

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

89

Las Palmas de Gran Canaria, 1994



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA PROTECCIÓN DEL ESTADO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

JUAN TERRADILLOS BASOCO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DENOMINADO GARANTISMO PENAL.
- III. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992.
 - A) Delitos contra el sistema constitucional.
 - B) Delitos contra los poderes y orden públicos.
 - 1. Sedición.
 - 2. Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes.
 - 3. De los ultrajes a España.

4. De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.
5. De los desacatos a la autoridad y a los demás funcionarios públicos.
6. De los desórdenes públicos.

C) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

- a) Terrorismo.
- b) De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

D) Delitos relativos a la defensa nacional.

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos jurídico-penales que el Estado arbitra en pos de su autotutela son, sin duda, una buena piedra de toque para determinar *cómo* es ese Estado.

Porque cuando hablamos del Estado o, mejor, cuando la ley penal habla del Estado, se alude a una realidad rica en matices, que no puede ser captada a través del Derecho punitivo, pero que, en cualquier caso, se identifica con un formidable aparato de poder que se justifica como medio de obtención de determinados fines. En el Estado democrático, como medio de garantía y potenciación de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Garantizar estos fines requiere asegurar los medios necesarios para ello. Pero de inmediato se advierte que el acento de la protección puede ponerse en los medios, incluso sacrificando ciertos objetivos. O en los fines, incluso recortando la tendencia expansionista y autojustificante de los medios.

En el primer caso se trata de proteger al Estado en las instituciones organizativas que lo configuran y en la forma en que éstas se relacionan entre sí; se trata de proteger el correcto funcionamiento del aparato estatal, que progresivamente se aleja de los centros políticos de decisión y dirección ⁽¹⁾. El aspecto capital a destacar es el Estado como aparato de control, y serán penalmente relevantes los comportamientos que pueden atacar tal capacidad de control. Es lo que sugiere, a fin de cuentas, la fórmula del vigente Código Penal “delitos contra la seguridad interior del Estado” ⁽²⁾.

La noción de Estado democrático es, sin embargo, incompatible con la reducción de lo estatal al nivel de mero mecanismo de control. Y mucho más incompatible con la concepción del Derecho penal como instrumento de control al servicio de otros instrumentos de control.

El Estado es democrático en la medida en que se asienta sobre la capacidad y actividad participativa de los ciudadanos y grupos sociales. Y en la medida en que las potencia. El (inevitable) aparato de control estatal no

(1) Vid., J.R. SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona 1988, págs. 70-71.

(2) Sobre la doble interpretación, liberal y autoritaria, de la fórmula “seguridad interior del Estado”, vid., G. PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid 1990, págs. 32 a 41.

puede, en consecuencia, construirse o actuar de espaldas a esa idea de participación, ni puede aparecer como un cuerpo separado del resto del sistema. La organización político-estatal tiene un carácter nítidamente instrumental con respecto a los objetivos últimos de cada modelo político-jurídico⁽³⁾. Y el sistema penal, en su tarea de protección de bienes jurídicos, sólo puede tutelar aquella organización en la medida en que sea imprescindible para garantizar esos objetivos. Es lo que sugiere la fórmula, adoptada por el Proyecto de Código Penal de 1992 (PCP), de “delitos contra el sistema constitucional”.

El equilibrio entre la auto-tutela de los aparatos estatales de poder —sin menoscabo de las libertades— y la protección de éstas —sin recortar la de aquéllos, que son su condición— no siempre se logra. Por eso, desde antiguo, ésta ha sido una de las materias más controvertidas del derecho penal y uno de los índices más claros para dar cuenta de los vaivenes del Estado moderno entre el autoritarismo y la apertura democrática distintiva de las aspiraciones de los revolucionarios de 1789⁽⁴⁾.

La ideologización, siempre inevitable en la creación y aplicación del Derecho, lo es aún más aquí. En pocos puntos como en éste puede detectarse la realidad de que ideología y Derecho van indisolublemente unidos⁽⁵⁾. Y no puede ser de otro modo, porque en la sociedad moderna no se gobierna mediante la imposición directa y bruta de las alternativas ideológicas. Hoy es imposible gobernar sin recurrir a la *mediación jurídica*, que no es sino una técnica para hacer duraderas las formas sociales y para dotar de vigencia a las decisiones políticas. Derecho es, entre otras cosas, la decisión política objetivada y, en consecuencia, nada es tan político, según advierte LÓPEZ GARRIDO, como el Derecho aunque siempre nazca con la vana pretensión de despolitizar lo que toca⁽⁶⁾. De ahí que las ideologías totalitarias aparezcan con especial nitidez en el Derecho penal protector del Estado, que se convierte en esas ocasiones en instrumento de auténtico terror penal.

Y no será ocioso recordar aquí que si a raíz de la definitiva implantación del Estado moderno los términos terror y terrorismo se reservan a la violencia política que se ejerce contra el poder, en momentos históricos previos al Estado de Derecho, el término “terror” —cuyo origen es inseparable de los nombres de ROBESPIERRE y SAINT JUST— había podido designar, y con carácter prevalente, al terror institucional⁽⁷⁾.

(3) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona 1991, págs. 383-384.

(4) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., pág. 384.

(5) Vid. J. TERRADILLOS BASOCO, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado*, 1 (1991), págs. 12 a 14.

(6) D. LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Madrid 1987, pág. 77.

(7) Vid., J. CARO BAROJA, *Terror y terrorismo*, Barcelona 1989, págs. 15 a 29.

Si es cierto que la historia de las penas es más infamante para la humanidad que la historia de los delitos, ni una ni otra son equiparables, por ferocidad y dimensiones, a la historia de la delincuencia de los Estados. Baste pensar, por limitarnos a nuestro siglo, en los horrores coloniales, en los genocidios nazis, en los exterminios estalinistas⁽⁸⁾. Lo que en síntesis ha ocurrido es, por tomar las imágenes de HOBBS, que ese “hombre artificial que es el estado”, nacido para domesticar y poner freno al hombre natural (*homo homini lupus*), se ha transformado a veces en lobo artificial. “Y los lobos artificiales se han revelado más salvajes, incontrolables y peligrosos que los hombres naturales que los habían creado para confiarse a su protección”⁽⁹⁾.

Quizá no sea posible detectar hoy en los países de nuestro círculo de cultura ejemplos de ese *lobo artificial*. Pero sí es evidente el resurgir —siquiera sea en ámbitos concretos como el del terrorismo— de campañas de ley y orden que no son sino traducción de la denominada ideología de la seguridad. Como consecuencia de esa ideología de la seguridad, se hace que la *razón de Estado* pueda prevalecer sobre la *razón jurídica*. El principio legítimo de la intervención punitiva no será entonces jurídico, sino directamente político y la *salus reipublicae* se erige en norma suprema, ocupando el lugar de la ley como sistema de garantías y de obligaciones recíprocas⁽¹⁰⁾.

II. EL DENOMINADO GARANTISMO PENAL

El objeto de nuestra reflexión va a ser el estudio de ciertos preceptos dirigidos a la protección del Estado o, dicho de otro modo, de alguno de los delitos que, con la terminología del Código Penal vigente, podríamos considerar delitos contra la seguridad del Estado. De ahí que, por lo dicho, tengamos que detenernos en la inevitable referencia a los principios del garantismo penal, con los que hemos de contrastar las opciones político-criminales plasmadas por nuestro pre-legislador en el PCP y en las enmiendas que al mismo se han formulado en sede parlamentaria.

La primera connotación del garantismo es la primacía axiológica de lo que FERRAJOLI llama el “punto de vista externo” sobre el “punto de vista

(8) Sobre manifestaciones más próximas del fenómeno, vid., el ensayo de N. CHOMSKY, *La cultura del terrorismo* (trad. J.L. Mustieles), Barcelona 1989.

(9) L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*, 2ª ed., Roma-Bari, 1990, pág. 980.

(10) J. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid 1988, pág. 25.

interno” del sistema político, lo que es tanto como proclamar el carácter instrumental del Derecho y del Estado respecto a fines, valores, necesidades e intereses extra-estatales y meta-jurídicos. Punto de vista externo quiere decir, ante todo, punto de vista de la persona. Su primacía equivale, por tanto, a la primacía de la persona como valor o, más bien, de los valores de la persona y, con ellos, de todas las específicas y distintas identidades⁽¹¹⁾.

A partir de esta premisa, el modelo garantista de Derecho, precisamente en el ámbito penal, es el modelo de estricta legalidad propio del Estado de Derecho caracterizado en lo epistemológico como sistema cognitivo o de poder mínimo; en lo político, como técnica de tutela idónea para minimizar la violencia y maximizar la libertad; y, en lo jurídico, como sistema de vínculos que limitan el *ius puniendi* para garantizar los derechos de los ciudadanos⁽¹²⁾.

En lo penal, este modelo se traduce en la vigencia de los principios de legalidad, culpabilidad, bien jurídico e intervención mínima.

Finalmente, hay que tener en cuenta que no basta con la solemne proclamación, incluso en sede constitucional, de unos valores o principios. Es necesario descender en el análisis a los niveles normativos más bajos que producen —y en ocasiones traicionan— las líneas programáticas, generando graves divergencias entre vigencia formal y eficiencia⁽¹³⁾.

III. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

A) Delitos contra el sistema constitucional

El primero de los Títulos en que hemos de detenernos es el XVIII: delitos contra el sistema constitucional, bien jurídico que, de acuerdo con lo dicho, no puede contemplarse desde perspectivas meramente formales, que lo identifican con el vago y utilitario concepto de seguridad del Estado y que a la postre llevan a reputar ataque contra el Estado cualquier manifestación de disidencia con los detentadores coyunturales del poder. La seguridad del Estado sólo puede entenderse a partir de la configuración misma de que éste se dota, y que queda plasmada en la Constitución. Seguridad del Estado es, en consecuencia, seguridad del orden constitucional.

(11) FERRAJOLI, *Diritto...*, cit., págs. 947-948.

(12) FERRAJOLI, *Diritto...*, cit., pág. 891.

(13) Sobre el tema, vid. J. TERRADILLOS BASOCO, “Constitución y ley penal. La imposible convergencia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, monográfico núm. 11, págs. 651 a 665.

Inicialmente sorprende que se recojan como contrarios al sistema constitucional sólo los delitos de rebelión y contra la Corona, como si las Cortes Generales, el Gobierno y otras instituciones⁽¹⁴⁾ no tuvieran tal carácter constitucional.

Consideraciones sistemáticas al margen, no porque sean triviales sino porque las deficiencias de este orden pueden ser subsanadas por el intérprete, hemos de centrarnos en el examen del articulado.

Y, ya en ese ámbito, sorprende también que el art. 456.2 PCP castigue como autores de rebelión a los que *“en forma diversa de la prevista en el Capítulo I del Título XXI (delitos de traición), atentaren 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”*.

La verdad es que, al ser un tipo de recogida (*“en forma diversa de la prevista”*), cualquier alegato independentista podría entenderse constitutivo de rebelión, lo que se compaginaría mal con la libertad ideológica y política, además de con el principio de legalidad. Quizá por ello el Grupo Parlamentario Vasco postula en su enmienda nº 244 la supresión de este precepto, ya que *“la independencia de una parte del territorio nacional constituye un objetivo declarado jurisprudencialmente legítimo”*. En el mismo sentido se pronuncia la enmienda 457 del diputado Azcárraga. Menos crítica, la enmienda 811 de IU-IC propone acotar el tipo y habla de *“cualquier clase de acciones... fuera de las vías legales”*, lo que tampoco supone acotar demasiado.

El art. 472 castiga como delito contra el sistema constitucional, con pena de prisión de uno a tres años, la utilización de *“... la imagen del Titular de la Corona, o de su cónyuge, o del Regente o de algún miembro de la Regencia o del Sucesor de cualquier forma que pueda perjudicar el prestigio de la Corona”*. Habida cuenta de que el nº 10 del mismo artículo contempla las injurias a las mismas personas, el precepto en cuestión sólo puede castigar comportamientos amparados por la libertad de expresión y de crítica⁽¹⁵⁾, o que, por su carácter baladí, deben quedar al margen de la tutela penal.

B) Delitos contra los poderes y orden públicos

La Exposición de Motivos explica que se recogen en este Título delitos *“que tienden a impedir o, al menos, despreciar o ignorar el funcionamiento y*

(14) La enmienda 827 de IU-IC pide la consideración conjunta de estos tres pilares fundamentales del sistema constitucional en este capítulo II del Título XVIII.

(15) En este sentido se pronuncia la enmienda de GONZÁLEZ LIZONDO y OLIVER CHIRIVELLA (Unión Valenciana).

reglas del Estado de Derecho"; lo que es paladino reconocimiento de que la política penal de orden público no puede llevarse a cabo negando derechos fundamentales y principios garantizadores que constituyen la esencia de ese modelo de Estado ⁽¹⁶⁾.

Al respecto, ha denunciado Ignacio SOTELO, corroborando hipótesis manejadas ya en 1983 por Manuel BALLBE en su monografía *Orden Público y militarismo en la España constitucional*, que el hecho de que la política de orden público responda a principios militares "...no es un mal propio del absolutismo fernandino o del franquismo, sino que ha sido y continúa siendo una característica..." constante en nuestro país, incluso en períodos en los que, como es el caso de la II República, pudiera esperarse lo contrario ⁽¹⁷⁾. Examinaremos en qué medida esos lastres del pasado han sido superados o, por el contrario, informan, más o menos subrepticamente, el texto propuesto por el PCP.

1. *Sedición*

Encabeza el Título el delito de sedición, regulado en términos distintos a los hoy vigentes, y reducido correctamente al alzamiento no constitutivo de rebelión para impedir la aplicación de las leyes o el ejercicio de sus funciones por parte de autoridades y funcionarios.

Pero la correcta técnica, y con ella el principio de legalidad, no brilla a gran altura en el art. 477.1 cuando, siguiendo los pasos del vigente 221 determina que "*Si llegare a tener efecto la sedición, los seductores se reputarán promovedores*". El empleo de estos términos, olvidando los ya acuñados legal, doctrinal y jurisprudencialmente, de proposición, provocación e inducción, será prenda segura de perplejidad para el intérprete y de ineficacia para el precepto.

El castigo de la apología de sedición también se hace acreedor de la tacha de desmesura punitiva, ya que se considera como tal la exposición de ideas o doctrinas "...tendientes a considerar como encomiables hechos que sean constitutivos de los delitos referidos en este Capítulo o a sus autores". Es menester que el comportamiento punible sea de auténtica apología ⁽¹⁸⁾, y por ello podría castigarse, como mucho, ensalzar dichos hechos, rehuendo la amplísima y confusa fórmula del PCP.

(16) Sobre el concepto legal y jurisprudencial de orden público, vid., MAPELLI CAFFARENA-ASENCIO CANTISAN, "La ocupación colectiva de la vía pública", en *Poder Judicial* 10 (1988), págs. 147 a 149.

(17) I. SOTELO, "Militarismo y orden constitucional", en *EL PAIS*, 30-marzo-1993.

(18) Tal como preconiza la enmienda 1.224 presentada a este artículo por el Grupo Parlamentario Popular.

Con todo debe recordarse que el castigo indiscriminado de la apología supondrá, cuando se dirige a la mera manifestación de disidencia política, una vulneración de la libertad de expresión; y cuando aquélla alcanza la categoría de provocación, puede y debe castigarse como tal⁽¹⁹⁾.

La modificación más importante de los delitos de sedición es la desaparición del actual art. 222, “*todavía incomprensiblemente vigente*”, según observa la Exposición de Motivos.

Incomprensiblemente vigente porque el art. 222.1.º, lo fue objeto de examen por la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, que lo estimó compatible con la Constitución siempre que se entendiese que se actúa con la finalidad de “subvertir la seguridad del Estado”. Con esta exigencia se llega, en la práctica, como con razón afirmó ARROYO ZAPATERO, a los mismos resultados que si se hubiera derogado⁽²⁰⁾.

La derogación, sin embargo, no se ha producido en las reformas del CP subsiguientes a la sentencia citada, lo que ha originado problemas reales sobre su aplicabilidad⁽²¹⁾.

Por las mismas razones que ha esgrimido la doctrina para pedir la derogación del art. 222, hay que criticar a su heredero en el PCP, el art. 390. Éste castiga, en efecto, con multa e inhabilitación, a la autoridad o funcionario público que promoviere, dirigiere u organizare el abandono colectivo e ilegal de un servicio. Se eleva así lo que no es sino ejercicio irregular del derecho de huelga a la categoría de delito; se viola, en lo objetivo, el principio de lesividad, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el franquista por su origen art. 222.1.º, no se exige que se ocasione trastorno a los servicios públicos ni que se altere su normalidad; y se amplía, en lo subjetivo, el ámbito de lo punible, ya que, con la interpretación del actual art. 222.1.º impuesta por el TC, hoy es necesario incorporar al dolo del autor la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, requisito no exigible en el PCP, pues el delito en cuestión se enmarca entre los que afectan a la Administración Pública.

2. *Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*

La protección de las instituciones del Estado debe, como se ha dicho, tener un carácter instrumental con respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas, asumiendo el Derecho penal en este ámbito su papel de *ultima ratio*.

(19) VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia 1988, pág. 55.

(20) L.A. ARROYO ZAPATERO, “Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal. II*, Madrid 1983, pág. 215-216.

(21) BAYLOS-TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid 1990, págs. 158 a 160.

No puede afirmarse que el PCP responda fielmente a esta idea. El art. 493, p. ej., castiga con prisión de uno a tres años a quienes “*injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos determinados*”. Sin embargo, las amenazas, poco imaginables dada la índole del sujeto pasivo según constata la sentencia TS (2ª) de 27-junio-1986, pueden tener acogida en otros preceptos. En cuanto a las injurias, supondrán, a tenor del art. 208, ataque a la “*...dignidad de otra persona*” y, por ello, son de difícil apreciación cuando afecten a un colectivo tan despersonalizado y numeroso. Es posible que estemos ante una designación genérica de sujetos pasivos individuales y no frente a un sujeto pasivo colectivo⁽²²⁾. Pero, en una consideración *de iure condendo*, hay que sacar la conclusión de que tratándose de amenazas o injurias a sujetos pasivos individuales, nada justifica que no se sometan estos hechos a la disciplina de los tipos genéricos⁽²³⁾.

Cierto exceso es también detectable en el art. 481 que castiga las meras manifestaciones, aunque no hubiere fuerza ni intimidación, ante las sedes parlamentarias cuando estén reunidas. Aunque, como hace este artículo, sólo se castigue a promotores o directores, se trata de modalidades del derecho de reunión, que no pueden estimarse delictivas. Debe recordarse al respecto que la doctrina, con pocas excepciones⁽²⁴⁾, ha entendido que no es subsumible aquí el mero ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, y exige la idoneidad objetiva y la finalidad subjetiva de coaccionar la libre voluntad de las Cortes⁽²⁵⁾.

Esa idoneidad para interferir en las tareas legiferantes, incorporada al tipo subjetivo, debería haberse recogido en el texto del PCP, pero se ha preferido repetir la defectuosa redacción actual.

En cualquier caso, la pena prevista —prisión de tres a cinco años— debe reputarse excesiva⁽²⁶⁾, y más si se compara la hoy vigente —confinamiento (art. 150)— con la propuesta.

El art. 482, por su parte, castiga en su nº 10 con prisión de dos a cuatro años a quien sin alzarse ni portando armas o instrumentos peligrosos intentare penetrar, incluso actuando solo, en el Congreso de los Diputados o en el Senado para presentar peticiones a los mismos. Debería modificarse profun-

(22) Y así lo argumenta atinadamente, a propósito del vigente art. 242, VIVES ANTÓN (*Derecho Penal...*, cit., pág. 169).

(23) Es evidente el riesgo de resucitar los delitos de opinión, tal como denuncia la enmienda 1.234 del Grupo Parlamentario Popular.

(24) RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 14ª ed., Madrid 1991, pág. 697.

(25) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Valencia 1990, pág. 608. J.J. QUE-
RALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona 1992, pág. 752.

(26) Así lo denuncia la enmienda nº 14 del diputado Pérez Bueno.

damente este texto, ya que el art. 77 de la Constitución prohíbe sólo la petición directa por manifestaciones ciudadanas. El Código Penal no puede ir más allá y entrar en contradicción con la Constitución⁽²⁷⁾, penalizando lo que ésta no prohíbe. Y menos imponiendo una pena de hasta cuatro años de prisión para quien presente la petición en persona y sin portar armas, conducta para la que el preconstitucional art. 153, hoy vigente, prevé simplemente el destierro.

El art. 491 brinda, en términos generales, idéntico tratamiento jurídico-penal a las Cortes Generales y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Pero el 489 castiga a los que, apercibidos legalmente, dejaren de comparecer ante una Comisión de las Cámaras, no ante las Asambleas legislativas autonómicas. Por ello, parece oportuna la enmienda 439 del Grupo Parlamentario Catalán, en el sentido de dar idéntico tratamiento al que hurta su comparecencia ante ambos órganos legislativos.

Por lo mismo es oportuna la enmienda 440, del mismo grupo parlamentario, o la enmienda 21, del Diputado Pérez Bueno, que pretenden que la protección que se brinda al Defensor del Pueblo se dispense a quienes, en el seno de las instituciones autonómicas, desempeñen idéntica función.

3. *De los ultrajes a España*

Pocas dudas puede merecer la valoración positiva de la opción seguida por el PCP en este punto. En efecto, como recuerda la sentencia TS (2ª-Vivas Marzal), el delito de ultraje a la nación es hoy una infracción contra la seguridad exterior del Estado y “*dentro de ellas, un hecho punible de traición impropia*”.

Una más correcta valoración de estas conductas debe llevar, sin embargo, a relativizar su importancia y a suavizar, en consecuencia, las penas. Más radicalmente QUERALT JIMÉNEZ propone la supresión de este “*poco recomendable*” y “*desdichado*” artículo⁽²⁸⁾.

Así, la Exposición de Motivos aclara que “...*elementales razones de ponderación de bienes jurídicos llevan a señalar una pena notablemente inferior a la que establece el Código vigente, que formalmente permite que el ultraje a la Nación o a la bandera pueda ser castigado hasta con doce años de prisión*”. En coherencia con esta valoración, la pena prevista en el PCP (art.

(27) En el mismo sentido, mantiene la inconstitucionalidad del vigente art. 153 párrafo segundo QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 753.

(28) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 763-764. En sentido semejante, J.M. TAMARIT SUMALIA, “El delito de ultrajes a la nación”, en *Actualidad penal*, 47 (1989), págs. 2.616 a 2.620.

498) es la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

4. *De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*

Es positiva la supresión de la definición de atentado que hoy contiene el art. 231-1º, calificada en la Exposición de Motivos, y con razón, como “*absurda*”. También es positiva la mejor delimitación que se hace de los respectivos ámbitos de la resistencia y de la desobediencia, definida aquélla como “*...modalidad de atentado caracterizada por una violencia que arranca de la negativa a hacer lo que la Autoridad o su agente exigen; en cambio, la desobediencia queda nítidamente caracterizada como actitud manifiesta de incumplimiento de orden, pero sin comprender la violencia*” (Exposición de Motivos).

El respeto al principio de legalidad no es, sin embargo, absoluto en el art. 501.2 que castiga con penas que pueden llegar a los veinticinco años de prisión a quien atentare “*...contra cualquier otra autoridad o funcionario en el desempeño de misión o cargo de especial trascendencia para la Justicia, la seguridad pública o con motivo u ocasión de su ejercicio*”⁽²⁹⁾.

Tampoco se ha guiado el PCP por criterios de proporcionalidad y ponderación de la pena en el art. 503, que permite castigar la conspiración, provocación y proposición para realizar delitos de atentado con pena inferior en un grado (o dos) a la del delito correspondiente. Con lo que puede llegarse a la no deseable consecuencia de que estos actos preparatorios puedan tener la misma pena que la tentativa (art. 58).

5. *De los desacatos a la autoridad y a los demás funcionarios públicos*

El desacato de los arts. 507 y 508 se construye sobre los mismos tipos de los delitos contra el honor y las amenazas, lo que supone un avance, en aras de la necesaria claridad, sobre el Derecho vigente.

Además se produce, con respecto a la situación actual, una importante reducción de lo punible al exigirse que estos delitos hayan de ser cometidos en presencia de la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones. Pero la reducción no llega a la total supresión.

La razón para ello es, según la Exposición de Motivos, que el desacato “*...entraña una perturbación del necesario sometimiento al Estado de Dere-*

(29) En opinión de la enmienda 1.243 del Grupo Parlamentario Popular, “...no cabe mayor indeterminación”.

cho, que en el atentado es física y aquí verbal, pero cuya impunidad, en el plano político-criminal, daría lugar a hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes”.

El alegato no logra imponerse frente a los poderosos argumentos que hacen que la generalidad de la doctrina se incline hoy por preconizar la desaparición de los delitos de desacato. Múltiples son las razones que avalan esta opción doctrinal. Mientras para OCTAVIO DE TOLEDO⁽³⁰⁾, QUERALT JIMÉNEZ⁽³¹⁾ y MORILLAS CUEVAS⁽³²⁾ se trata de delitos que descansan en la confusión entre el respeto debido a las instituciones públicas y el honor o dignidad de las personas físicas que coyunturalmente las representan, para QUINTERO OLIVARES⁽³³⁾ la protección privilegiada del honor de unas personas frente a la menos contundente del honor de otras es incompatible con el principio de igualdad. Si MORALES PRATS⁽³⁴⁾ reivindica una mayor protección de la libertad de expresión e información, puestas en entredicho por la amplia criminalización actual de los desacatos, MUÑOZ MACHADO⁽³⁵⁾, desde la perspectiva administrativa, observa que los agravios a las personas con actividad pública deberían ser menos castigados que las injurias genéricas, ya que encierran una crítica política que debe protegerse especialmente, y MUÑOZ CONDE⁽³⁶⁾ denuncia la ideología autoritaria subyacente al refuerzo penal de la *maiestas* y la *dignitas* de los representantes del poder.

Como se ve, el punto de referencia común a estas reflexiones doctrinales es la práctica imposibilidad de encontrar un bien jurídico distinto al honor de las personas físicas que justifique un tratamiento autónomo de la conducta.

La importante sentencia de 10-marzo-1992 (Ruiz Vadillo) se ve obligada a insistir en la “*dignidad de la propia función pública... o la función pública misma*”, y condena por desacato a quienes so pretexto de ejercicio de la libertad de expresión incurrir en “*el inequívoco insulto*” a ciertos Jueces. No puede ponerse en duda la corrección de la sentencia. Pero *de lege ferenda*, y ésa es la perspectiva que ahora nos ocupa, sería bueno no echar en saco roto la advertencia, que se hace en la misma resolución, de que “*...en un régimen*

(30) E. OCTAVIO DE TOLEDO, “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1 (1977), pág. 122.

(31) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 636.

(32) MORILLAS CUEVAS, “De nuevo sobre los delitos de desacato”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 17-20 (1989-1992), pág. 232.

(33) G. QUINTERO OLIVARES, “Sobre la pervivencia del delito de desacato”, en *Homenaje al profesor Sáinz Cantero. II*, Granada 1987, págs. 181 y ss.

(34) F. MORALES PRATS, “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 12-I, págs. 711-712.

(35) S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988, págs. 42 a 45.

(36) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág. 704.

democrático los tipos penales que de alguna manera coartan la libertad de expresión, como ocurre en el caso con el delito de desacato, han de mirarse con muchas reservas e interpretarse restrictivamente a la luz de los principios constitucionales de libertad de expresión y de crítica”.

Las conductas contempladas pueden castigarse como injurias o calumnias, y, si median amenazas, como atentado⁽³⁷⁾.

6. *De los desórdenes públicos*

El PCP borra, del catálogo de delitos constitutivos de desórdenes públicos, por haberse superado las circunstancias políticas que aconsejaron su criminalización, las perturbaciones de la normal actividad de un centro docente sin pertenecer al mismo. Se ha suprimido también la provocación a la rebelión y a la sedición, expresamente penada en su correspondiente lugar. Y se ha corregido la desmedida punición del apoderamiento y receptación de material destinado a servicios públicos relevantes⁽³⁸⁾.

Añade, en cambio, dos nuevas figuras: los intentos de perturbar el orden en los espectáculos culturales o deportivos y la exhibición pública de armas u otros instrumentos de agresión que puedan atemorizar a otras personas.

C) **Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas**

a) *Terrorismo*

En el Título XX se recogen los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Y entre ellos es digna de especial atención la regulación de la delincuencia terrorista, regulación que se ubica en este Título, pero también, de modo disperso, en otros pasajes del Código⁽³⁹⁾.

En principio se observa que no es una regulación muy respetuosa con el principio de legalidad⁽⁴⁰⁾, tan esencial al modelo de Estado contemporáneo

(37) En este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág. 688. También las enmiendas 825 de IU-IC y 1.250 del Grupo Popular.

(38) Sobre las críticas doctrinales y las reticencias jurisprudenciales frente a estos preceptos, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público”, en *Poder Judicial* 16 (1989), pág. 223, n. 86.

(39) Vid. J. GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid 1993, págs. 251-252.

(40) Ciertamente, la crítica podría realizarse con carácter general, ya que, como advierte LAMARCA PÉREZ (“Aspectos procesales y garantías en el terrorismo”, en *Cuadernos Jurídicos* 7 (1993), pág. 11), “el fenómeno terrorista ha provocado en las democracias occidentales la aparición de una normativa cada vez más rigurosa que constituye una paulatina degradación de las

que éste es, ante todo, Estado de Derecho. Así, se acude reiteradamente a términos equívocos o imprecisos. Basta fijarse en el art. 66 del PCP, heredero del vigente 57 bis a), que se construye en referencia a “*los hechos delictivos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*”; en el art. 529, que define la asociación ilícita terrorista por el hecho de que ésta incluya entre sus objetivos los de “*causar gran alarma social o atemorizar a la población*”; en el art. 531, que castiga no sólo al integrado en la banda, sino también a quien “*en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, ...cualquiera que sea el resultado*”; en el 532, que considera delictiva “*cualquier ...forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas*”.

Hay que pedir, en esta fase *de lege ferenda* una mayor precisión descriptiva, lo cual no sólo significará un mayor respeto al principio de legalidad, sino una simplificación del trabajo de fiscales y jueces que pueda redundar en una mayor eficacia penal.

La ponderación de las penas brilla igualmente por su ausencia. En efecto, el PCP, en aplicación del sofisma “*a grandes males grandes remedios*”, pretende hacer frente al terrorismo ampliando el ámbito de los sujetos criminalmente responsables y agravando cuantitativamente las sanciones⁽⁴¹⁾, quizá porque, como explica la Exposición de Motivos “*...en estos casos ...hay un componente expansivo de la antijuricidad que no puede darse por saldado con la pena referida exclusivamente al delito cometido*”.

En coherencia con esa idea, la mera integración en la banda terrorista, que de acuerdo con los criterios generales penalizadores de las asociaciones ilícitas, sería impune, pasa, de acuerdo con el art. 530, a constituir una conducta típica. Y el art. 532 amplía el ámbito de lo punible al castigar formas periféricas de colaboración con penas de diez años de prisión y multa, penas graves normalmente reservadas a los autores de graves delitos. Se invita así a colaboradores lejanos a participar, con el mismo riesgo, más activamente.

Este riesgo es tanto mayor cuanto que el tipo se conforma con que la colaboración no sea con actividades delictivas, sino con los fines de la banda. Lo que, literalmente interpretado, es criminalizar demasiado. Ciertamente que ya la sentencia del Tribunal Supremo de 2-febrero-1987 impone una interpretación estricta de este precepto —idéntico a sus precedentes—, pero, en esta

(41) J. TERRADILLOS BASOCO, “Reforma penal y terrorismo”, en TERRADILLOS BASOCO (coordinador), *El nuevo Código Penal. La reforma necesaria* (Actas del Seminario) “El nuevo Código Penal”, 12º curso de verano, Universidad de Cádiz, julio 1991, Cádiz 1992, pág. 5..

fase *de iure condendo*, es el propio texto legal el que debe definir con nitidez el alcance de la conducta delictiva.

Por su parte, el art. 66 del PCP, como su antecesor, el vigente 57 bis a), impone preceptivamente la agravación de las penas, olvidando que una agravación potestativa permitiría conjugar la voluntad endurecedora del legislador con las necesidades de la prevención especial. Y el art. 66.1, ordena imponer la pena superior en grado en su grado máximo cuando resultaren muerte o lesiones, efecto agravador al que se podría llegar igualmente aplicando las reglas previstas por el art. 78 para el concurso ideal de delitos⁽⁴²⁾.

Tampoco sale bien parado el principio de lesividad. Según recoge la Exposición de Motivos, *“con un carácter de regla básica en materia de terrorismo, se regula el castigo que debe imponerse por la realización de cualquier hecho delictivo por los pertenecientes a esas bandas u organizaciones, cualquiera que sea el resultado producido”*. De acuerdo con ello, el art. 531 dispone que se impondrá la pena de prisión, de seis a catorce años a quien, *“...integrado en una banda armada, organización o grupo terrorista, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables, asfixiantes o medios incendiarios de cualquier clase, o la mera colocación de tales medios, sustancias o artificios, cualquiera que sea el resultado lesivo, de estragos, incendio o daño causado, o aunque no se hubiese producido resultado alguno”*.

Se castiga, con una pena de hasta catorce años, para lograr un *minimum* de contundencia frente al terrorista, con independencia del resultado de sus actos. El principio de lesividad cede así ante un elemento subjetivo: colaborar con los objetivos o fines de la banda.

El art. 94 PCP introduce una novedad en nuestro ordenamiento, al establecer que *“los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias”*.

La acumulación de penas más allá de lo permitido por el art. 77, teniendo en cuenta la gravedad de las impuestas en estos casos echa por tierra el contenido del art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁽⁴³⁾.

(42) Vid. J. TERRADILLOS BASOCO, “El delito de terrorismo en el proyecto de Código Penal”, en *Cuadernos Jurídicos*, 1993 (9), pág. 74

(43) TERRADILLOS BASOCO, “El delito de terrorismo...”, cit., pág. 76.

No es cambio novedoso el contenido del art. 67, que recoge el contenido del vigente art. 57 bis b), y que consagra un tratamiento altamente favorable del “arrepentido”. Los efectos distorsionantes sobre el sistema penal, y aun sobre todo el sistema democrático, del premio a la delación aconsejan erradicarlo de los textos legales. Su permanencia sólo es explicable por la interiorización, por parte del poder político, de la *cultura de la emergencia*⁽⁴⁴⁾, que le impulsa a olvidar recursos consolidados dentro del sistema jurídico-penal y a utilizar otros, que, por su naturaleza política, pueden entrar en irresoluble contradicción con aquéllos⁽⁴⁵⁾.

b) *De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*

Frente al rigor con que se criminaliza una de las formas máximas de disidencia criminal, la terrorista, sorprende la lenidad con que el PCP se mueve cuando se trata de castigar conductas de funcionarios —paradigma de sujetos que están “con el poder”— aunque lesionen bienes jurídicos que, con el ordenamiento constitucional en la mano, deben estimarse de primer orden.

Esta lenidad, auténtico trato de favor, es detectable en los delitos cometidos por funcionarios contra las garantías constitucionales.

Los artículos 541 párrafo primero, 542, 546, 547, 548, 549, 550 recogen, como delitos especiales propios, conductas de funcionarios gravemente lesivas de derechos fundamentales. La pena de prisión parece necesaria, tal como afirman las enmiendas 1.271 a 1.277 del Grupo Parlamentario Popular. La cláusula general del art. 553, que señala que lo dispuesto en este Capítulo se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos que señalen mayor pena, invita a pensar que estamos ante un concurso de leyes que no solventa la contradicción valorativa.

D) *Delitos relativos a la defensa nacional*

Finalizaremos con una breve referencia a un capítulo específico e importante de la protección penal del Estado, cual es la protección de su potencial militar.

La primera consecuencia de la primacía axiológica de la persona, con la que siguiendo a FERRAJOLI identificábamos el modelo garantista demo-

(44) Que en Italia denunciara FERRAJOLI (Vid., “La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell’emergenza”, en *Questione Giustizia* 1987 (2), pág. 268.

(45) Vid. más ampliamente, J. TERRADILLOS BASOCO, “Reforma penal y terrorismo”, cit., págs. 8-9.

crático, es la autonomía de ésta en caso de conflicto entre derecho vigente y derechos fundamentales. La cuestión tiene resonancias antiguas, y nos devuelve al conflicto derecho-moral o más bien al conflicto entre obligación política de obedecer las leyes aunque sean injustas y autodeterminación moral de la persona. Los ejemplos más claros de la opción por el segundo modelo son los de Antígona, o los de Sócrates que acepta la pena de muerte no por fatalista obediencia ni por sumisión, sino para transformarla en condena moral de leyes y jueces que se la imponen⁽⁴⁶⁾.

No han sido estos los modelos que nuestro vigente Código Penal ha tenido en cuenta, como tampoco lo ha hecho el PCP, que olvida que si el bien jurídico defensa nacional es de importancia relevante, la Constitución reconoce también la objeción de conciencia como reflejo del pluralismo igualitario, como consagración libre de alternativas, entre ellas, la pacifista. Ello supone el derecho a oponerse a la organización militar para la guerra. La mera objeción no es desarrollo total de esa alternativa; la insumisión sí. No es sólo ejercicio de un derecho subjetivo. Es desarrollo del modelo plural.

Hay que recordar al respecto que frente al ejército como institución total —según la conocida caracterización de FOUCAULT—, nuestro ordenamiento constitucional permite la adopción de otros modelos⁽⁴⁷⁾ que por el hecho de no estar conformados de acuerdo con los principios de jerarquía y disciplina no pasan a ser insolidarios. Antes bien, es tan constitucional el modelo militar-defensista como el pacifista-objector. El pleno desarrollo de éste no puede, en ningún caso, tener consecuencias negativas. La no realización de prestaciones directas de defensa no sólo no es punible, es una alternativa válida dentro de un modelo plural. La no realización de la prestación sustitutoria, tampoco debe ser criminalizada.

Puede pensarse, con cierta alarma, que desarrollando tal idea se llega a entronizar la desobediencia civil y que el ordenamiento quedará inerte ante toda conducta de infracción de deberes, p. ej., ante la objeción del médico que, integrado en la medicina pública, renuncia a practicar abortos terapéuticos o, incluso, a realizar transfusiones de plasma necesarias para evitar una muerte, o ante la objeción fiscal. Pero se trata de supuestos absolutamente distintos. Primero, porque sólo la objeción al servicio militar tiene reconocimiento explícito constitucional. Segundo porque se trata de supuestos en que hay un bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del insu-

(46) FERRAJOLI, *Diritto...*, cit., pág. 963.

(47) N. GARCÍA RIVAS, "Tratamiento jurídico-penal de la insumisión", en TERRADILLOS BASOCO (coordinador), *El nuevo Código Penal. La reforma necesaria* (Actas del Seminario "El nuevo Código Penal", 12º curso de verano, Universidad de Cádiz, julio 1991), Cádiz 1992, pág. 14.

miso. En nuestro caso no ocurre lo mismo. No hay un bien jurídico “defensa nacional” cuya mengua pueda ligarse causalmente a la conducta de aquél.

Acontecimientos como el actual conflicto yugoslavo han puesto trágicamente de relieve la inidoneidad militar de tropas reclutadas mediante levass indiscriminadas. Y son esos mismos acontecimientos, además de toda una doctrina sobre la defensa que en nuestro país no ha sido objeto de debate —piénsese que los centros de estudios sobre la paz y el desarme, tan frecuentes e importantes en los demás países europeos no abundan en el nuestro— los que aconsejan conformar un esquema de defensa estructurado en torno a estos tres pivotes: pequeños ejércitos profesionales defensivos y no provocativos⁽⁴⁸⁾, fuerzas de paz a disposición de ONU, y fuerzas de solidaridad para actuación rápida ante desastres naturales. Un sistema de defensa militar y civil así estructurado no requiere la participación de quienes por razones de conciencia prefieren no hacerlo y sería un sistema en el que el debate sobre la criminalización de la objeción o de la insumisión carecería absolutamente de sentido.

Podemos recordar al respecto que la enmienda 1.310 presentada por el Grupo Parlamentario Popular al art. 584.2 PCP advierte literalmente que “*debería decidirse si se va a optar por un ejército profesional como piden determinados sectores, ya que en este caso sobrarían todos estos preceptos*”.

Si se parte de las anteriores consideraciones, podemos deducir inmediatamente que la única respuesta admisible frente a la objeción de conciencia, incluso cuando se lleva a las últimas consecuencias, es la descriminalización.

No sigue estos derroteros el PCP, que en su art. 583 castiga la insumisión propia. Y lo hace con rigor inusitado al disponer que la pena de prisión sea superior a dos años. Esta técnica de determinación del marco legal, inusual en otros preceptos, pone en evidencia que lo que preocupa al legislador es que, en todo caso, el insumiso no tenga acceso a la remisión condicional de la pena e ingrese en prisión. Este automatismo, no justificado, responde a criterios intimidatorios que son de difícil encaje constitucional.

Como difícil encaje tiene el párrafo tercero, que impone al insumiso pena de inhabilitación especial para acceder a la función pública, a la que paradójicamente pueden acceder autores de otros graves delitos (p. ej., delitos societarios).

(48) G. LANDROVE DÍAZ, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Valencia 1992, pág. 127.

IV. CONCLUSIÓN

La política penal de orden público del Estado liberal-democrático parte del supuesto de que las libertades fundamentales, precisamente por ello, son intocables y se colocan por encima de cualquier objetivo político, estatal o nacional que se quiera invocar. Se trata de una política sometida, como no puede ser de otro modo, a Derecho, y ese sometimiento ha de entenderse en sentido material. O, lo que es lo mismo, a una serie de principios garantizadores, que han venido caracterizando al Derecho penal democrático, y que no pueden dejarse de lado ni por incorrección técnica, ni por inercia legislativa, ni por alarmistas apelaciones a la gravedad de los males a los que es imprescindible poner coto. No se puede ignorar la gravedad de ciertos delitos, la importancia de determinados bienes jurídicos o la relevancia de ciertos principios. Pero, precisamente por ello, su tutela no puede recurrir a técnicas incompatibles con su vigencia.