



La reforma de 2010 del Código penal

Fco. Javier Álvarez García
Universidad Carlos III de Madrid
falvarez@der-pu.uc3m.es

Resumen

En este artículo el autor manifiesta sus puntos de vista acerca de la reforma del Código penal introducida por la LO 5/2010, destacando la repuesta legal para delitos como el tráfico de órganos, mobbing inmobiliario o tráfico de personas en el siglo XXI. Sin embargo, él llama la atención sobre innumerables errores atribuidos a los legisladores que van contra el respeto de los valores democráticos. Al mismo tiempo, el autor se muestra consternado por la intolerable actitud de funcionarios públicos autonómicos y locales coludidos con la impunidad. Finalmente, lamenta la ausencia de castigo para los responsables de la crisis política y financiera de España.

Palabras clave

Código penal español, Ley Orgánica 5/2010, tráfico de personas, impunidad, corrupción, crisis.

The Act on Amendment of the Spanish Penal Code (2010)

Abstract

In this article the author expresses his views about the Spanish Penal Code Amendment Act -LO 5/2010-. He underscores the legal response to crimes such as organ trafficking, mobbing and human trafficking in the 21th century, however he draws attention to numerous mistakes committed by lawmakers who act against democratic values. At the same time, the author is shocked by the unacceptable attitude of regional and local public servants colluded with impunity. Finally, he regrets the lack of sanctions for those persons who caused the financial and political crisis in Spain.

Keywords

Penal Code, Amendment Act LO 5/2010, human trafficking, impunity, corruption, crisis.

1. La reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, es, sin duda, una de las más importantes desde la de 25 de junio de 1983, con la que se procuró adaptar las leyes penales provenientes del franquismo no sólo al nuevo régimen político, sino también al moderno Derecho Penal. Digo que es especialmente relevante esta reforma porque ha afectado, entre otras, a las siguientes materias: a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a nuevas penas como la privación de la patria potestad, al fortalecimiento de la localización permanente, a una novedosa regulación del período de seguridad, a una distinta disciplina en el cumplimiento de las penas privativas de libertad por extranjeros, a la libertad vigilada –lo que supone romper el modelo preexistente de relación entre penas y medidas-, al cambio del sistema de interrupción de la prescripción de los delitos o a una modificación muy trascendente en la disciplina de las consecuencias accesorias; también hay que resaltar la incorporación de tipos novedosos como son el tráfico de órganos, la trata de personas, el mobbing inmobiliario, corrupción entre particulares y en entidades deportivas o la piratería y las organizaciones delictivas; cambios importantes también los hay en delitos contra la libertad sexual, en los relacionados con medios informáticos y de comunicación, delitos patrimoniales –especialmente, pero no sólo, la estafa-, delitos socioeconómicos –en algunos supuestos para proporcionar la sanción, caso de los “top manta”, en otros para cubrir realidades nada nuevas como la bursátil-, y un larguísimo etcétera que abarca reformas muy trascendentes en tráfico de drogas, asociaciones ilícitas o terrorismo.

La reforma, pues, ha sido trascendente, pero también plena de errores, y lo más lamentable es que no pocos de ellos eran solucionables simplemente con haber puesto atención a lo que se hacía, pues algunos consistían en remisiones a artículos vacíos de contenido o cuya redacción había sido alterada por la propia reforma, con lo que ya no tenía sentido la remisión, en algún otro caso se “habían olvidado” de algún artículo a la hora de exigir responsabilidad a la persona jurídica – caso del artículo 284-, etc. (en la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se ha introducido una verdadera corrección de errores –aunque no, obviamente, con ese régimen jurídico- para salir al paso de algunos de los defectos aludidos, pero se ha vuelto a hacer mal, como no podía ser de otra manera, ya que algunos errores no han sido corregidos, como por ejemplo la remisión que se hace en el artículo 371 al número 2 del artículo 369 CP). Pero tampoco merece la pena insistir en este punto: el Ministerio de Justicia lleva muchos años demostrando, cada vez que se le presenta la ocasión, que no saben preparar textos legislativos y que desconocen los rudimentos mismos del oficio de Legislador; pero tampoco les importa mucho, pues de otra forma, se supone, habrían puesto remedio al hecho mil veces denunciado.

Ciertamente el Gobierno no ha encontrado un gran colaborador en esa tarea en nuestras cámaras legislativas, véase en ese sentido el agotador trabajo normativo desplegado por nuestros senadores que no fueron capaces de introducir, a su paso por el Senado, ni una sola enmienda a uno de los textos penales más importantes de los últimos treinta años. Con este plantel de legisladores no es extraño –lo anormal sería lo contrario- que Las Cortes den a luz, paran, textos tan espantosos.

2. A la hora de analizar la reforma lo más trascendental es examinar si, en su conjunto, se compeadece o no con los principios democráticos; y es, quizás, en este punto donde, en mi criterio, flojea más la reforma penal. Naturalmente que para compartir este juicio habrá de estarse previamente de acuerdo en que “lo democrático” no se agota con la existencia de parlamentos –demasiados, por cierto,

en España- y la convocatoria periódica de elecciones, sino que incluye valores materiales entre los cuales hay que mencionar la no complacencia ante el ejercicio desviado del poder, ante la corrupción de las instituciones, ante la prevaricación como norma de comportamiento de no pocas instituciones del Estado (especialmente, pero no sólo, de ámbito local), ante el ejercicio torcido de los poderes del Estado, etc.

Pues bien, desde el prisma acabado de describir, resulta verdaderamente difícil entender que con la reforma operada por la LO 5/2010 se persigan objetivos materialmente democráticos. En efecto, pocas dudas hay de que uno de los principales problemas del Estado –que, a su vez, es generador de tantos otros- es el de la rampante corrupción urbanística, pues ello no sólo ha supuesto la destrucción de buena parte del territorio, sino que también ha traído de la mano, y por lo que se refiere a tipos penales, el cohecho y la prevaricación, así como algo más que una sombra de sospecha sobre los administradores públicos. Pero además, y desde el punto de vista económico, esa corrupción urbanística ha hipotecado a millones de ciudadanos durante buena parte de su vida, pues la corrupción ha ido de la mano con la especulación y el alza absolutamente salvaje del precio de un bien de primera necesidad como lo es la vivienda, lo que ha llevado a los ciudadanos a asumir créditos casi imposibles para sus modestas economías; y todo ello ha sucedido ante la mirada complaciente del poder, del poder político y del, como no, económico. Los mismos que nos han regado con sus lágrimas de cocodrilo cuando ha estallado la burbuja inmobiliaria, al tiempo que solicitaban la aportación del Estado para impulsar al “motor de nuestra economía”.

Con este panorama ¿cómo ha reaccionado el Legislador de la reforma operada con la LO 5/2010? Antes de responder a esta pregunta hay que realizar alguna precisión: en este campo, en el de la corrupción urbanística, sólo con medidas penales no se conseguirá ningún resultado, ninguno. Antes hay que incidir en temas como la financiación de los Ayuntamientos, el de a quién deben beneficiar los cambios de calificación del suelo, las competencias de los Ayuntamientos en materia urbanística, la ejecución de las sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso-administrativo, y un largo etcétera. Es decir: el tratar de responder (aunque ahora analizaremos si se ha tratado de una auténtica respuesta) a la corrupción urbanística exclusivamente con el Derecho Penal, significa lo mismo que continuar en el clima de absoluta impunidad en el que estamos inmersos; y esto lo saben, lo sabemos, todos los que de una forma u otra “tenemos palabra” en la materia penal. Pues bien, el Gobierno no ha hecho nada, absolutamente nada, por modificar el presente estado de cosas.

Pero volvamos a la reforma del Código Penal. ¿Cómo ha reaccionado el Legislador ante la corrupción urbanística? Pues con un tímido aumento de pena en el artículo 320.2 CP que deja abierta la condena a una pena privativa de libertad que ni siquiera asegura la entrada en prisión del condenado. Pero es que además esa pena no “pone en valor” suficientemente la importancia del bien jurídico protegido en esos ilícitos; en efecto, de lo que se está hablando es de conductas con las cuales, como acabo de decir, se está destruyendo (en algunos casos el deterioro ya no tiene marcha atrás, como en la inmensa mayoría del litoral español) el medio ambiente, atacando algunos de los espacios más valiosos –por distintas razones- de nuestro territorio, fabricando un tejido urbano difícilmente compatible con la vida de relación, contribuyendo a un desorden urbanístico absoluto, alentando la especulación inmobiliaria, la compra y venta de administradores públicos, etc. Pues bien, castigar esa conducta con una pena inferior, muy inferior, a la que merece el estafador que utiliza un cheque para su designio criminal (diferencia que se



mantiene después de la reforma, véase artículo 250.1.3º CP), es inaceptable, y pone de manifiesto que la primacía en la tipificación de conductas –y por mucho que se hable del sentido social de los derechos fundamentales- la sigue llevando la propiedad en sentido liberal, lo que tampoco se ajusta exactamente con un programa penal socialdemócrata como el que, teóricamente, sustenta ideológicamente al actual Gobierno.

Pero es que, además, la modificación operada en el artículo 319.1 CP –al sustituir la expresión “autorizada” por “autorizable”- va por el camino opuesto al deseable, pues limita aún más el tipo. A ello hay que sumar una aplicación errónea del principio de retroactividad penal, que permite constantemente a los Ayuntamientos acudir a las denominadas “legalizaciones” –modificación, a posteriori, de los Planes de Ordenación Urbana con objeto de recalificar terrenos y evitar así la condena por haber construido en terrenos no autorizados urbanísticamente en el momento que se erigió la edificación- y burlar la norma penal.

Ahora bien, cuando el subterfugio acabado de describir no puede evitar la condena por haberse conculcado normas autonómicas, las propias asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas no tienen empacho en modificar singularmente la Ley que sirvió de sustento a las dichas condenas, y todo con miras a evitar que una sentencia firme se ejecute. Un ejemplo de lo acabado de señalar nos lo ha proporcionado la Asamblea de Cantabria, que tras dictar una ley del suelo (Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio) con objeto, entre otros, de ordenar la edificación (ley que fue aplicada por los tribunales y como consecuencia de ello dictadas sentencias por la Sala de lo Contencioso-administrativo que ordenaban múltiples derribos de viviendas), resuelve, ante las lógicas consecuencias de dicha ley (declaración de ilicitud de construcciones efectuadas en suelo protegido, con grave afectación del medio ambiente, vulneración de la normativa autonómica en materia urbanística, del planeamiento municipal, etc.), tramitar una resolución para, nada más y nada menos, impedir la ejecución de sentencias firmes a las que se había llegado al aplicarse la ley aprobada por la propia Asamblea. En efecto, con fecha 17 de diciembre de 2007 se aprueba por el Pleno del Parlamento de Cantabria la resolución de la tramitación de una Proposición no de Ley en la que se establece lo siguiente: “...que el Parlamento de Cantabria encomiende al Gobierno que, a la vista de la situación en que se encuentran las personas perjudicadas por sentencias de derribo de viviendas en Cantabria, establezca, en el plazo más breve posible, un plan encaminado a dar solución...”. Es decir, la Asamblea Parlamentaria venía a apoyar con su resolución la conculcación de la norma, mandando un mensaje muy claro a Ayuntamientos, Promotores, Constructores y compradores de viviendas construidas sin licencia o con licencia concedida en contra del Ordenamiento: que no tengan miedo, que su problema se arreglará hagan lo que hagan, y construyan donde construyan. Es lo que podríamos llamar prevención general “al revés”, o forma de alentar a la comisión de actos ilícitos. Esa solicitud del Legislativo al Gobierno Autónomo finalizó con la aprobación por la Asamblea de Cantabria, con fecha 26 de julio de 2010, de una reforma de la legislación sobre suelo que permite “legalizar” buena parte de las viviendas condenadas a ser derribadas por sentencia firme.

Pero el apoyo a la corrupción urbanística por parte de los parlamentos autonómicos no tiene límites, y al darlo no se duda en atacar burdamente el Estado de Derecho. En esta materia nuevamente Cantabria acaba de dar ejemplo, y mediante la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo

de Cantabria, se ha condicionado la ejecución de las sentencias sobre derribo de viviendas al abono de determinadas indemnizaciones. Es decir: el control sobre la ejecución de las sentencias se ha arrebatado (con independencia del dictado del artículo 117.3 CE) a los jueces y tribunales. De esta forma, en aquellos casos en los que por conculcación de una ley estatal –generalmente la Ley de Costas- no le es posible a la Asamblea de Cantabria “legalizar” las viviendas, acude a “paralizar” la ejecución de las resoluciones mediante la exigencia de la previa indemnización, y como la existencia de fondos presupuestarios para satisfacerlas depende –en la mayoría de los casos- de las mismas Administraciones Públicas que concedieron las licencias ilegales, ello quiere decir que el círculo se ha cerrado. La Administración de Justicia resulta anulada, las decisiones de la Jurisdicción contencioso-administrativa no serán ejecutables (ni siquiera conceptualmente) y el Estado de Derecho queda puesto seriamente en cuestión. La lucha contra la corrupción ha tenido un claro ganador: los corruptos, y en esa liza han sido eficazmente auxiliados por los parlamentos regionales (una situación parecida se está repitiendo en distintas Comunidades Autónomas, véase, por ejemplo, el caso de Extremadura y las modificaciones efectuadas a su Ley del Suelo).

3. Pero lo antidemocrático no llega únicamente por vía de la corrupción urbanística –y el consentimiento en su logro de todo tipo de autoridades, incluidas las parlamentarias, o las parlamentarias en primer lugar-, sino de modo más general por no implementar tipos penales que obliguen a los administradores públicos a ponerse a disposición de los ciudadanos; es decir: por evitar que la Administración Pública sea verdaderamente servidora de los intereses generales. En efecto, los ciudadanos están alejados en buena medida de cualquier posibilidad de ejercer el control de los administradores públicos (ciertamente que se podría contestar: lo ejercen a través de sus representantes, por ejemplo, en los Ayuntamientos por medio de los Concejales; pero esa, obviamente, es sólo una salida formal del problema, pues los Concejales están tan alejados de los ciudadanos como los administradores, y generalmente sólo atienden a los intereses de sus partidos políticos –que en no pocos casos son radicalmente extraños, cuando no contrarios, a los de los ciudadanos), con lo que la capacidad de dirección de los ciudadanos respecto de las actividades de los administradores públicos ha de garantizarse por medio de la constitución de tipos penales con la consiguiente amenaza de sanción.

Ciertamente la Jurisprudencia penal ha tratado de ejercer ese control a través de tipos como el de la prevaricación del funcionario, y así, construyendo este delito en comisión por omisión, ha intentado penalizar la conducta de aquellas autoridades que reclamadas para realizar una acción referida a las funciones de su cargo, no la llevaban a efecto. El problema es que esta “solución” presenta no poco inconvenientes, entre los que se encuentran dos especialmente relevantes: primero, decir que la construcción de la prevaricación en comisión por omisión no resulta fácil técnicamente, por ello, no es extraño encontrar posiciones discrepantes (o fuertemente limitativas) en Doctrina y Jurisprudencia acerca de la posibilidad de edificar tal estructura delictiva en este delito; segundo, que incluso los partidarios de admitir la omisión impropia en la prevaricación, la restringen a ciertos supuestos –en los que es posible identificar un resultado. Es decir, y como conclusión, tenemos una Administración Pública servida por unos funcionarios a los que no podemos obligar –fuera de algunos supuestos que están expresamente contemplados como la obligación de perseguir delito o la de prestar asistencia sanitaria- a realizar muchas de sus funciones, a los que no podemos “doblarles el brazo” cuando no hacen aquello a lo que están obligados por el Ordenamiento, por lo que la mayor parte de las omisiones de los funcionarios respecto al deber del cargo quedan fuera de control y de sanción. Ello coloca a los administrados, frecuentemente, en una



situación “desesperada”, pues no tienen herramientas reales para salir al paso de la arbitrariedad administrativa.

De lo que se trataría es de contar con un instrumento que permitiera controlar al funcionario en el ejercicio de su función, de modo que ante su inicial inactividad, y sin tener que esperar a que realice otro tipo penal, se pueda actuar contra él. Dicho de otra forma: resulta preciso incorporar al Código Penal un tipo de, al modo italiano, omisión o denegación de actos de la función, sin necesitar que se encuentren adjetivados (omisión de perseguir delitos, de juzgar, etc.). De esa forma, en el momento en que el funcionario infrinja dolosamente el deber del cargo (cuando el Alcalde no impida la prosecución de una obra sin licencia, no pare la edificación “salvaje” en terreno no calificado, no clausure un local que realice su actividad sin la necesaria autorización causando molestias difícilmente soportables a los vecinos, o cuando el Fiscal no acuse debiendo hacerlo, etc.), habrá realizado un tipo penal [Por cierto, es hora ya de que se controle penalmente a los Fiscales de la misma forma que se hace con todo el resto de los funcionarios públicos, ya sean judiciales o administrativos. Es más, en la falta de control del Ministerio Fiscal se encuentra, seguramente, una de las causas de la expansión de la acusación popular que tan injustamente, entiendo, está siendo criticada (por más que se haya de reconocer ciertos abusos en la utilización de la misma, abusos que en cualquier caso no son privativos de los acusadores populares pues se extienden también –y con mayor abundancia- a los acusadores particulares); y digo injustamente porque sin tal instrumento procesal –y ante la abulia persecutoria del Ministerio Fiscal en no pocos casos de corrupción- los supuestos de descontrol de conductas delictivas ligadas con la corrupción y las actuaciones arbitrarias de los funcionarios, sería mucho mayor. A nadie sensato se le puede ocurrir acabar o limitar fuertemente la acusación popular, pues ponerse en manos del Ministerio Fiscal –que actúa jerárquicamente y cuyo Jefe es nombrado por el Ejecutivo- significa lo mismo que echarse en manos del poder de turno, y renunciar a cualquier posibilidad de control en el ámbito penal].

De lo que se trata, en definitiva, es de someter a control la actividad de los funcionarios, pues la realidad del vigente Ordenamiento sigue consagrando una idea absolutamente autoritaria de la Administración Pública: que el funcionario/autoridad puede, si lo desea, realizar su función de modo caprichoso, sin control democrático real alguno. Ciertamente que este proceder arbitrario de los funcionarios sin miedo a la amenaza de sanción alguna, es consecuencia de una decisión de nuestros legisladores, esos legisladores que sólo raramente piensan además de en sus intereses en los nuestros. En este sentido, y manteniéndome en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, debe decirse que no puede por menos que denominarse de fenomenal “prevaricación legislativa” la cometida por los autores del Código Penal de 1995 cuando eliminaron el tipo de prevaricación imprudente dejando únicamente la dolosa. Eliminaron la versión imprudente justamente cuando la corrupción imperante aconsejaba precisamente lo contrario..., y por ello se hizo. De esta forma se ha despojado, en buena medida, a las resoluciones de los funcionarios administrativos de todo control penal (y el administrativo no suele existir), pues las dificultades para probar el dolo suelen evitar la condena por prevaricación dolosa; precisamente por ello resulta imprescindible, desde un punto de vista democrático, reintroducir el tipo imprudente de prevaricación si se quiere reconducir de alguna manera a la legalidad la actuación de los funcionarios públicos, de las autoridades públicas.

4. Pero quizás donde haya que fijarse más en estos días es en la cuestión económica. En efecto, vivimos actualmente en España uno de los momentos más “delicados” (por utilizar un eufemismo) de nuestra historia moderna; veinte millones

de parados –con una parte de ellos sin el mínimo subsidio-, el continuo cierre de empresas de todo tipo, la inexistencia de financiación, la disminución de los salarios, el constante recorte del “Estado del Bienestar”, el aumento de la edad de la jubilación, la disminución del gasto público en todos los sectores (con dolorosísimos recortes en investigación), la pérdida de sus hogares para muchos conciudadanos ante la imposibilidad de pagar los plazos de las hipotecas, y un infinito etcétera lo atestigua. Se trata de una crisis vinculada, en lo que importa a España, a las decisiones de gestión de los ejecutivos de las entidades bancarias (de crédito y financieras), que han demostrado una incompetencia –y una codicia- difícilmente superable en la administración de aquéllas entidades. En efecto, han sido bancos y cajas quienes han estado suministrando –temerariamente- a promotoras y constructoras los fondos económicos –que eran de los accionistas, de los impositores, de los cuentacorrentistas- necesarios para que aquéllos “armaran” la burbuja inmobiliaria; y las consecuencias de tan temerario proceder se está viendo en estos días en las quiebras de “Cajasur” (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba) y Caja Castilla-La Mancha (y de otras “cajas” que si no han quebrado ha sido porque oportunamente salieron en su rescate fondos públicos suministrados por las Comunidades Autónomas y disfrazados de diversas formas –véase, por ejemplo, el caso de “Caja Guadalajara”).

Pues bien ¿es razonable seguir manteniendo la irresponsabilidad penal –y casi de cualquier tipo- de las conductas gravemente, en el mejor de los casos, negligentes de los gestores de las instituciones de crédito? (pues las sanciones que acostumbra imponer el Banco de España a esos gestores además de no ser, obviamente, penales, suelen ser irrisorias –véase el ejemplo de la infligida a los responsables de la quebrada Caja de Castilla La Mancha que no pasa de unos pocos miles de euros, a pesar de que con su gestión negligente han propinado un fortísimo golpe a la financiación de esa región).

Seguramente la raíz de todo el problema está en que las instituciones financieras, y en concreto las cajas de ahorro, han estado “poco contaminadas de democracia”, mucho de corrupción y bastante de impunidad. En efecto, los partidos políticos, con distintos disfraces institucionales, han tomado al asalto las cajas de ahorro y han sentado en sus Consejos de Administración a “su gente” –que en muchos casos, en la mayoría, eran absolutamente ignorantes de los rudimentos del negocio que iban a dirigir-, quienes se han dedicado, desde esa posición privilegiada, a servir a intereses que no siempre, ni mucho menos, coincidían con los de los ahorradores. El problema está en que a la vuelta de los años el “rescate” de esas entidades de crédito naufragadas o a punto de hundirse, está costando –y lo seguirá durante años- millones de euros a todos los ciudadanos, y quienes fueron sus actores principales están a salvo de cualquier exigencia de responsabilidad.

Pues bien, no deja de ser curioso que en la última reforma penal se haya introducido un tipo para castigar la llamada “corrupción de particulares”, y sin embargo para estos casos de gravísima negligencia en el manejo de los fondos ajenos no haya respuesta penal alguna; y tampoco para los responsables de las firmas auditoras, de evaluación de riesgos y los tasadores, y ni siquiera para “el controlador” (Banco de España) quien sabiendo lo que estaba ocurriendo en las entidades de crédito y el riesgo que estaban asumiendo, no tomó las medidas oportunas.

Pues bien, en la reforma penal no se cuestiona el modelo absolutamente abstencionista del Código frente a tan gravísimos acontecimientos, y por lo tanto el Legislador penal ha decidido seguir favoreciendo a quienes se han apropiado, y



manejan, la riqueza de la Nación. Por ello, y con esos datos sobre la mesa, no se puede más que concluir que la actual reforma penal no responde ya no a las necesidades represivas, sino ni siquiera plenamente al propio Estado Democrático.

Esta idea de ir apuntalando cada vez más el Estado a favor de las clases más favorecidas –olvidando, por tanto, la fundamental referencia a la igualdad material- se expresa también de forma especialmente clara en materia fiscal. En efecto, el “delito fiscal” está adelgazando a pasos forzados mediante los siguientes instrumentos: 1º) Aboliendo impuestos “de referencia” para la izquierda democrática –patrimonio, sucesiones y donaciones; 2º) Disminuyendo el peso del impuesto sobre la renta en relación a los indirectos; 3º) Haciendo más difícil la investigación del fraude fiscal –al no contar ya con la información que proporcionaban los contribuyentes en sus declaraciones sobre el patrimonio; 4º) Concediendo a la propia Administración –ya no la judicial sino la tributaria- la competencia para ejecutar las sentencias dictadas por jueces y tribunales, y “desalojando” a estos últimos de semejante labor (véase la Disposición Adicional Décima a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

5. Todo nuestro sistema penal se encuentra gravemente lastrado por un apriorismo: lo colectivo posee escaso valor en su comparación con lo individual. Es decir, parece que a nadie le extraña que el delito de estafa se pueda encontrar sancionado con una pena de prisión de hasta ocho años (artículo 250.2 CP) y que, en cambio, la destrucción o el daño de un importante elemento de nuestro patrimonio histórico esté amenazado con una pena privativa de libertad de seis meses a tres años (artículo 321 CP). ¿Es esto razonable? ¿Cómo podemos evaluar si lo es? Desde luego en no pocos casos la ideología que nos transmiten las leyes y las actuaciones de las autoridades y sus agentes es la de “lo que es de todos no es de ninguno”, lo que da carta de naturaleza a cualquiera actuación consistente en ese ataque a lo colectivo, ya sea la tranquilidad (o el orden) públicos, el patrimonio artístico, el medioambiente o la Administración de Justicia. Así, han sido necesarias algunas decisiones del Tribunal Supremo (véase por todas la STS 1307/2009, de 5 de noviembre) para convencer a las autoridades policiales y administrativas, de que no es admisible de ninguna manera que un sujeto instale un “bar de copas” en un edificio de viviendas e impida a los vecinos dormir durante años, y que el interés empresarial individual (la obtención de beneficio por parte de un sujeto, o incluso la creación de puestos de trabajo) no justifica cualquier comportamiento que suponga un ataque a los intereses colectivos de los ciudadanos.

Pero no es cuestión de anécdotas particulares, sino de concepciones globales. La constatación de que vivimos en comunidad impone, respetando el ámbito individual, proteger lo colectivo. En este sentido resulta preciso retocar las escalas de valores y tomar las decisiones que desde el punto de vista estrictamente político exige el sistema democrático. Es decir, la renuncia a la protección, o a la protección eficaz, de los intereses generales, únicamente beneficia a aquellos que tienen individualmente la capacidad de prestarse por sí mismos esa tutela, y luego, en ocasiones, comercian con la desprotección de lo colectivo. La alternativa debiera ser incrementar el amparo de lo colectivo, lo que en el ámbito penal implica la imposición de penas más adecuadas a lo injusto típico (penas de multa proporcionales al beneficio obtenido, inhabilitaciones más amplias, comiso, etc.) y en ocasiones más duras, más prolongadas (No es inoportuno en este momento comentar que penas más duras no implican necesariamente un Código Penal autoritario; más aún, entiendo que este Código Penal nuestro puede ser catalogado, al menos parcialmente, como autoritario precisamente por disponer penas “blandas”

en algunos casos, precisamente en aquellos que afectan a los intereses de la clase dominante).

6. El Ordenamiento debería tener también un interés autónomo en conservar el prestigio de las instituciones y, desde luego, el posibilitar su funcionamiento. Ciertamente en ocasiones este empeño resulta poco menos que imposible ante la decisión de alguna de las más altas instituciones de la Nación por desprestigiarse a marchas forzadas.

En esa situación se encuentra, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial, que lleva tres años, tres, para cubrir una plaza de Magistrado en la Sala 2ª, y el acuerdo no llega; pero no por falta de candidatos idóneos, no, sino por bastardos intereses de bandería. Pero esa falta de nombramiento constituye una mera anécdota ante el espectáculo que cotidianamente nos ofrece el citado Consejo cuando llega el momento de designar cualquier puesto: los regateos, los “cambios de cromos”, el servicio a desconocidos intereses constituye la norma (lo que ha venido a ser puesto de manifiesto por la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo que ha anulado no pocos nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial).

Pero el que los integrantes de las instituciones se esfuercen –con éxito– en el desprestigio de las mismas, no empece para que se afirme la necesidad de defenderlas–con respeto, obviamente, a la libertad de expresión; y en ese sentido que sea preocupante la falta de represión de conductas que afectan decisivamente al funcionamiento de las instituciones. En efecto, tomemos el caso de la Administración de Justicia (de cuyo impresionante mal funcionamiento, del que no me atrevo a decir que no sea empeorable porque día a día se nos está demostrando lo contrario, no es, desde luego, responsable el Ordenamiento Penal): pues bien, como es conocido uno de los deportes nacionales consiste en declarar en falso en una causa judicial para favorecer a un amigo, o en realizar un informe pericial que, en algunos casos, poco tiene que ver con lo que es una pericia de acuerdo con los conocimientos actuales de la ciencia de que se trate. Obviamente esta práctica (apenas perseguida por los tribunales) puede llegar a pervertir el proceso penal hasta el punto de hacer perder credibilidad a testigos y peritos.

El problema es que ni la tipicidad del falso testimonio es adecuada, ni la pena con la que se amenaza la conducta es la idónea, ni la actitud (de resignación) frente a ese delito de la Fiscalía y de los jueces es la más recomendable. En efecto, en lo que importa a lo injusto se observa un residuo talional (especialmente en el artículo 458.2 CP) que no tiene sentido, pues todas las modalidades del falso testimonio – con independencia de las concretas consecuencias del mismo– deben ser castigadas con idéntica pena (otra cuestión será la de los posibles concursos de delitos) al ser el bien jurídico protegido la Administración de Justicia (la pureza de la fase probatoria en un proceso judicial) y no la situación de las partes en el proceso, en tanto y en cuanto el ataque ilícito implica una perturbación en el normal desenvolvimiento de la función jurisdiccional referida a la prueba, por lo que las diferencias de pena en función del tipo de procedimiento y del resultado del mismo (y de la eficacia causal de la deposición) no deberían servir de referente. Por el mismo motivo ha de resultar indiferente el momento procesal en que se preste el testimonio (tema distinto es que se imponga una pena agravada en función de los sujetos activos en referencia a los peritos o intérpretes). Es decir, debe confeccionarse un tipo de simple actividad (o inactividad) que quedaría colmado con la simple prestación del testimonio, sin exigencias de resultado o condición objetiva de punibilidad alguna.



En cuanto a la pena debe ser, nuevamente, una sanción adecuada a la importancia del bien jurídico protegido, y con capacidad de desplegar funciones de prevención general negativa; en ese sentido debe contarse con que se trata de la necesidad de tutelar una de las funciones esenciales del Estado como lo es la de la Justicia, por lo que estamos, otra vez, ante un interés colectivo que, obviamente, debe tener una protección más enérgica que intereses individuales no esenciales como los meramente patrimoniales (sin embargo, el tipo básico de robo con fuerza está sancionado con la pena de uno a tres años, o la estafa básica con prisión de seis meses a tres años). En conclusión, debería apuntalarse la exigencia de veracidad a los testigos, peritos e intérpretes con una pena siempre superior en el grado mínimo a los dos años, y que fuera suficientemente intimidatoria.

De la misma forma hay que reforzar la autoridad de los tribunales en relación a las citaciones de testigos o peritos, imponiendo penas disuasorias a quien falte a la obligación constitucional de colaborar con la Administración de Justicia, y sobre todo a quienes se niegan a ejecutar las resoluciones judiciales (el espectáculo de los Alcaldes resistiéndose a ejecutar sentencias de lo contencioso-administrativo en materia urbanística es constante; pero lo más grave es que los jueces y magistrados rarisísimamente toman decisiones “fuertes” al respecto; y por supuesto la Fiscalía General del Estado casi nunca).

7. Concluso: por lo expuesto se trasluce que la Política Criminal a la que sirve la reciente reforma penal no es, en mi criterio, la más adecuada a las exigencias del Estado democrático. Por ello antes de efectuar la próxima reforma penal sería conveniente establecer con claridad las líneas de Política Criminal a las que se quiere servir, y solamente después enzarzarse en la redacción de los nuevos preceptos; y en todo caso sugerir a nuestros legisladores que piensen en “democrático” a la hora de redactar los preceptos penales.