

Consulta 3/1996, de 30 de diciembre, sobre la significación penal de la conducta de los llamados guardacoches no autorizados.

1. ANTECEDENTES

En escrito de 3 de noviembre de 1995, se eleva consulta a la Fiscalía General del Estado sobre la naturaleza y significación penal de la actividad de los llamados guardacoches no autorizados, que, según se indica, incumplen reiteradamente la orden de cesar en su actuación en tanto en cuanto no se hallan provistos de la correspondiente autorización exigida por Bando de la Alcaldía. Se observa, además, que este tipo de actividades se está expandiendo rápidamente por todo el sur del territorio nacional, habiéndose impuesto la moda en cuestión incluso en la capital portuguesa, allende nuestras fronteras.

Se eleva consulta, después de haberse debatido el tema en Junta en la Fiscalía consultante, ante la existencia de dos interpretaciones distintas y encontradas sobre la citada problemática. Pues bien, la primera tesis entiende que en este tipo de supuestos no existe infracción penal o, al menos, no hay delito en tales conductas. La segunda interpretación, sin embargo, mantiene que, en los casos de persistencia y contumacia, los hechos pueden ser constitutivos de delito de desobediencia grave del antiguo art. 237 del Código Penal, o del actual 556 de contenido idéntico al anterior, e incluso otro diferente si se demostraran coacciones o amenazas en la conducta. Se presentan sendos informes en apoyo de las tesis controvertidas.

Se trata de una materia en la que tienen una notable incidencia las disposiciones emitidas por las Autoridades locales, en el presente caso Bandos municipales, tal como se observará a lo largo de la exposición. Hay que reseñar que se trata de una materia de importancia, la cual se incrementa por el elevado número de cuestiones jurídicas conflictivas que se suscitan a lo largo de la geografía nacional y que están basadas en similares disposiciones emanadas de la Autoridad local.

2. TESIS CONTROVERTIDAS

Siguiendo el orden anteriormente establecido, se argumenta en el informe que rechaza la existencia de delito, que de los cuatro requisitos básicos para que se produzca un delito o falta de desobediencia, no existe en primer lugar un mandato legítimo de la Autoridad. La prohibición de ejercer la actividad de guardacoches viene establecida por un Bando de la Alcaldía de 12 de julio de 1995 que dispone simplemente que tal actividad queda sujeta a la obtención de la autorización municipal y que queda prohibido el ejercicio de tal actividad en el Municipio a toda persona que carezca de dicha autorización. Se trata de una materia que, por sus características y contenido, no es competencia del Alcalde sino del Pleno del Ayuntamiento, por ser una potestad reglamentaria. Además, «la regulación autónoma del estacionamiento y guarda de vehículos no figura entre las competencias propias y específicas de los Alcaldes en ninguno de los textos legales que las enumeran (art. 21 LRL; art. 24 TRRL y art. 41 ROF)». Se finaliza esta primera parte indicando: «En resumen, si los Municipios sólo pueden regular los usos de las vías urbanas, y más específicamente el régimen de parada y estacionamiento de vehículos mediante Ordenanzas, y éstas sólo pueden ser aprobadas por el Pleno, habrá que concluir que el Bando del Alcalde de 12

de julio de 1995 ha invadido las competencias del Pleno municipal, por lo que jamás podremos proceder, por un delito o falta de desobediencia, contra los aparcacoches que lo incumplan, toda vez que no es un mandato legítimo, como exige la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Se argumenta acto seguido que la inobservancia de una norma administrativa nunca puede ser un ilícito penal. En el supuesto de hecho que estamos tratando, se dice, «el único mandato legítimo, concreto, expreso y terminante es el de los Policías Locales que mandan al guardacoches ilegal que cese en su actividad. Orden que no consta que sea desobedecida. El particular al ser requerido inmediatamente cesa en su actividad y, por tanto, cumple la orden. Si vuelve a ser sorprendido más tarde realizando lo que acaban de prohibirle, podrá ser denunciado de nuevo, pero su contumacia no lo convierte en un autor de un delito de desobediencia». Abunda más adelante el informe en lo problemático que resultaría la irrupción de un Bando «en el Derecho Penal para obtener de los Tribunales una respuesta más contundente de la que procedería tras el oportuno expediente administrativo de su competencia». Lo cual, a su vez, implicaría un importante riesgo de criminalización de la vida cotidiana.

El informe avalando la segunda tesis efectúa una construcción en la que distingue una fundamentación lógica y otra jurídica, insistiendo en la conveniencia de mantener el planteamiento legal en la primera parte resumido. En lo relativo a la fundamentación lógica, dice el informe, «se procede a actuar de tal forma, acumulando denuncias contra la misma persona para ejercitar la acción penal en caso de manifiesta contumacia. Se evita así la proliferación de juicios de faltas aislados, muchas veces contra la misma persona y en órganos judiciales diferentes, los cuales, por regla general, castigan tales infracciones aisladas penalmente como falta de desobediencia leve a agentes de la autoridad». En cuanto a los aspectos jurídicos, se expone que la base legal de la materia sometida a análisis, es decir la actividad de guardacoches se halla adecuadamente regulada mediante Bandos. A tal efecto, se asevera, «No parece, cabalmente, que pueda incluirse en alguno de los apartados del art. 22 de la Ley de Bases ni en los del art. 23 del Texto Refundido del Régimen Local de 18 de abril de 1986 la competencia exclusiva del Pleno para exigir autorización y prohibir, en otro caso, la actividad de aparcacoches que es lo único que dispone en sus dos únicos puntos el Bando de la Alcaldía de 12 de julio de 1995». Se abunda en otros argumentos en ese mismo sentido, señalando el escrito que «No es exacto mantener que el Bando de la Alcaldía sea una norma sancionadora ...En cualquier caso resulta, cuanto menos arriesgado, partir de la certeza de que el Bando de la Alcaldía es un mandato ilegítimo».

3. ANALISIS DE LA MATERIA

Según se desprende del examen de las tesis expuestas, el elemento básico de discrepancia es el relativo al valor del Bando municipal y su incidencia en la posible configuración de un delito de desobediencia. Es necesario, por lo tanto, hacer alusión a ambas figuras jurídicas: el Bando municipal y el delito de desobediencia para el adecuado desglose temático.

Previamente, sin embargo, y en lo relativo a la conexión del Derecho penal y administrativo a la que alude el informe que descarta la penalización, quizás

convendría poner de relieve que en multitud de ocasiones la normativa administrativa repercute de manera decisiva en la normativa penal. En las normas penales en blanco, sin ir más lejos, la disposición reglamentaria administrativa es con frecuencia condicionante en la propia definición del hecho delictivo. Es más, hay que admitir que en ocasiones se trata de un carácter condicionante variable, frente al carácter ineludible y determinante de la norma penal en blanco propiamente dicha. Ese carácter variable lo deja ver el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de noviembre de 1991, sobre transmisión de sangre contaminada por SIDA. En esa sentencia el Tribunal Supremo permite que se pueda completar una norma penal en blanco con disposiciones reglamentarias emanadas de las diferentes Comunidades Autónomas, en ese caso de Cataluña, que pueden lógicamente diferir de las otras Comunidades del Estado Español.

3.1. El delito de desobediencia

Se trata de una materia que no requiere demasiada matización por cuanto que, frente a la regulación anterior, su contenido apenas ha variado en el nuevo Código Penal. En todo caso, y con el solo objetivo de centrar la materia, cabría decir que se trata una figura autónoma junto a las de atentado y resistencia, caracterizada por constituir, en esencia, una oposición «pasiva» a la Autoridad o al funcionario público. La jurisprudencia exige, para estimar el delito, que la orden emane de la autoridad o de sus agentes, que sea emitida dentro del marco de las atribuciones legales de aquéllos, que sea expresa, terminante y clara, que se haga conocer al destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo, que sea de cumplimiento inexorable y, finalmente, que el requerido no la acate, colocándose ante ella en actitud de rebeldía o manifiesta oposición (sentencias de 2 de abril de 1959, 15 de noviembre de 1967, 1 de junio de 1981, 4 de diciembre de 1993, etcétera).

3.2. Naturaleza Jurídica de los Bandos Municipales y Clases

Sí es necesario insistir de manera más detallada, sin embargo, en los Bandos municipales. Recordemos que el tema que aquí se suscita es el incumplimiento de una obligación cuyo «*dictum*» emana del Bando de un Alcalde como autoridad gubernativa; norma que es incumplida, y su posible elevación a la categoría de delito o falta con base en los arts. 237 ó 570.2º del antiguo Código Penal o de los arts. 556 o 634 del nuevo.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de los Bandos. Frente a la argumentación de que constituyen una verdadera potestad reglamentaria, se ha mantenido que no implican una innovación del Ordenamiento sino que se limitan a exigir el cumplimiento de obligaciones establecidas en disposiciones generales que son las que tienen carácter normativo.

El art. 84.1 a) LBRL dice que «Las Corporaciones Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) ordenanzas y Bandos». Y el mismo art., en su apartado c), añade como otros medios de intervención, las «órdenes individuales», constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. Por lo que los Bandos, como las Ordenanzas, tienen carácter general. Ahora bien, como señala la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

de 30 de octubre de 1984 aun cuando en la Ley no se delimitan las líneas que separan esas manifestaciones a de la facultad reglamentaria de las Entidades locales - Ordenanzas y Bandos-, «ello no supone que pueda adoptarse indistintamente cualquiera de estas dos formas, ya que habrá que atenerse al sentido o finalidad de la Ley, en relación con la materia a regular». Según señala la doctrina, la línea divisoria no es otra que la existencia de una situación eventual o de mero carácter coyuntural. En tanto no se den estas circunstancias no es admisible la reglamentación de cualquier materia por Bando.

Podemos distinguir, sin ánimo de ser exhaustivos, tres tipos de Bandos en base a sus finalidades:

Primero: Los que no contienen disposiciones obligatorias, en cuanto se limitan a dar a conocer situaciones de interés -advirtiendo de los peligros que ofrece no adoptar las medidas idóneas- o solicitar la cooperación del vecindario para determinados acontecimientos;

Segundo: Los que recuerdan o interpretan obligaciones derivadas de las Leyes o Reglamentos o de las propias Ordenanzas de la entidad, a efectos de que sean cumplidas. Así, la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra establece en su art. 327:

«1. Las Entidades locales podrán dictar disposiciones interpretativas y aclaraciones de los Reglamentos y Ordenanzas que aprueben con los mismos requisitos de publicidad que la disposición de la que trae causa.

2. El ejercicio de dicha facultad corresponderá al Presidente de la Corporación, si no se dispone otra cosa en la Ordenanza o Reglamento».

Tercero: Los que imponen deberes, bien a los órganos inferiores -en cuyo caso son auténticas instrucciones o circulares-, según el art. 21 LRJPA, o bien a los administrados.

En todo caso, como puede observarse, se trata de una competencia normativa prácticamente residual y cuya naturaleza obligatoria es más que dudosa. Así, a tenor de la anterior clasificación, en los dos primeros apartados los Bandos carecen de la capacidad de obligar propiamente dicha. De hecho, casi siempre que se dicta un Bando, por ejemplo en materia de circulación, se observa que el mismo viene referido a una Ordenanza previa. Tal es el caso del Bando sobre estacionamiento vigilado en relación con la ordenanza de Circulación de la ciudad de Madrid, a los que se refieren la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1991; o la Ley y Reglamento de Caza, y los Bandos municipales aplicables a los mismos, a los que se refiere la sentencia de 22 de junio de 1992 o, finalmente, las Ordenanzas, Reglamentos y Bandos en materia de circulación, de la sentencia de 13 de diciembre de 1993.

Respecto a la primera parte del tercer apartado, que equipara los Bandos a las instrucciones y circulares, hay que señalar también la limitadísima capacidad obligatoria de estos últimos. Es precisamente por la ausencia de ese carácter obligatorio, y además porque son modificables por naturaleza a voluntad de la

Administración, por lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea rechaza constantemente aquellas transposiciones de directivas que resulten en circulares, avisos, instrucciones, prácticas administrativas y otros supuestos similares (vide casos 239/85, C-58/89, entre otros).

El último punto del tercer apartado de la clasificación, «los Bandos que imponen deberes a los administrados», debe de ser examinado también en su adecuado contexto. Se trata sin duda de un supuesto en el que cabría incardinar el art. 21.1.j) LBRL que reconoce al Alcalde la atribución de «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad en casos de catástrofe e infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediatamente al Pleno». De no hacerlo así, el Alcalde eludiría el procedimiento que con carácter esencial establece la LBRL para aprobar una disposición general, tal y como exige el art. 49 de esta Ley, incurriendo en consecuencia en nulidad de pleno derecho. Es decir, se trata de un supuesto de naturaleza obligatoria, pero el mismo queda básicamente circunscrito a los casos específicos de necesidad y urgencia. Estos Bandos van ligados normalmente a cuestiones de orden y seguridad públicas y por esa misma razón no pueden tener carácter de permanencia.

A mayor abundamiento, así como para las Ordenanzas la LBRL establece en su art. 49 un procedimiento determinado con matizaciones en las Ordenanzas fiscales y urbanísticas, para los Bandos no se fija procedimiento alguno. Ahora bien, como actos administrativos que son han de ser producidos por el órgano competente, el Alcalde, y se consignarán por escrito, no vulnerando las leyes, ni ninguna disposición administrativa de rango superior.

3.3. Visión jurisprudencial

Normalmente la jurisprudencia ha adoptado una visión práctica al tratar el tema, encontrando ciertas dificultades sin embargo a la hora de determinar el exacto ámbito de aplicación de los Bandos. En ese sentido la sentencia de 28 de diciembre de 1977 es claramente sintomática. En la sentencia, el Tribunal Supremo, si bien admite que la ordenación del tráfico en la ciudad es competencia del Ayuntamiento, asevera que «la adopción de las medidas acordadas (para la regulación del tráfico), dada su importancia e indudable carácter innovador, no pueden adoptarse por un simple Bando». La sentencia pone de relieve la limitada naturaleza normativa de los mismos, que se reservan para cuestiones de índole menor, sirviendo, a veces, de recordatorio al vecindario del cumplimiento de determinadas disposiciones legales o reglamentarias, de fijación de fechas y lugares en que se llevarán a cabo concretas actuaciones o prestaciones, o de actualización de mandatos contenidos en las Leyes cuando se producen las situaciones que éstas contemplan. Cuando no nos encontramos ante una situación eventual o una medida de concreción de una norma de carácter general o de naturaleza coyuntural, la potestad normativa debe canalizarse a través de una Ordenanza.

En todo caso, tal como señalábamos con anterioridad al citar la sentencia de 30 de octubre de 1984, a pesar de la naturaleza general de Bandos y Ordenanzas, no se pueden utilizar indistintamente. Para determinar si procede hacer uso de uno u otro habrá que estar, necesariamente, al sentido y finalidad de la Ley, ateniéndose además

a cada caso concreto. Así, la sentencia de 10 de mayo de 1995 se refiere también a los Bandos, estableciendo cuál es el elemento diferenciador entre Bandos y Ordenanzas en materia urbanística. Los Bandos, que «si en ocasiones constituyen manifestación de la potestad reglamentaria de la Administración, la mayoría de las veces se limitan a publicar o recordar disposiciones de las Leyes y Reglamentos generales y de las Ordenanzas. Constituyendo una prueba de la diferenciación y del distinto rango entre Ordenanzas y Bandos el que aquéllas formen parte del bloque de la legalidad urbanística mientras que éstos quedan excluidos -arts. 56 y 57 de la Ley del Suelo)».

3.4. Ordenes individuales

Como se ponía de relieve anteriormente, junto a las Ordenanzas y los Bandos, el art. 84.1 a) LBRL se refiere a las órdenes individuales como instrumentos a través de los cuales las Corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos. Se trata, las órdenes individuales, de disposiciones constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo, y se contraponen a las Ordenanzas y Bandos por el carácter general de estos últimos.

La razón por la que hacemos referencia expresa a las órdenes individuales se debe a que quizás de existir las mismas en este supuesto concreto, pero con una suficiente base legal respaldándolas, cabría admitir la posibilidad suscitada por esta consulta. En esa línea, se argumenta que «no rige aquí el principio de validez absoluta de la orden como condición de su exigibilidad, sino sólo el de cumplimiento de sus condiciones externas de legalidad». Es por ello por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala Segunda (sentencias de 7 de julio de 1915, 26 de mayo de 1923, 7 de enero de 1929, 16 de junio de 1942, 5 de junio de 1946, 20 octubre de 1965, 10 de julio de 1992, etc.) han entendido siempre que la acción de desobediencia que constituye delito presupone la existencia de una orden concreta y personalmente destinada al sujeto. En consecuencia, se considera que una orden abstracta -por ejemplo, una ordenanza municipal- no puede dar lugar a la apreciación del delito de desobediencia. Si ello es así respecto a las Ordenanzas, tanto más aplicables serán estas argumentaciones a los Bandos a tenor de su naturaleza y contenido. Recordemos además que el Bando que nos ocupa dispone simplemente que la actividad de guardacoches queda sujeta a la obtención de la autorización municipal, prohibiendo el ejercicio de tal actividad en el Municipio a toda persona que carezca de dicha autorización. Se trata, como puede observarse, de un planteamiento genérico, casi global e incompatible con los requisitos exigibles al delito de desobediencia de que la orden sea expresa, directa y terminante, así como conocida real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarla y no lo hace.

Pero aun así, habría que examinar el contenido concreto y la legitimidad de la orden en cuestión para determinar la posible existencia de infracción penal. Desobedecer, según establece la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1989, equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la Autoridad o de sus agentes, mandato que deberá ser ilegítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo da. Dicha orden debe tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando su legitimidad el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si, el que ordena no es competente o

el mandato no reviste las formalidades legales (SSTS 4 de junio de 1910 y 22 de mayo de 1935).

Habría que evaluar, además, la actitud de la persona a la que va dirigida la orden. Para que exista delito, según hemos adelantado en un apartado anterior, esa persona debería de adoptar una actitud de grave rebeldía en la reiterada y persistente negativa al incumplimiento de la orden y, en fin, en la contumaz y recalcitrante negativa a cumplir el mandato, tal como pone de relieve en la sentencia de 19 de junio de 1991.

4. CONCLUSION

En atención a lo expuesto, y a la vista de estas consideraciones, en modo alguno puede resultar aceptable el que un Bando municipal pueda servir de base para construir todo el proceso fáctico-jurídico descrito que deviene, finalmente, en un hecho delictivo. En consecuencia, no resulta procedente, en base a un simple Bando, iniciar actuaciones penales contra los denominados guardacoches no autorizados.