franca rebeldía a lo acordado, lo que valdría tanto como dejar desamparado de toda protección legal penal el proceso civil en fase tan decisiva como es la ejecutiva, con el consiguiente desprestigio de los acuerdos judiciales”. Como se ve, esta sentencia se refiere al incumplimiento de resoluciones judiciales dirigidas a la ejecución de una sentencia firme, es decir, resoluciones precedidas de un debate procesal completo y al que se ha puesto fin por medio de una resolución dotada de autoridad de cosa juzgada. Muy poco que ver, por tanto, con el supuesto de la desobediencia (más bien no cumplimiento espontáneo) a un acto administrativo impugnado. En este sentido, J. MESTRE LÓPEZ, *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes (Estudio del artículo 237 del Código Penal)*, Barcelona, 1986, pág. 33, dice que del examen de la

identifican con la ausencia de vicios de nulidad radical ¹⁵. Es más: la mayoría de los autores dicen que el delito de desobediencia sólo puede cuando se desobedecen mandatos legales, de modo que cualquier ilegalidad lo excluye ¹⁶. Aun en el caso de que esta última postura no mereciera ser acogida (y veremos que militan en su favor importantes argumentos), parece claro que ciertas formas, al menos, de ilegalidad del acto desobedecido excluyen la comisión del delito, de modo que dicha ilegalidad no es ni mucho menos indiferente desde el punto de vista penal.

Por otro lado, otros Estados que reconocen el privilegio de autotutela y que incluso dan la mayor importancia al principio de firmeza de los actos administrativos, como

jurisprudencia "resulta claro que para que la desobediencia a los mandatos de la Autoridad o de sus agentes no sea antijurídica, deben de haberse dictado con graves y no livianas extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones, o bien haberse producido con injustificación absoluta y notoria. Este criterio jurisprudencial ha merecido la crítica de la doctrina, que considera que la mitigación del requisito de la adecuación a derecho del ejercicio de las funciones del cargo, obedece al propósito de ampliar el ámbito de protección penal del principio de subordinación a la Autoridad tutelado en el tipo y tal mitigación, al no resultar del texto del Artículo, debe de considerarse infundada".

¹⁵ Vid. C. JUANETÉY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, 1997, págs. 114 y sigs.

¹⁶ Vid. J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo III [arts. 120-340 bis c)], Barcelona, 1978, pág. 501; E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, revisado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo II, vol. I, Barcelona, 1980 (14.ª ed.), pág. 152, nota 5; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 1997 (2.ª ed.), pág. 901 (que sigue a CÓRDOBA RODA y dice que para que se cometa el delito el reo "ha de tener la obligación de cumplir lo ordenado"). Otros autores, aunque no digan concretamente que la ilegalidad del acto "desobedecido" excluye la tipicidad, llegan a conclusiones parecidas por otras vías. Así, T. S. VIVES ANTÓN y J. C. CARBONELL MATEO, en la obra colectiva, encabezada por T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1999 (3.ª ed.), pág. 850, al hablar del derecho de resistencia frente a los actos ilegales y sus posibles límites (que es donde se ubica el problema de si el particular puede ser castigado por desobedecer un acto ilegal), mencionan sólo el uso de la fuerza, que ciertamente no puede admitirse como regla general frente a todos los mandatos ilegales, aunque sí, también en principio, contra los que sean nulos de pleno derecho. Por lo tanto, la mera falta de cumplimiento espontáneo de un acto que se notifica al particular (una orden de desalojo, una liquidación tributaria) no puede ser castigada como desobediencia, aunque sí pueda serlo, por ejemplo, la desobediencia pasiva ante los agentes de policía que vienen a ejecutar la orden, en el supuesto de que ésta sea válida o esté afectada de vicios leves. Del mismo modo, F. MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1999 (12.ª ed.), pág. 845, dice que, como el delito de desobediencia, a diferencia del de resistencia, no implica el uso de la fuerza, se puede reconocer un ámbito más amplio al derecho de resistencia.

Alemania, establecen con toda claridad que el delito de desobediencia no puede cometerse si el acto supuestamente desobedecido es ilegal ¹⁷.

Pero es que, además, el principio de coherencia del ordenamiento jurídico, que tiene su base en el de Estado de Derecho, y que ha sido aplicado por el TC para vincular a las Administraciones, en el ejercicio de la potestad sancionadora, a aceptar los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes (art. 137.2 LAP), impide al Estado castigar a un ciudadano por no cumplir un acto que el mismo Estado declara ilegal y anula, cuando es recurrido en vía contencioso-administrativa ¹⁸. Es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC a propósito de las cuestiones prejudiciales, el legislador puede legítimamente regular el tratamiento de estas cuestiones como no devolutivas y permitir así que se produzcan sentencias contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales. Se trata de optar entre distintos principios jurídicos, y es el legislador quien debe tomar esa decisión. Pero aquí nos estamos planteando un problema diferente: no se trata de averiguar quién debe juzgar la legalidad de un acto administrativo, si debe ser el Juez contencioso-administrativo, el penal o ambos, sino de saber si es admisible que se castigue penalmente a un ciudadano por desobedecer un

¹⁷ El Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*) tipifica en su § 113 un delito que, aunque equiparable al de resistencia, es el más similar al de desobediencia. Este delito se denomina de “resistencia contra agentes de ejecución” (*Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*). Su ámbito es mucho más reducido que el de desobediencia, puesto que sólo comete este delito la persona que, *empleando violencia* o amenazando con ella, ofrece resistencia a un agente de la autoridad, civil o militar, que está procediendo a la ejecución de una norma legal o reglamentaria o de una resolución judicial o administrativa. El simple incumplimiento por omisión de una norma o acto nunca puede ser castigado penalmente por esta vía. Además, y aquí hay una diferencia fundamental, no hay delito si la actuación frente a la que se opone resistencia es ilegal, incluso si el resistente creía que era legal. Es cierto que la jurisprudencia penal aplica ese concepto de ilegalidad de acuerdo con un principio de “formalización” (G. ARZT/U. WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Bielefeld, 2000, § 45.34; en contra R. MAURACH/F.-C. SCHROEDER/M. MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, vol. II, Heidelberg, 1999, 8.ª ed., pág. 223, que sostienen que también vicios de legalidad relativamente leves pueden justificar la resistencia del ciudadano), es decir, que basta con que el acto frente al que se ofrece resistencia sea exteriormente válido, aunque pueda estar afectado por algún vicio. De todas formas, hay que tener en cuenta que estamos hablando de resistencia violenta (no de un mero incumplimiento), y además frente a actos de ejecución, que normalmente presuponen el agotamiento de las vías de recurso, no frente a actos recurribles.

¹⁸ Vid., por todas, la STC 25/1984, y las consideraciones de A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 2002 (3.ª ed.), págs. 434-435; T. CANO CAMPOS, “*Non bis in idem*”, *cit.*, pág. 198.

acto administrativo sin plantearse siquiera si ese acto es conforme a Derecho o no. Parece claro que no es posible responder afirmativamente a esta pregunta.

Esto nos lleva necesariamente a plantearnos cuál es el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia y cuál es por tanto la función institucional de este tipo penal. ¿Basta la mera desobediencia pasiva a un acto administrativo, es decir, la falta de cumplimiento espontáneo, o es necesaria una conducta activa consistente en el uso de la fuerza para impedir la actuación de los agentes de la autoridad? En este segundo caso, es decir, cuando lo que se castiga es el uso de la fuerza para perturbar la actuación de los agentes de la Administración, puede ser más razonable limitar el "derecho de resistencia" a los casos de nulidad radical del acto que se intenta ejecutar, y considerar incluidos en el tipo los supuestos de resistencia o desobediencia a actuaciones dotadas de una apariencia de legalidad, aun cuando después se revelen ilegales. Aunque los tipos penales de los arts. 556 y 634 CP no exigen expresamente el uso de la fuerza, sí está claro, como destaca la jurisprudencia, que, a diferencia de otros delitos como los ambientales, los urbanísticos o los tributarios (de los que no podrían distinguirse, en otro caso), no castigan el mero incumplimiento de normas o de actos, sino que se refieren a vulneraciones claras de expresas y personales requerimientos¹⁹.

¹⁹ Como afirma, por ejemplo, la sentencia de 20 de marzo de 1990, importante por su contenido doctrinal en la construcción de este delito. Enfrentada a un caso en que el reo había desobedecido a un auto judicial que le prohibía realizar determinados actos sin previa autorización, el TS afirma: "Este artículo del Código Penal [refiriéndose al 237 del CP de 1973, que corresponde al actual 556] contiene un tipo penal que, indudablemente, se refiere a comportamientos contrarios al ejercicio personal de la autoridad por agente del Estado, pero no alcanza al incumplimiento de normas dictadas por la autoridad. Los actos de desobediencia a normas tienen, en su caso, sanciones expresas en las leyes y, en modo alguno, se relacionan con el ejercicio personal y directo de la autoridad que presupone el delito de desobediencia. De lo contrario, todo incumplimiento de una norma implicaría a la vez un delito de desobediencia a la autoridad que la dictó, algo que, evidentemente, no constituye la finalidad del precepto del artículo 237 CP [actual 556]. El legislador ha querido proteger con este delito el ejercicio de la autoridad, pero no la eficacia del orden jurídico en tanto conjunto de normas. (...) El auto del Juzgado de Primera Instancia cuyas disposiciones fueron infringidas por el recurrente es, en este sentido, una norma de carácter individual y no constituye, como es claro, un acto de ejercicio personal y directo de la autoridad del Juez. Por lo tanto, su infracción cae totalmente fuera del ámbito del tipo del art. 237 CP [actual 556]".

La relación entre los tipos penales que castigan el incumplimiento de normas administrativas materiales (prevaricación, delitos contra la ordenación del territorio, etc.) y los que tutelan la autoridad de ciertos órganos administrativos en sí (desobediencia) ha sido abordada frecuentemente en la jurisprudencia. Así, la sentencia del TS de 25 de febrero de 1994 absolvió a un Alcalde por desobediencia, aunque le condenó por prevaricación, ante un supuesto de

Sin embargo, el delito de desobediencia se aplica también a supuestos de mera resistencia pasiva. Y no sólo ante el incumplimiento de resoluciones judiciales firmes, donde, por definición, ya no cabe discutir si la resolución es o no conforme a derecho, o de resoluciones judiciales que son objeto de ejecución provisional, sino también ante la mera falta de cumplimiento espontáneo de simples actos administrativos, impugnables e impugnados (incluso suspendidos cautelarmente, como hemos visto más atrás). En estos últimos casos es legítimo preguntarse si no se está convirtiendo el delito o la falta de desobediencia en lo que de ninguna manera pueden ser, es decir, un medio de ejecución de los actos administrativos adicional a los que se regulan en la LPC ²⁰. Si la doctrina afirma que las sanciones administrativas no pueden ser consideradas medios de ejecución de los actos administrativos, sino algo cualitativamente distinto, menos aún cabrá utilizar las penas con esa finalidad ²¹. Castigar la desobediencia a cualquier acto administrativo con independencia de su legalidad supondría enriquecer de manera injustificada los poderes de autotutela de la Administración: si éstos le permiten imponer por la fuerza sus actos, superando la eventual resistencia de los ciudadanos, el delito de

obstruccionismo a una moción de censura. Por su parte, la sentencia de 16 de septiembre de 1998 de la AP de Málaga, Sección 2.^a, condena al reo por desobediencia a una orden de suspensión de obras urbanísticas, en un supuesto en que no concurrían los elementos de un delito contra la ordenación del territorio.

En la doctrina no existe duda alguna en el sentido de que el delito de desobediencia no tiene la función de castigar el mero incumplimiento de las normas o de los actos administrativos, sino el desprecio o abierta vulneración, que pueden ser también pasivos y en todo caso no implican necesariamente el uso de la fuerza, de las órdenes emitidas personalmente por los órganos administrativos o agentes de la autoridad. Así, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial, cit.*, pág. 845, dice que sólo puede cometerse el delito de desobediencia cuando hay una exigencia concreta de acatamiento de la norma, no cuando el particular simplemente deja de cumplir sus preceptos. En el mismo sentido, Í. SEGRELLES DE ARENAZA, en M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)*, pág. 1011. Por lo tanto, no puede cometer el delito de desobediencia, por ejemplo, quien abre un local para el ejercicio de una actividad clasificada sin la preceptiva licencia de apertura, ni quien deja de pagar una sanción (aun en el caso de que no la recurra).

²⁰ La doctrina alemana insiste en que el delito de desobediencia nunca puede ser un delito “de mera desobediencia”: *vid.* M. SCHRÖDER, “Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht”, *VVDStRL*, 50 (1991), pág. 224.

²¹ *Vid.* J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad, cit.*, págs. 346-349, donde el autor utiliza este argumento (las sanciones no son medios de ejecución) para justificar que las multas coercitivas no son sanciones.

desobediencia obligaría a éstos al cumplimiento espontáneo, y permitiría a la Administración prescindir incluso del recurso a sus medios de ejecución. Piénsese, además, que esta interpretación del delito de desobediencia privaría de efectos al art. 99.1 LPC, que exige habilitación legal expresa y específica para el empleo de multas coercitivas. Ya no sería precisa esa habilitación porque la Administración podría conseguir el mismo efecto (multar a quien no cumple para forzarle a hacerlo) denunciando el incumplidor por desobediencia.

El único argumento de peso que puede alegarse para justificar que se castigue la desobediencia a un acto ilegal es que determinados actos o, en general, órdenes administrativas, como las que se imparten en situaciones de emergencia o de perturbación del orden público, tienen que ser cumplidas de inmediato, pues serían totalmente ineficaces, con grave daño para los intereses públicos, si hubiera que esperar a que un Juez decidiera si son conformes a Derecho. Esta constatación, si bien justifica que la Administración pueda utilizar la coacción directa, no sirve, sin embargo, para justificar el castigo penal de la desobediencia a actos ilegales. Lo que exige el interés público es el cumplimiento inmediato de esas órdenes administrativas, y eso se consigue con el empleo de la coacción directa. Una vez pasada la inmediatez ya es posible discutir todo lo que se quiera la legalidad de las órdenes, por ejemplo a efectos indemnizatorios, y por lo tanto no tiene ningún sentido castigar en ese momento a quien desobedeció, sin entrar a dilucidar si la orden desobedecida era, o no, legal.

IV. LA EXTENSIÓN AL ÁMBITO PENAL DEL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA

En contra de la tesis que aquí se defiende, y en defensa de la doctrina según la cual comete el delito de desobediencia quien incumple una orden administrativa, aunque sea ilegal, se podría objetar que uno de los corolarios del privilegio de autotutela (recogido en los arts. 56 y 57.1 LAP) es el deber de obediencia a los actos administrativos, y que dicho deber se garantiza, entre otras formas, mediante la tipificación del delito de desobediencia, a través del cual se obliga al ciudadano a obedecer las órdenes de la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir el acto si lo considera ilegal. Sin embargo, esa construcción del deber de obediencia es muy discutible.

Así, la doctrina destaca que el privilegio de autotutela tiene como contenido propio la atribución a la Administración de las potestades de decisión ejecutoria y de ejecución de oficio. Es decir, la autotutela permite a la Administración actuar, incluso contra la voluntad del obligado. Sin embargo, tanto la presunción de validez como el deber de

obediencia son meras descripciones de ese privilegio y esas potestades de la Administración, de las que no deben extraerse más consecuencias jurídicas ²².

El deber de obediencia es así una simple cobertura argumental de la potestad administrativa de autotutela, que obliga al particular a impugnar los actos para evitar que adquieran firmeza y que permite a la Administración ejecutarlos unilateralmente contra la voluntad de su destinatario. Por tanto, las consecuencias prácticas del deber de obediencia alcanzan incluso a algunos de los actos radicalmente nulos, aquellos cuyo contenido no sea imposible, puesto que si el particular no los impugna, puede verse afectado por ellos, incluso por la vía de la ejecución forzosa. Por razones de eficacia, ningún Estado u ordenamiento jurídico pueden renunciar a exigir a los particulares la obediencia inmediata, por puras razones de eficacia y urgencia, a determinadas órdenes administrativas ²³. Pero para la consecución de estos objetivos basta reconocer a los actos eficacia *en el orden administrativo*, de modo que el principio de autotutela no nos dice nada en orden al alcance que se deba reconocer al tipo penal de la desobediencia.

V. LA INCOHERENCIA DE ESTA TESIS EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como hemos visto, entender que el delito y la falta de desobediencia permiten castigar cualquier conducta de falta de cumplimiento espontáneo de un acto administrativo, sin entrar a discutir su validez, convierte a este tipo penal en un medio de ejecución de los actos administrativos. Esto no sólo es ilegítimo, porque supone atribuir a la Administración potestades que no tiene, sino que ese hipotético medio de ejecución no cumpliría los principios que rigen la ejecución de los actos.

Como es sabido, hay ordenamientos que atribuyen a la Administración, directamente, las potestades necesarias para garantizar dicha eficacia (autotutela ejecutiva, potestad sancionadora), mientras que otros obligan a la Administración a acudir a los Tribunales penales y pedir que éstos condenen al particular recalcitrante, como ocurre en los países anglosajones, a través precisamente de delitos similares al de desobediencia. Pues bien: ni en uno ni en otro sistema se castiga la desobediencia a actos ilegales.

En los países que reconocen la autotutela ejecutiva, los particulares pueden impugnar tanto los actos que son objeto de ejecución, como las propias medidas ejecutivas (en este caso, con el límite que supone la excepción de acto consentido, como es sabido), y

²² Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991 (reimpr.), págs. 212-215.

²³ Así ocurre también en los sistemas anglosajones, aunque se considera una *striking exception*: vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 492.

unos y otras serán declarados contrarios a Derecho, y anulados, si el acto ejecutado es ilegal. Por lo que respecta al tiempo que media hasta la resolución del recurso, el particular puede pedir la suspensión cautelar del acto y, aunque la Ley no prohíbe a la Administración utilizar sus potestades de ejecución hasta que se decida sobre la suspensión cautelar, el TC ha entendido en algún caso que ha de esperar hasta que se produzca esa resolución judicial (STC 78/1996). Por lo tanto, el ciudadano no está obligado a obedecer, sin más, a un acto que considere ilegal. Todo lo más estará obligado a soportar las actuaciones ejecutivas de la Administración, aunque siempre puede intentar su paralización cautelar y por supuesto la definitiva que será consecuencia de la anulación del acto.

En los países que no reconocen a la Administración la autotutela ejecutiva, de modo que la obligan a acudir a los Tribunales penales, el particular puede discutir, en el proceso penal, la legalidad del acto que se le acusa de desobedecer, con la consecuencia de que, si el acto desobedecido es ilegal, el particular será absuelto. De hecho, los manuales de Derecho inglés y norteamericano estudian, por ejemplo, si la Administración puede entrar en domicilios particulares para realizar inspecciones, y con qué requisitos, al hilo de la jurisprudencia recaída en procesos penales contra ciudadanos que se habían opuesto a dichas entradas ²⁴.

Por lo tanto, utilizar el delito de desobediencia en el sentido que propugna la jurisprudencia que aquí estamos examinando, equivale a convertirlo en una "pieza suelta del sistema", ajena a los principios que regulan la ejecución de los actos administrativos en nuestro Derecho, y que puede dejar sin efecto las garantías de que está rodeada esta última.

Castigar penalmente la desobediencia a cualesquiera actos administrativos, aunque puedan ser ilegales (o exigiéndoles únicamente una mínima apariencia de legalidad, libremente apreciada por el Juez penal), vulnera la doctrina sentada por el TC en el sentido de que la Administración debe abstenerse de llevar a cabo actuaciones

²⁴ Vid. A. C. AMAN JR./W. T. MAYTON, *Administrative Law*, West Publishing, St. Paul Minnesota, 1993, § 20.7, págs. 749 y sigs., GELLHORN AND BYSE'S, *Administrative Law. Cases and Comments*, The Foundation Press, Inc., Westbury NY, 1995, págs. 904-907; E. GELLHORN/R. N. LEVIN, *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1997, págs. 138-143; B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, 1991, 3.ª ed., págs. 90-91. En Estados Unidos, se admite que la Administración pueda entrar en domicilios sin autorización judicial para llevar a cabo inspecciones (Alfred C. AMAN Jr./William T. MAYTON, *Administrative Law*, § 20.7, págs. 749 y sigs.). Además, y esto es significativo, esta doctrina se establece en casos en que, tras haberse negado el acceso al domicilio, el titular de éste es acusado de desobediencia y el resultado de la acusación depende de la legalidad de la entrada intentada.

ejecutivas hasta que el Tribunal contencioso-administrativo se pronuncie sobre la petición de suspensión cautelar formulada por el particular (STC 78/1996). Sería absurdo someter a la Administración a ese límite y a la vez permitir que cualquier sujeto, animado por cualesquiera intereses (es decir, sin el filtro que, para la Administración, supone la necesidad de atender únicamente a la tutela de intereses públicos), acuda a la justicia penal por la vía de una denuncia o de una querrela, y sancionen al particular por mantenerse en esa situación de espera que el TC ha considerado lícita. Máxime cuando ni el CP ni la jurisprudencia exigen una especie de *periculum in mora*, es decir, una limitación del castigo penal a los casos en los que esperar a la resolución del incidente de medidas cautelares podría poner en riesgo bienes jurídicos relevantes.

También podría objetarse lo que se lleva dicho, y defender que se sancione penalmente a quien desobedece un acto ilegal, invocando el art. 410 del CP (y preceptos concordantes del régimen disciplinario), que regulan el delito de desobediencia cometido por funcionarios y autoridades, y que sólo justifican esta desobediencia cuando el acto carece de apariencia de legalidad. Dicho de otra manera, los funcionarios están obligados a obedecer todos los actos que tengan apariencia de legalidad (es decir, que no sean nulos de pleno derecho), aunque los consideren ilegales y aunque ese juicio de ilegalidad acabe siendo confirmado por los Tribunales contencioso-administrativos²⁵. Sin embargo, y al margen del hecho, nada irrelevante, de que el precepto del CP que regula la desobediencia de los ciudadanos no dice eso, los bienes jurídicos en juego también son diferentes. La situación de dependencia jerárquica en que se encuentran los funcionarios no puede predicarse en absoluto de los ciudadanos en un Estado como el nuestro, como es obvio. La jerarquía administrativa es un bien jurídico en sí mismo que debe ser protegido penalmente, pero eso no alcanza al delito de desobediencia de los particulares²⁶.

VI. CONSECUENCIAS PROCESALES

Si aceptamos la conclusión anterior, es necesario aclarar a quién corresponde determinar si el acto desobedecido es, o no, conforme a Derecho. Hay dos opciones:

²⁵ De aquí se extrae una conclusión de gran importancia, y es la ineficacia de los actos nulos de pleno derecho, que ha sido subrayada con gran acierto por R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, 2002, págs. 108-109, y J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 2002, págs. 264 y sigs.

²⁶ Sobre el alcance del deber de obediencia de los funcionarios en relación con el delito de desobediencia, *vid.*, aun referido al anterior CP, F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, págs. 276 y sigs.

atribuir esa competencia al Juez penal, o bien al contencioso-administrativo, considerando que la cuestión prejudicial es devolutiva. En línea de principio, me parece evidente que, como hemos visto que la legalidad del acto desobedecido es determinante de la culpabilidad o inocencia del reo, debe ser considerada devolutiva y no puede ser resuelta por el Juez penal, en aplicación del art. 4 LECr. Como es sabido, buena parte de la jurisprudencia penal, que ha sido siempre reacia a reconocer que una cuestión prejudicial tiene carácter devolutivo, entendió que el art. 10.1 LOPJ ("A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente") había derogado el 4 LECr. El TC corrigió esta jurisprudencia en una serie de sentencias, que comienzan con la 30/1996 (y siguen, al menos, con la 50/1996, 91/1996, 102/1996 y 255/2000), y que en definitiva dicen que cuando un Tribunal deja de aplicar el art. 4 LECr, y trata como no devolutiva una cuestión que tendría que haber sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa, está vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El TC no razona acerca de la posible derogación del art. 4 LECr por la LOPJ, sino que da por hecho que tal derogación no tuvo lugar.

Sorprendentemente (o no tanto), el TS no ha modificado su jurisprudencia, o al menos no en todos los casos, sino que, al menos en una muy fundamentada sentencia, de 24 de julio de 2001, vuelve a sostener que el art. 4 LECr está derogado y que por lo tanto ya no existen cuestiones devolutivas no penales en el proceso penal ²⁷. Junto al

²⁷ El TS confirma la sentencia recurrida en casación en lo relativo a la condena por un delito de estafa. El condenado (que había vendido a los querellantes maquinaria que estaba embargada) alegó en casación que el Tribunal penal debía haber suspendido el proceso hasta esperar el resultado de las tercerías, civil y administrativa, que habían formulado tanto los querellantes como él mismo, y de las que podía deducirse la ilegalidad del embargo. Posiblemente el TS podría haber rechazado que se tratase de una cuestión devolutiva sin necesidad de sostener la derogación del art. 4 LECr, porque parece que la culpabilidad del acusado (que había ocultado el embargo) se mantiene aun en el supuesto de que el embargo sea ilegal y acabe siendo levantado. Pese a ello, el TS afronta directamente la cuestión (tal vez aprovechando la oportunidad para marcar distancias respecto a la doctrina del TC) en los siguientes términos: "la regla general del art. 10.1 LOPJ –que *deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas*, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. (...) la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la decimonónica LECrim".

argumento formal de la derogación, el Tribunal apunta que mantener el instituto de la prejudicialidad devolutiva haría casi imposible aplicar los tipos penales, cada vez más abundantes, que castigan el incumplimiento de las normas administrativas, puesto que en muchos de ellos la culpabilidad o inocencia del reo depende, aunque no exclusivamente, de la legalidad de un acto administrativo ²⁸. El Tribunal sostiene que su decisión no se aparta de la jurisprudencia constitucional, aunque el argumento no convence porque se basa en una cita en la que el TC dice que la prejudicialidad no devolutiva es conforme con la Constitución, aunque pueda dar lugar a resoluciones contradictorias, pero eso se aplica a los supuestos en que el legislador haya establecido el carácter no devolutivo de las cuestiones, y no puede aplicarse para “tener por no puesto” un precepto legal que dispone justamente lo contrario, es decir, el carácter devolutivo de un tipo de cuestiones prejudiciales.

No es nada nuevo en la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS el rechazo a reconocer que una cuestión prejudicial administrativa tiene carácter devolutivo, acudiendo para ello a diversos argumentos: o bien que la cuestión está íntimamente ligada al fondo del asunto (sentencia de 14 de noviembre de 2000), lo que contradice abiertamente el criterio sentado en el art. 4 LECr, o porque cuando la ilegalidad es patente no hace falta plantear la cuestión a la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencia de 20 de enero de 1996), o porque, en el delito de prevaricación, la actuación cometida debe ser tan claramente ilegal que para apreciarlo no sea necesario el pronunciamiento contencioso-administrativo (sentencia AP de Sevilla de 18 de septiembre de 2000).

El debate sobre el carácter devolutivo de las cuestiones prejudiciales administrativas que se plantean en procesos penales sigue, por tanto, abierto. El TC ha dicho reiteradamente que el legislador puede optar por cualquiera de las dos posibilidades, que son constitucionalmente legítimas ²⁹. Lo que sí vulnera la CE (y da acceso al TC por la

²⁸ Tras enumerar algunos de los nuevos tipos penales, la sentencia añade que “[e]sta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otras naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4 de la LECrim impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo –y en definitiva de la culpabilidad o inocencia del acusado– dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal”.

²⁹ Así, en la STC 182/1994 (FJ 3), se dice que “este Tribunal ya ha tenido ocasión de sostener la legitimidad constitucional del conocimiento prejudicial de cuestiones inicialmente atribuidas a otros

vía del recurso de amparo) es que una resolución judicial vulnere la Ley y altere la asignación competencial establecida por ésta. La disparidad que existe entre la jurisprudencia del TC (o parte de ella) y la del TS no es el único problema que se plantea en relación con las cuestiones prejudiciales, sino que existen algunas otras cuestiones dignas de mención.

Si entendemos que el art. 4 LECr sigue vigente, y esta postura puede apoyarse no sólo en la jurisprudencia del TC sino también en alguna interpretación del art. 10.1 LOPJ, entonces el Tribunal penal tiene que suspender el proceso hasta que se produzca una resolución firme de los Tribunales contencioso-administrativos. ¿Qué ocurre si la cuestión prejudicial se plantea cuando ya se ha agotado el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo? En este caso, ya no cabe remitir la cuestión prejudicial a los Tribunales contencioso-administrativos, pues la vía de acceso a los mismos, el recurso, está cerrada, y el mecanismo de la cuestión prejudicial no sirve para eludir el cumplimiento de los plazos y tampoco para que los Tribunales emitan una especie de dictámenes a petición de otros Tribunales.

Esto no significa en modo alguno que el acto supuestamente desobedecido vincule al órgano judicial penal en el sentido de que éste deba condenar sin poder entrar a valorar la legalidad del mismo. Es claro que el Tribunal penal puede, a los solos efectos del proceso penal, inaplicar un acto administrativo por considerarlo nulo de pleno derecho, dado que la nulidad es, por su propia definición, un vicio evidente y de orden público. Entiendo, además, que el Tribunal penal puede apreciar también la ilegalidad de los actos meramente anulables, por ejemplo a los efectos de no castigar la desobediencia a ellos. La firmeza de los actos administrativos no puede vincular a los Tribunales penales, ni es necesario que así sea ³⁰.

órdenes jurisdiccionales, y de afirmar, en consecuencia, que ni el art. 14 ni el 24.1 CE imponen a los Jueces y Tribunales la observancia de una absoluta homogeneidad en la interpretación del Derecho que, aunque deseable, no ha sido procurada por el legislador, articulando los cauces procesales adecuados. Todo ello porque la función jurisdiccional se circunscribe a juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado, sometido el órgano judicial únicamente al imperio de la Ley. En el cumplimiento de su función, pues, el resultado de la heterogeneidad interpretativa en las sentencias puede ser legítimo constitucionalmente siempre que dicha interpretación no pueda tacharse de arbitraria, lo que sólo sucedería -desde la perspectiva del art. 24.1 CE- si la resolución judicial que de ella resultara no pudiera "considerarse expresión del ejercicio de la Justicia, sino simple apariencia de la misma" (STC 148/1994, fundamento jurídico 4)".

³⁰ Ésta es una posición común en la doctrina alemana, en el sentido de que los actos administrativos deben ser tenidos en cuenta por los Tribunales, salvo lógicamente por el Tribunal administrativo llamado a pronunciarse sobre su conformidad a Derecho, y tampoco por un Tribunal

Una de las afirmaciones más repetidas por el TC en su jurisprudencia acerca de las cuestiones prejudiciales es la de que si ante un Tribunal se plantea una cuestión prejudicial correspondiente a otro orden jurisdiccional, por ejemplo una cuestión administrativa en un proceso penal, y esa cuestión ya ha sido resuelta por los Tribunales del orden competente (en el ejemplo anterior, los del contencioso-administrativo), esta resolución vincula al Tribunal que tiene que conocer de la cuestión prejudicial³¹. Por el contrario, cuando un Tribunal penal resuelve una cuestión prejudicial administrativa su decisión sólo produce efectos *incidenter tantum*, es decir, no vincula a un Tribunal

penal que deba juzgar un caso de resistencia, porque la comisión de este delito está condicionada a la legalidad del acto desobedecido: *vid.* H.-J. WOLFF/O. BACHOF/R. STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. II, München, 2000 (6.ª ed.), pág. 84; K. MOHRBOTTER, “Bindung des Straftichters an das Handeln der Verwaltung?”, *JZ*, 1971, págs. 213-217; H. OSTENDORF, “Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns”, *JZ*, 1981, págs. 165-175.

³¹ Como se afirma, por ejemplo, en la STC 182/1994 (FJ 3): “la posibilidad de conocimiento incidental sobre la validez de un acto administrativo requiere como condición que esa validez sea cuestionable, por no existir sobre ella un pronunciamiento del orden jurisdiccional al que prioritariamente corresponde pronunciarse sobre esa validez, la jurisdicción contencioso-administrativa. La posibilidad implica que no exista un previo pronunciamiento de dicha jurisdicción contencioso-administrativa, pues en tal caso no es cuestionable esa validez y por ello el Juez laboral estará vinculado al pronunciamiento que el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa haya realizado con plenitud de efectos dentro de su propia competencia material. La cuestión prejudicial implica, pues, la necesidad de resolver incidentalmente, y a los solos efectos de decidir la pretensión planteada, un tema “litigioso” por no haber sido objeto de resolución firme y definitiva del órgano competente para ello”.

Esta doctrina se reitera en la STC 190/1999: “para que la prejudicialidad pueda operar como tal, justificando por ella el conocimiento por un orden jurisdiccional de materias que, en principio, no le corresponden, y que están atribuidas a otro diverso, es necesario que la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente, pues de lo contrario aquél, al abordar tal cuestión, resulta vinculado a lo resuelto en éste, sin que se justifique en ese caso la contradicción, y entendiéndose, si ésta se produce, que se vulnera la intangibilidad de la Sentencia dictada en sede genuina”. En el mismo sentido, la STC 287/2000: “no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente”.

contencioso-administrativo que tenga que pronunciarse después sobre esa cuestión ³². El TC especifica que ese efecto vinculante que reconoce en algunos casos a las resoluciones judiciales no se corresponde con el de cosa juzgada ³³.

Esta postura del TC merece ser revisada, porque reconoce a las sentencias unos efectos que carecen de base legal y que no parece que puedan deducirse tampoco de la CE de forma directa. La fuerza de cosa juzgada de una sentencia exige identidad entre las partes, de modo que una sentencia no puede producir ese efecto en un proceso en el que haya partes que no lo fueron del primero ³⁴. Así lo establecía el art. 1252 CC y ahora el 222.4 LEC. Esta conclusión tiene que matizarse para las sentencias que declaren la nulidad de un acto administrativo o lo anulen, porque el art. 72.2 LJ les atribuye efectos "para todas las personas afectadas", lo que, se explique como una extensión a terceros de la cosa juzgada o como un supuesto de eficacia *erga omnes* de la sentencia, significa

³² Esta idea aparece recogida, entre otras, en la STC 89/1997. En relación con ella, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La nulidad de los actos administrativos", *cit.*, págs. 244-245.

³³ De nuevo hay que citar la STC 182/1994 (FJ 3): "no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1252 CC). También se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1252 CC (SSTC 171/1991, 58/1988 o 207/1989). No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla". Afirmación que se repite también en la STC 190/1999.

³⁴ Esta objeción se le planteó al TC en la sentencia 89/1997. La sentencia desestima un recurso de amparo. El recurrente decía que la sentencia (civil) recurrida en amparo se había basado en el relato fáctico de una sentencia penal en cuyo proceso él no había sido parte y que se había conseguido gracias a la conformidad del acusado. En este caso es especialmente claro que la sentencia no puede vincular en otro proceso con otras partes porque se dictó de conformidad, es decir, gracias de algún modo a actos de disposición de un sujeto en función de sus intereses, que no pueden perjudicar al derecho de defensa de otros sujetos en un proceso distinto. Sin embargo, el TC no se pronunció sobre esa objeción porque negó la mayor, es decir, consideró que no era cierto que la sentencia recurrida en amparo hubiera aceptado acríticamente el relato fáctico de otra sentencia penal anterior dictada de conformidad.

que el fallo anulatorio es vinculante en otros procesos, aunque en ellos sean partes sujetos que no intervinieron en el primero ³⁵.

³⁵ Sobre esta eficacia de las sentencias *vid.* M. REBOLLO PUIG, *REDA*, 100 (1999), págs. 529-530, y A. A. PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Pamplona, 2000, págs. 162-168. Aunque no hay una referencia expresa a la eficacia de las sentencias contencioso-administrativas que anulan un acto respecto a otros procesos de otros órdenes jurisdiccionales en los que la eficacia de ese acto se plantee como cuestión prejudicial, parece que la regla general del art. 72 LJ es aplicable también a este supuesto.