

DERECHO PENAL Y DEFENSA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Estas breves notas no son un verdadero análisis jurídico de tipos delictivos del Código Penal, ni un proyecto preciso de las reformas que son necesarias en ese cuerpo legal. Se trata de un breve comentario sin otro propósito que provocar la reflexión acerca de lo que estimo insuficiente capacidad por parte de nuestro Estado de Derecho para defender desde el campo penal el ordenamiento constitucional español. Nuestro Estado de Derecho no tiene puesto al día uno de los instrumentos imprescindibles para ese fin, que es el Código Penal, cuyo articulado se mantiene al margen de los actuales problemas y retos que tiene España planteados frente a quienes dedican el esfuerzo político, desde el secesionismo principalmente, a procurar la liquidación del Estado y de su organización democráticamente aprobada por los españoles en 1978. Si exceptuamos los delitos de terrorismo, nuestro Código, tantas veces reformado para atajar la denominada delincuencia callejera de indudable incidencia negativa en la tranquilidad de la vida cotidiana, no resulta eficaz para garantizar el sistema constitucional del que son partes esenciales por ejemplo la división de poderes sustentadora del Estado de Derecho, o la unidad de la nación española como patria común e indivisible de todos los españoles.

Cuando la evolución de los acontecimientos, de dimensión ya histórica y no sólo política, adquiere tintes de gravedad para los fundamentos básicos de nuestro orden constitucional, nos encontramos ante un Código Penal volcado principalmente a tratar la delincuencia diaria, pero que carece de los mecanismo precisos para defender seriamente nuestro sistema político frente a las acciones que lo quebrantan y no necesariamente a través de la actividad terrorista.

A) EL PROBLEMA DE LAS DESOBEDIENCIAS A LOS TRIBUNALES

1.- Recientemente el Presidente de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma realizó el hecho, insólito en cualquier democracia occidental, de negarse a dar cumplimiento a una decisión judicial firme dictada por el Tribunal Supremo de España. Un Tribunal que con jurisdicción en toda ella es el órgano superior en todos los órdenes – excepción hecha en materia de garantías constitucionales, artículo 123 de la Constitución - , y que culmina el Poder Judicial, al cual el artículo 117 de la Constitución atribuye con exclusividad el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y cuyas sentencias son de obligado cumplimiento, según el artículo 118 de la Constitución Española.

En cualquier Estado de Derecho por primario que sea las sentencias de los órganos judiciales deben cumplirse, no como homenaje personal a los magistrados que las dictan, ni por subordinación jerárquica a ellos, sino por ser ese cumplimiento una elemental exigencia del funcionamiento democrático de una sociedad libre. El derecho, la ley, establecen aquello que los tribunales deciden que la ley dispone. Que sea esto científicamente cierto o no importa mucho menos que el ser una regla de funcionamiento democrático. De la misma manera que una ley rige para todos los ciudadanos tras su aprobación por la mayoría parlamentaria, sea o no la ley correcta, o se corresponda o no verdaderamente con la voluntad nacional, la discutibilidad del acierto científico de las sentencias, como la del acierto político de una ley aprobada, no impide la absoluta convicción de su vinculación y de su observancia obligatoria en ambos casos. Esto es así en democracia porque sin ser así la democracia no existe o es ya otra cosa.

Ante algo tan trascendental para el funcionamiento del Estado de Derecho resulta insólita la pobreza de nuestro sistema jurídico para desencadenar el mecanismo de respuesta ante el incumplimiento de esa regla democrática. La desobediencia por parte de las Autoridades a las sentencias y decisiones judiciales,

sorprendentemente no constituye un delito contra las Instituciones del Estado y contra la División de Poderes, que son epígrafes que están en el articulado del Código Penal, dentro de los delitos contra la Constitución. Esa desobediencia se trata como un delito contra la Administración Pública, como si la antijuridicidad material que se encierra en el tipo afectara al buen funcionamiento de los servicios administrativos y no al orden constitucional de la división de poderes.

En efecto, se sanciona esa conducta en el artículo 410 del Código Penal. En él se equipara el desvalor del comportamiento del cualquier funcionario público que se niega abiertamente a dar debido cumplimiento a las decisiones u órdenes de sus superiores, y el desvalor que se encuentra en la acción de la Autoridad que abiertamente se niega a dar cumplimiento a las sentencias de los Tribunales. Es obvio que se trata de acciones muy diferentes, cuya semejanza estructural no oculta que atacan bienes jurídicos totalmente distintos, por lo que es obvia la incorrecta mezcla que se hace en el tipo penal de ambas acciones: en el caso de la desobediencia funcional al superior se ataca el principio de jerarquía en el ámbito administrativo público en cuanto es imprescindible para la eficacia de éste. En el caso de incumplimiento por Autoridades de las resoluciones judiciales, la lesión en nada afecta a los servicios públicos sino a la división de poderes en que se apoya el Estado de Derecho, porque niega el ejercicio de la jurisdicción que compete al poder Judicial juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Diferenciado el servicio público de la División de Poderes, es preciso hacer una nueva distinción en las acciones de desobediencia judicial: cuando la comete un particular se agota la dimensión del desvalor en la desobediencia personal misma y de ahí su tipificación en un precepto diferente como es el artículo 556 del Código Penal. Cuando quien desobedece es una Autoridad que, en cuanto tal, se niega a dar cumplimiento a las decisiones de los tribunales, el injusto trasciende lo personal o individual del desobediente y entra de lleno en la esfera de una quiebra institucional por ruptura del principio de división de poderes en que se apoya el Estado de

Derecho. Cuando es una Autoridad quien incumple no estamos sólo ante una desobediencia personal, y menos aún ante una disfunción en la prestación de los servicios públicos. Lo que se produce es la lesión de un bien jurídico fundamental amparado en la Constitución Española como sustento de una organización política libre y democrática.

2.- Hay otro aspecto que agrava aún más el incorrecto tratamiento de nuestro Código Penal a la conducta que comentamos. En el caso del funcionario que recibe una orden del superior nada permite asegurar con certeza la legalidad o juridicidad de la orden recibida, porque la ineludibilidad del mandato en tal caso se apoya en razones de la eficacia de la función, no en que la posición jerárquica del superior ordenante le confiera cualidad de intérprete máximo del derecho en términos excluyentes de cualquier error por su parte. Lógico es entonces que el artículo 410 permita al subordinado excusar el cumplimiento de la orden cuando constituya una infracción manifiesta clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición legal. Ahora bien, esta previsión es inadmisibile en relación a lo decidido en una sentencia judicial firme, que, precisamente por serlo, constituye la verdad jurídica indiscutible y por tanto vinculante y obligatoria. Su discutibilidad desde una perspectiva jurídica o académica (como la predicable de una sentencia del Tribunal Constitucional en el campo que le compete) no obsta su eficacia como verdad jurídica oficial, como cosa juzgada y como decisión que necesariamente ha de acatarse y cumplirse. Por consiguiente no se entiende que la excusa de incumplimiento por ilegalidad de la orden, tal y como el Código Penal la plantea, pueda referirse también a las sentencias.

Recordemos la muy consolidada doctrina jurisprudencial que considera la efectividad de las sentencias como parte integrante de la tutela judicial efectiva. Esta tutela que por imperativo constitucional (artículo 24 de la Constitución Española) ha de ser efectiva, comporta tal y como dispone el artículo 117.3, la obligatoriedad de

cumplir las sentencias y demás resoluciones de los jueces, pues de otro modo se convertirían en meras declaraciones de intenciones y se frustrarían los valores de certeza y seguridad jurídica consustanciales a la cosa juzgada con vulneración del mandato contenido en el artículo 118 de la Constitución cuyo primer destinatario han de ser los propios órganos del Estado. Se trata en definitiva del “principio de efectividad”, uno de los principios constitucionales que según la doctrina rigen la función jurisdiccional.

En este marco una exclusión de responsabilidad criminal del desobediente como la que el apartado 2 del artículo 410 establece indiscriminadamente para funcionarios que no siguen las instrucciones de sus superiores y para autoridades que hacen caso omiso de las sentencias, es lisa y llanamente inadmisibile e incoherente con el papel de la jurisdicción en el Estado de Derecho como ha sido razonado hasta la saciedad.

Y no cabe argumentar para defender semejante precepto que en él no se elimina la eficacia de la sentencia ni se la despoja de su carácter vinculante porque sólo se contrae a eximir la responsabilidad penal del desobediente. El argumento no sirve porque tal exención lo es por justificación excluyente de la antijuridicidad sobre la base de la intrínseca ilegalidad objetiva de la decisión, y no por inculpabilidad debida a error de tipo o de prohibición que pudiera eliminar el dolo del sujeto.

Un precepto como este que opta por justificar el incumplimiento de resoluciones judiciales abriendo la brecha a la discusión sobre la ilegalidad de lo decidido en ellas debe eliminarse cuando se configura como causa de justificación y no de inculpabilidad. Una cosa es técnicamente “disculpar” al desobediente invenciblemente equivocado, que no obstante se reconoce que actúa en términos objetivamente injustos, y otra muy diferente “justificar” su conducta objetiva por entender que la sentencia desobedecida es equivocada. Lo primero forma parte del

principio civilizado de culpabilidad, pero lo segundo es demoledor para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

3.- Señalemos por lo demás que el artículo 410 es una reliquia que arranca del Código Penal de 1822, de donde pasó al de 1848 y de este al de 1870, la recogió luego el Código de 1944 y la vuelve a repetir el vigente Código de 1995 denominado Código de la democracia. Y lo hace con algunas pequeñas diferencias que no afectan la inconveniencia de la figura. Antes el tipo de ilegalidad que justificaba la desobediencia variaba según el sujeto activo fuese un funcionario o una Autoridad. Hoy el Código Penal de 1995 equipara la exención aplicable a unos y otros sin diferenciar si se trata de infracción de ley o de disposición general. Verdadera reliquia legal que no debería tener presencia en un Estado de Derecho. Baste recordar que ya en 1949 Jaso decía que estábamos ante una exención absurda “si se piensa que los órganos judiciales son aquellos a los cuales el Estado encomienda como su fin propio el declarar el Derecho”. Toda una lección dada desde los años 40 al democrático legislador de nuestro días.

4.- Dicho lo anterior es imprescindible reformar el artículo 410 dejándolo limitado a las desobediencias de los funcionarios a los mandatos de sus superiores; único caso que puede considerarse un delito contra la administración pública. Las desobediencias a sentencias cometidas por funcionarios y Autoridades deben sacarse de ese tipo penal y crear una tipicidad propia entre los delitos contra la Constitución del Título XXI, dentro del capítulo III como delito contra las instituciones del Estado y la división de poderes. El nuevo tipo debería incluir una banda amplia entre los límites mínimo y máximo de la penalidad con graduación dependiente de la intensidad del injusto típico, según la objetiva gravedad de la negativa, que podría depender tanto de la jerarquía del desobediente (funcionario, Autoridad.....) como la del órgano desobedecido (Tribunal Supremo u otros). Ni que decir tiene que en el nuevo tipo no debería aparecer para nada la inadmisibile exención por supuestas

ilegales de lo decidido por un tribunal. El error de tipo y el error de prohibición y la exigencia del número 7 del Código Penal cubren sobradamente cualquier hipótesis merecedora de consideración en este campo.

B) EL REFERENDUM CONVOCADO SIN COMPETENCIAS

En relación indirecta con lo anterior se encuentra también el problema del referéndum que pudiera convocar una autoridad autonómica sin tener competencias para ello. En nuestro Código Penal se introdujo un tipo penal que castigaba esta acción cuando lo convocado por la autoridad incompetente fueran procesos electorales o consultas populares por vía de referéndum (artículo 506 bis, introducido por ley 20/2003, de 23 de diciembre). Este precepto, con otros dos que le acompañaban en la reforma (el 521 bis sancionador de quienes facilitaban promovieran o aseguraran la convocatoria, y 576 bis sobre fondos y subvenciones a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos) fue derogado por Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio. Su vigencia no llegó pues a dos años.

Es claro el propósito de la reforma y evidente la necesidad de llevar al Código Penal determinadas conductas que son abiertamente infractoras del orden constitucional. Pero creo que tan buen propósito debe acompañarse del acierto en el diseño de la reforma. Ni aquél era el correcto ni lo será en un futuro si de nuevo se planteara en iguales términos. A mi juicio la puesta a punto del Código Penal exige algo diferente y más eficaz, lo que viene a conectar este problema con el examiné anteriormente, pues al fin y al cabo los retos que se plantean y se van a plantear son de constantes ilegalidades del orden constitucional, que será necesario restablecer mediante el ejercicio de la jurisdicción. Por ello el correcto tratamiento de la eficacia de ésta frente a los comportamientos que desconocen su vinculación constituye el punto más importante que una reforma del Código Penal tendrá que abordar antes o después.

Siguiendo con el tema del referéndum varias son las incorrecciones de que adolecía el artículo 506 bis por su propia estructura típica. La acción nuclear o central consistía en convocar un proceso o consulta; pero se añadía la exigencia de carecer el convocante de competencia para hacer la convocatoria. Lo cual no es sino un elemento normativo de naturaleza puramente jurídica en el que descansa toda la antijuridicidad de la acción. Esta antijuridicidad en un delito como éste es óbvio que no procede de la naturaleza misma de la acción, pues convocar una consulta popular a través de las urnas no es por sí mismo nada que implique desvaloración social, como la que entrañan en cambio las acciones de sustraer, falsear, matar, agredir, etc. En estas acciones el desvalor surge de la acción mientras en la convocatoria ilegal se recibe de fuera – la falta de competencia -. Su antijuridicidad es extrínseca en cuanto deriva como elemento normativo de un campo extrapenal, que es aquél que determina quienes pueden o no pueden formular estas convocatorias. Mientras convocar estas consultas es ilícito sólo si no se tiene competencia para ello, y sólo porque no se tiene, el falsificar documentos lo es por sí mismo y si no se está legitimado para hacerlo es precisamente porque es ilícito hacerlo. No es lo mismo decir en el caso de la convocatoria que es injusta porque no se puede hacer, que decir en las falsedades que no se pueden hacer porque son injustas.

Pues bien algo tan simple como esto provoca alguno de los efectos desaconsejables para el éxito del referido tipo penal:

En primer lugar dificulta la explicación política de la conversión en crimen de una consulta popular mediante urnas, y obliga a justificar la criminalización de acción tan aparentemente democrática con complejas explicaciones técnicas sobre ámbitos competenciales; explicaciones de difícil inteligencia para los Estados que ni tienen un precepto como ese en sus códigos penales, ni padecen ni entienden los problemas secesionistas de España. Cualquiera comprende que en España, como en

todo el mundo, se castigue el tráfico de drogas, la violación, el homicidio o el robo. Pero no creo suceda lo mismo con la convocatoria de una consulta popular por mucho que el convocante carezca de habilitación competencial.

Es claro que el bien jurídico que subyace en un tipo penal así no es la correcta delimitación de las competencias distribuidas entre las diferentes esferas de la acción administrativa o política. El bien jurídico subyacente es mucho más grave, porque lo que está en juego es la soberanía nacional y la integridad territorial de España, cuya nación es indisoluble. Esto y no otra cosa es lo que se encuentra en el fondo de la necesaria protección penal frente a ciertos actos aparentemente democráticos de consulta popular, que se evidencian como preparatorios o favorecedores de una futura secesión. Y sólo por esto, y no por lo otro, se justifica la criminalización de la convocatoria.

En segundo lugar un sumario que se incoase por un delito así configurado volcaría la mayor parte de su esfuerzo investigador no hacia la acción nuclear material de la convocatoria, de comprobación elemental y casi instantánea sin necesidad de averiguaciones complejas, sino hacia la otra parte que es la esencial: determinar si el convocante tenía o no competencia legal. Este es un problema jurídico puro y extrapenal. Para despejarlo la instrucción sumarial por su misma concepción no es el cauce procesal adecuado. En un sumario así se introduciría una auténtica burbuja jurídica, la controversia sobre la competencia, que además se agravaría y alargaría como debate con sólo promulgarse una previa ley autonómica ad hoc para formalmente habilitar en apariencia la convocatoria. Lo cual daría visos de juridicidad inicial en tanto no se resolviese la expulsión de esta ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional. En definitiva: una cuestión normativa compleja de aclaración no inmediata, y que fácilmente llevaría a la paralización del sumario mientras no se despejara. Téngase en cuenta que en este caso el ilícito penal no está en la acción sino que íntegramente lo recibe ésta de fuera. Con eso la acción

es delictiva, y sin ello no lo es. Pues bien, no puede olvidarse que si la cuestión prejudicial es, como así sucede en este caso, determinante de la culpabilidad o de la inocencia, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su Artículo 4 obliga al Tribunal a suspender el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda. Es previsible que con un poco de “habilidad” procesal el sumario por delito de convocatoria sin competencia se prolongara el tiempo suficiente como para convertirlo en inútil, porque probablemente no terminaría antes de que se consumara el proceso de consulta.

Con otros dos problemas añadidos: con esta cuestión prejudicial en liza y sin resolver no cabría acudir durante el sumario a medidas cautelares de suspensión, y además muy probable sería que la sentencia final fuera absolutoria por error de tipo o de prohibición sustentado en la “aparente competencia” mantenida durante todo el proceso electoral, posiblemente ya consumado, para cuando se despejara la cuestión prejudicial.

¿Cuál es entonces la solución? A mi juicio aquella que elimine los inconvenientes citados. Si la justificación del castigo está en el ilícito que resulta de la incompetencia, que a su vez es un problema jurídico y técnico mientras se confrontan las posiciones de quienes afirman que la competencia existe frente a quienes la niegan, resulta imprescindible disponer de una afirmación del orden jurídico que sustituya ese estado de controversia por un estado de certeza jurídica, a través de la única vía que la sociedad civilizada tiene para esto: El pronunciamiento judicial que dice el Derecho. No hay más solución que obtener un sentencia que a) declare la ilegalidad de la convocatoria b) prohíba la celebración del proceso de consulta y c) ordene, con mandato imperativo, su suspensión y las conductas concretas a realizar para ello por quienes deban observarlas. Se haga esto en sede constitucional – si el convocante se hiciera asistir de una previa habilitación legal de competencia para tener un inicial punto de apoyo – o se haga en sede contencioso-

administrativa – si se apoya sólo es su propio decreto de convocatoria - es imprescindible usar y, si no existe, crear el cauce procesal jurisdiccional que posibilite con rapidez la impugnación, y que en tiempo breve, de duración preestablecida, con actuaciones exactas y medidas – todo muy distinto de lo que es un sumario penal – permita tener sentencia que contenga los pronunciamientos indicados, restableciendo la verdad del orden jurídico competencial. A partir de esto, y precisamente por esto, el delito estaría cometido por el incumplimiento de la decisión judicial desobedecida. Se trataría pues de un delito corriente y grave propio de la esfera en que nos movemos que es el orden constitucional, es decir, la desobediencia en los tribunales.

Cualquier país entiende, incluso los que no comprenden la criminalización de un proceso de consulta popular, que se persiga como delincuente al que desobedece la decisión de un tribunal. Esto sucede en todos los países, pero criminalizar un referéndum sin competencias no.

Además el sumario por desobediencia se ceñiría al hecho nuclear de ésta, es decir, si se dio o no la orden, si hubo o no efectiva recepción y cual fue el grado de cumplimiento o incumplimiento del mandato. Nada más. La parte gruesa del problema que determina la antijuridicidad estaría ya despejada y resuelta desde antes de iniciarse el proceso penal; y lo estaría a través de un canal de duración prefijada y tiempo establecido sin depender de las elasticidades propias de los sumarios penales.

Y finalmente se resuelve el problema de tener que actuar con el tiempo en contra para evitar la consumación del proceso antes de que la decisión recaiga, porque es más fácil adoptar medidas cautelares suspensivas en un proceso no criminal, por no exigirse mas que la apariencia de buen derecho, que en un proceso penal donde hay que apoyarse al menos en indicios de “criminalidad” con todo el plus de exigencias que esta misma lleva siempre consigo.

Al final volvemos al principio. Nuestro Código Penal ha olvidado el valor de las sentencias en la estructura del Estado de Derecho, y ni saca el aprovechamiento de su verdadero papel, ni es capaz de obtener todas las ventajas del delito de desobediencia a los tribunales que, se quiera o no, en un futuro próximo va a ser la llave de la solución de muchos problemas. Los acontecimientos permiten vaticinar que las crisis próximas no serán de violencia material callejera sino de reto y pulso al orden jurídico desde comportamientos jurídicos pero inconstitucionales. Con este panorama es obvio que aquello que permite restablecer el orden jurídico, es decir, la jurisdicción, será el punto básico en el que habrá que apoyar la solución punitiva de las infracciones más graves.

C) LA TRAICIÓN, LA REBELIÓN Y LA SEDICIÓN.

Otro campo en el que nuestro Código Penal presenta deficiencias clamorosas desde la perspectiva del orden constitucional es la regulación de estos delitos.

Para evidenciar sus carencias hagamos el ejercicio de plantear una hipótesis de hecho en el límite de la gravedad para el orden constitucional; un supuesto que, aún improbable, no es imposible ni una pura fantasía. Por ejemplo: que un Parlamento autonómico, tras la votación de sus miembros, formalmente proclame la secesión de parte del territorio español, erigiéndolo en Estado independiente del español. No es que piense que esto vaya a suceder, aunque conviene no olvidar que ya sucedió en octubre de 1934 con una duración de 10 horas. Pero no son pocos los grupos políticos en la España actual que empujan de nuevo en esa dirección. Es un riesgo más o menos próximo, pero no es un riesgo imaginario. Se trata ahora de saber cuales serían las respuestas que en el ámbito penal existen, si es que existen, frente a un caso así.

Los simulacros de incendio no son profecías siniestras, sino medidas prudentes para comprobar la eficacia de los mecanismos de seguridad.

Aclaro que la hipótesis contemplada es la mera proclamación parlamentaria de esa independencia, incluso con sucesivas reiteraciones, y quizás seguidas de leyes consecutivas a la secesión proclamada. Naturalmente tal secesión, en tanto que proclamación jurídica, está destinada al fracaso por inconstitucional. Pero su sola ocurrencia sería un incidente gravísimo en la estabilidad política española y el mayor reto que pudiera sufrir el orden constitucional y el Estado de Derecho. Basta la proclamación, y no contemplo que esas leyes fueran seguidas de una material ejecución, porque en ese caso se traducirían en otros y muy numerosos delitos que no son del caso ahora examinar. Me interesa sólo saber si el derecho penal dice algo frente a una proclamación de independencia como la que planteo.

Pues bien sorprendentemente en la España de hoy eso no sería ningún delito. Nadie cometería ningún crimen si oficialmente proclamara en el Boletín Oficial de una Comunidad Autónoma su independencia y separación de España. Sin perjuicio de su ineficacia constitucional no sería un comportamiento criminal. De modo que al margen de las vías de impugnación y consiguientes declaraciones de invalidez, y de ineficacia, una enormidad como la que planteo no sería nada en lo penal. Nadie en España tiene la impresión de que esto pueda ser así, pero lo es. En la España de hoy en la que conducir a excesiva velocidad puede ser un delito no lo es que un Parlamento autonómico declare la secesión o independencia de su territorio. Lo sorprendente es que fue un delito siempre. Pero hoy, cuando la situación es más grave, ya no lo es:

a). No sería en efecto un delito de traición porque todas sus modalidades típicas previstas en los artículos 581 y siguientes (capítulo 1 del Título XXIII) descansan exclusivamente en el supuesto de un conflicto bélico entre España y una

potencia enemiga. Han sido barridas de su articulado todas las referencias a movimientos sediciosos y separatistas. Todas las tipologías de traición, que antes se preveían tanto para conflictos de guerra con el enemigo exterior, como para conflictos armados internos provocados por sediciones separatistas, se han modificado para limitarlas al conflicto con el enemigo exterior.

Se dirá quizá que la eliminación de debe a que se contemplaban supuestos inimaginables, es decir, en realidad tan improbables que no merecían estar en el Código Penal como delitos posibles. Pero esto no es verdad: en primer lugar menos posible es todavía que un español induzca a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concierte con ella para el mismo fin y sin embargo este delito estaba y sigue estando en el Código Penal (artículo 120 del Código Penal del 1973 y actual artículo 581 de 1995) y como este delito otros muchos. Por lo tanto no fue la improbabilidad de la comisión la que llevó al legislador a eliminar las referencias a sediciones separatistas en el delito de traición. Las razones serán otras, pero esa evidentemente no.

Así pues en España sólo se puede hablar de traición si estamos en conflicto armado con país extranjero. Fuera de ese caso, como sería aquel en que pudiera perderse una parte del territorio nacional por efecto de una sedición separatista, no existe ninguna acción de traición.

b) Tampoco puede haber un delito de sedición. Ésta se construye en los artículos 544 y siguientes sobre la base de un alzamiento público y tumultuario. Este es un concepto conectado con movimientos de masas que se desbordan en algarada callejera y tiene relación con la idea de motín, en el que se quebranta el orden público, pero no necesariamente el orden constitucional. Pues bien, una declaración de independencia por una Asamblea Legislativa o un gobierno autónomo, aunque rompería gravísimamente el orden constitucional y la unidad de España, por sí misma

no afectaría al orden público, ni comportaría ningún alzamiento en forma de tumulto, de modo que tampoco cabría hablar de sedición.

c) Tampoco habría rebelión. En el vigente Código de 1995 este delito encabeza el título XXI que este Código llamado de la democracia dedica a los delitos contra la Constitución. Y lo encabeza por ser la rebelión el más grave de los ataques contra la organización democrática del Estado, por cuanto afecta y destruye las bases más elementales del orden político constitucional.

Su esencia está en que la rebelión implica también un alzamiento, pero para la consecución de algunas de las finalidades señaladas en el artículo 472 del Código Penal, todas ellas gravísimos ataques al orden constitucional. La 5ª de ellas precisamente es la finalidad de “declarar la independencia de una parte del territorio nacional”. En este propósito o fin de la actividad de alzarse está su naturaleza de delito, no contra el orden público como sucede con el alzamiento sedicioso, sino contra la Constitución, siendo el alzamiento simple medio comisivo configurado como actividad instrumental tendencialmente encaminada a ese ataque que representa la secesión de una parte del territorio español.

Ahora bien el problema está en que el tipo penal exige que el alzamiento, además de público, sea violento. Con ello quedan fuera los alzamientos que pudiéramos llamar pacíficos por mucho que pudieran ser también eficaces para la consecución de la independencia, como por ejemplo la general desobediencia al Estado para hacer posible la independencia proclamada por el Parlamento autonómico. Lo violento no añade más ataque a la Constitución, sino en todo caso un plus de antijuridicidad cuya mayor parte seguiría estando en el propósito de desintegración de España. Siendo esto y no el elemento de la violencia ejercida, lo que daña el orden constitucional, no parece correcto desde el punto de vista de la defensa eficaz del mismo por el Código Penal que el alzamiento tenga forzosamente que ser violento. El legislador se deja así

fuera supuestos como el que contemplamos, que el sentido común sin embargo etiqueta fácilmente como actos jurídicos de rebelión. Más grave es y más eficaz un pronunciamiento legislativo de una Comunidad Autónoma para el logro de la ruptura constitucional, que un alzamiento popular en la calle con el mismo propósito, por muy violento que sea lo que, alterando el orden público, pudiera hacerse.

Pero además esto no ha sido así siempre. Ni siquiera ha sido así en el derecho penal posterior a la Constitución de 1978. Recordemos que, instaurado ya el régimen parlamentario democrático, el Código Penal anterior, todavía vigente, fue modificado por una Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, es decir por un Parlamento democrático, que reformó los delitos de rebelión. En ese régimen legal la declaración de independencia de parte del territorio nacional se incluía entre los fines del público alzamiento rebelde (artículo 214) pero no se exigía requisito alguno de violencia, por lo cual en la finalidad exigida con la acción instrumental estaba la verdadera desvaloración de ésta. La antijuridicidad del tipo se contentaba con ese propósito, es decir con la finalidad de los alzados de romper el orden constitucional, y no necesitaba la exigencia complementaria de que además se usara de la violencia. Lo que le importaba al legislador era lo primero, no lo segundo.

Por si eso no bastara, el artículo 217 prescindía incluso del alzamiento como medio comisivo, castigando también como rebeldes a quienes cometieran “por astucia o cualquier otro medio contrario a las leyes” algunos de los delitos del artículo 214. Esto suponía castigar también como rebelión la consecución, por medios distintos de un público alzamiento, de los mismos fines señalados a éste. Tan claro era el propósito del legislador de defender el orden constitucional frente al secesionismo, que sancionaba también a quienes “atentaran contra la integridad de la nación española o la independencia de todo o parte del territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal nación” (artículo 217-3).

En definitiva la proclamación o declaración que nos planteamos como hipótesis fue antes del régimen democrático, y siguió siendo durante éste hasta 1995, un delito de rebelión contra el orden constitucional. Hoy no lo es.

Quizá pueda pensarse que por tratarse de una pura proclamación o declaración de contenido político y formulación jurídica siempre se puede subsanar por la vía de la impugnación judicial. Es posible. Pero no olvidemos que en España la desobediencia a los tribunales que restablecen el derecho y declaran la ineficacia de una independencia territorial proclamada es hoy un delito contra la administración pública, suavizado por la admisión de una posible exención basada en la ilegalidad de lo judicialmente decidido, y castigada con una pena económica de multa y otra de inhabilitación.

Esta es la defensa que del orden constitucional hoy brinda el Código Penal, llamado Código de la democracia, frente a un hecho tan grave para la misma democracia como el que consideramos; y que, de suceder, traspasaría los límites del debate político para entrar directamente en los libros de Historia. Creo que lo expuesto justifica sobradamente una reforma en este campo.

D. LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES

Se ha de reflexionar alguna vez sobre la desafortunada distribución de competencias que, para el conocimiento de los hechos expuestos con anterioridad, presenta la legislación española.

Es muy probable que quienes los realizaran desafiando el orden constitucional fueran autoridades autonómicas aforadas. Este era el caso por ejemplo de quien desobedeció las órdenes dadas por el Tribunal Supremo. Todos los Estatutos de Autonomía reiteran la misma regla: competencia del Tribunal Superior de Justicia de

la Comunidad para los hechos de los aforados cometidos en el territorio de ésta, y competencia de la Sala II del Tribunal Supremo para los cometidos fuera de ese territorio. No es difícil imaginar los graves problemas que su enjuiciamiento plantea en el primer caso. Pensemos por ejemplo en un delito de rebelión para la secesión de esa parte del territorio español, que haya de juzgarse precisamente en el territorio de cuya secesión se trata.

Sólo caben dos posibilidades. Y me temo que ninguna de ellas resuelve ya el problema.

La primera es la modificación de las normas del aforamiento en lo que tienen de distribución competencial. No es imaginable que esta reforma pueda ya hacerse al menos a medio plazo.

La otra es la inclusión en el propio Código Penal, lo que sí es posible, de normas sobre lugar de comisión del delito. En teoría tres son los criterios utilizables: entender que el delito se comete en el lugar donde se despliega la acción típica; considerarlo cometido en el lugar donde ocurre el resultado de esa acción y que no tiene que coincidir necesariamente con el lugar donde ésta se realiza; y entender, para evitar los inconvenientes de las dos teorías anteriores, que no son del caso examinar ahora, que el delito pueda estimarse cometido tanto en uno como en otro lugar. De estas tres teorías la de la acción, la del resultado y la llamada de la ubicuidad, es ésta última la dominante en la doctrina. Nuestro Código Penal nada dispone al respecto, aunque no faltan autores que entienden que, al optar por la teoría de la acción en el artículo 7 para determinar el “momento” de la comisión del delito a los efectos de establecer la concreta ley aplicable, necesariamente también resuelve, con el mismo criterio de la acción, el problema del “lugar” de la comisión del delito. Esta opinión no es convincente ya que “lugar” y “momento” de comisión son problemas distintos, que no tienen por qué resolverse con expedientes teóricos idénticos. Y de ahí que en la

doctrina española y la jurisprudencia prime el criterio de la ubicuidad. Ahora bien, una norma positiva que consagrara expresamente este criterio, reiterando lo que en la práctica ya se hace, tampoco resolvería grandes cosas. La idea de la ubicuidad no resuelve el problema representado por la atribución de competencia al Tribunal Superior de Justicia, para los delitos en que acción y resultado se sitúan dentro del territorio de la Comunidad. Tampoco resuelve el de los delitos de mera actividad, activa o pasiva, que desarrollada en ese territorio no necesitan para su consumación resultado alguno ni dentro ni fuera; que es precisamente lo que sucede en no pocos de los ataques delictivos contra el orden constitucional.

Quede a pesar de todo constancia del problema, que disminuye y mucho la eficacia de la respuesta punitiva que en nuestro Código Penal pudiera dar a los hechos delictivos a que nos hemos referido.

Si esto sucede con los aforamientos autonómicos, el problema también es preocupante con relación a la competencia para enjuiciar estos delitos contrarios al orden constitucional cuando se cometen por no aforados, si bien la solución es más fácil.

La propia naturaleza de esos tipos penales, sobre todo los que tienen filiación secesionista, que son los de mayor envergadura y capacidad para conmocionar la estabilidad de todo el sistema constitucional, no aconseja, por razones obvias, la sustanciación de los procesos ante los órganos del territorio aquejado del problema del independentismo, tan ligado como está además a la actividad terrorista. Por tal razón el terrorismo compete a la Audiencia Nacional. Los otros delitos emparentados con los fines del terrorismo, aunque sin los instrumentos violentos de éste, deberían por análogo motivo ser también competencia de la Audiencia Nacional, que debería extender su conocimiento a un listado de delitos del Código Penal de 1995.

Pues bien, todavía hoy la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 65 sigue atribuyendo a la Audiencia Nacional el conocimiento de los “delitos contra el Titular de la Corona su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y Forma de Gobierno”, que es precisamente la rúbrica de un Código Penal que no existe, es decir la del capítulo 1 del Título II (delitos contra la seguridad interna del Estado) del Código Penal de 1973, derogado hace más de diez años.

Semejante anacronismo obliga entonces a establecer las equivalencias entre uno y otro cuerpo legal. Ni la traición, que estaba en el capítulo 1 del Título I del Código Penal de 1973; ni la rebelión, que estaba en el capítulo 3 de su Título II, ni la sedición, que integraba el capítulo 4 del mismo Título, están comprendidos en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional puesto que ese ámbito de competencia expresamente se contrae al capítulo 1 del Título II del Código Penal de 1973, y por lo mismo a ninguno de los delitos que con anterioridad hemos visto como de grave ataque a la estabilidad del orden constitucional. Serían las Audiencias Provinciales y los Juzgados situados en los diferentes territorios de España los que tendrían que asumir el conocimiento de, por ejemplo, una rebelión secesionista, mientras que la Audiencia Nacional se ocuparía de otros temas con jurisdicción en toda España, incluido el terrorismo, dirigido como sabemos a procurar, a través de la violencia y el crimen, esa misma secesión.

Con este panorama no parece que las leyes penales sustantivas y procesales estén brindando al orden constitucional español la protección que necesita en el momento actual, y desde luego en modo alguno la que necesitará en un futuro próximo. Urge una reforma a fondo de la competencia de la Audiencia Nacional por razón de la materia, y que se atribuya a este Tribunal con jurisdicción extendida a toda España, pero con sede en Madrid al abrigo de presiones y represalias, el conocimiento de los delitos a que nos hemos referido hasta ahora. Cuando menos que lo tenga con

relación a las personas no aforadas, dado que éstas se rigen por las normas estatutarias especiales.

E. EL PROBLEMA DE LA BANDERA

Cada día son más frecuentes los conflictos por la negativa de algunas Autoridades a colocar en sus edificios oficiales la bandera de España, con infracción de lo dispuesto en la Ley 39/1981, de 28 de octubre.

No falta voces que sostienen la posible comisión en tales casos de un delito de ultraje u ofensa a la bandera de España tipificado en el artículo 543 del Código Penal, que integra el capítulo VI del Título XXI dedicado a los delitos contra la Constitución.

Con independencia de la simbólica pena prevista para este delito, que por su naturaleza bien merecería una sanción mayor, proporcionada a su auténtica gravedad – la que tienen verdaderamente los auténticos y genuinos ultrajes a la bandera nacional –, me parece discutible que la pura omisión de su colocación sea, sin más elementos, subsumible en ese tipo penal. Es dudoso que la simple inactividad que representa su falta de colocación tenga un contenido calificable de verdadera afrenta. Si la colocación en los edificios oficiales tiene más de afirmación identitaria a través de la exhibición pública del emblema nacional en el edificio público, que de verdadero acto de homenaje continuado hacia la bandera exhibida, me parece lógico entender que la omisión de su colocación no es tanto una afrenta a lo que ella simboliza, cuanto una negación de lo que con su colocación se afirma o se reconoce. Son dos cosas muy diferentes y me parece que el delito del artículo 536 debe reservarse para lo que está: las afrentas y las injurias a la bandera española y no para las afirmaciones o negaciones de una identidad nacional que algunos discuten.

Si se quiere que su omisión sea una manera de afrentarla o injuriarla debe crearse entonces esta modalidad de delito omisivo como un subtipo de la figura hoy contenida en el artículo 543 del Código Penal.

Pero más correcto me parece dejar el delito como está, para castigar, con pena menos simbólica, eso sí, las afrentas por actividad de contenido positivo y ultrajante, y reconducir la pura omisión de su colocación a lo que esa omisión es en realidad: un incumplimiento de la norma que obliga a su exhibición. Norma que por ello debería poder imponerse coactivamente por decisión judicial con el mandato expreso de su observancia y la orden imperativa de la colocación de la bandera. Y de nuevo volvemos a lo mismo: esta orden judicial restablecedora de la Ley y de la norma incumplida es la que situaría la mantenida y reiterada omisión en el campo que le corresponde, que no es otro que el de una desobediencia a la norma, convertida en desobediencia al mandato judicial por virtud de la resolución dictada.

El incumplimiento de una Ley es difícilmente calificable como una afrenta cuando resulta que su cumplimiento no es necesariamente un homenaje. Pero no hay duda de que es una desobediencia negarse a cumplir la decisión judicial. Una vez más el raquitismo a que se ha visto sometido este importante delito, que habría de cumplir un papel fundamental en el Estado de Derecho, es lo que ha llevado a forzar tantas veces la interpretación de otros tipos penales contruidos para otras acciones distintas.

F. CONCLUSIÓN

Podríamos continuar el repaso del Código Penal buscando sus numerosas deficiencias como cuerpo legal de ordenación social, y de defensa de los bienes jurídicos más relevantes. Desde luego los que sustentan el orden constitucional forman parte principal de ellos. Sin embargo nuestro Código Penal tantas veces

modificado y vuelto a modificar para la protección de bienes individuales, personales o patrimoniales, frente a la llamada delincuencia callejera, permanece anclado en una grave posición de indiferencia y de olvido de su misión como garante fundamental del orden constitucional y democrático, fuera del cual ni existe el Estado de Derecho, ni sobreviven los valores y bienes de carácter individual.

No son estas líneas un análisis jurídico. Ni pretenden una elaboración aunque mínima de una reforma necesaria. Pero quizá sirvan para dejar constancia de una preocupación grave que los acontecimientos más recientes, y los que previsiblemente sucederán en un futuro próximo, no hacen más que aumentar. Me limito a reflexionar en voz alta y llamar la atención sobre algo que urge, y que necesita sentido de la anticipación, para poner a punto los mecanismos de Derecho Penal defensores de la Constitución ante agresiones inmediatas, cuando todavía es posible diseñar las respuestas. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación Española, patria común e indivisible de todos los españoles. La lectura del Código Penal da a entender que este importante cuerpo legal no tiene debida conciencia de la importancia de esta idea básica, ni del riesgo que corre su mantenimiento.

Escribía Jorjue Manrique en las Coplas a la muerte de su padre el
Maestre Don Rodrigo

Non mirando nuestro daño

Corremos a rienda suelta,

Sin parar.

Desde vemos el engaño

e queremos dar la vuelta

No ha lugar.

No se si todavía nosotros estamos a tiempo.

ADOLFO PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR

Madrid, 31 de marzo de 2008.