

**José Ignacio Lacasta-Zabalza**

## **Varias notas penales y procesal-penales sobre los últimos acontecimientos**

Marzo de 2023.

Estas son unas meditaciones jurídicas, procesales más bien, sobre algunos sucesos importantes de estos últimos días.

Vamos primero con el Auto del juez Marchena y el respaldo unánime de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. A mi juicio, queda demasiado claro que quieren intervenir políticamente contra el Gobierno, pero también contra sus aliados. Si quisieran un esclarecimiento sobre la reforma emprendida, despejar las dudas o manifestar que no se comparten tales o cuales aspectos de la legislación, el art. 4.2 del Código Penal faculta a los jueces para pedir mediante razones la clarificación normativa deseada por creer que hay que castigar acciones que quedan no penadas por la ley.

Eso es una cosa y otra el reproche dirigido al Gobierno nada menos que por fomentar (textual) **“la impunidad”** de esa suerte de delitos secesionistas. Eso es una oposición política y destemplada a lo que han hecho el Gobierno y el poder legislativo al reformar las leyes de sedición. Son naturales los aplausos (nada imaginarios) del PP-Vox pues, resulta indudable, Marchena se comporta como uno de los suyos y bastante aventajado.

El Tribunal Supremo vuelve a reconocer que en las actuaciones de las multitudes y en las de sus dirigentes hoy todavía castigados, “no hubo violencia” ni intimidación ni coerción. Esto importa recordarlo, pues intentaron probar una “violencia”, que hubiera dado lugar al delito de REBELIÓN, con la petición del Fiscal Zaragoza a la cabeza. Delito que exige un alzamiento violento y público. Hicieron el ridículo, pues, por ejemplo, la expedición del voto en el ilícito referéndum no mostró en las pruebas filmadas más violencia que la de las fuerzas policiales.

Al abolir el delito de sedición, el Auto del Tribunal Supremo se queja porque eso potencia a su juicio una zona de impunidad para las conductas independentistas y sus líderes. ¿Cómo castigar los desplantes, desobediencias, desórdenes, tumultos, la “desconexión” y demás conductas, sin duda punibles muchas de ellas, si ya no existe la sedición configurada como les parecía conveniente a sus señorías? Pues llamando a las cosas por su nombre, y ahí va otro ejemplo, a la desobediencia, desobediencia y a los desórdenes tumultuarios, desórdenes.

Y aquí me permito una reflexión de Teoría General de indudable alcance práctico, que me vino a la cabeza nada más conocer la argumentación del Auto de Marchena y los suyos. ¿Cómo se fija el tipo al que pertenece un delito? ¿Dónde está el tipo? Que nos preguntaba uno de los raros excelentes catedráticos que tuve en la carrera: EL TIPO ESTÁ SIEMPRE EN EL DOLO. Es el dolo, la intención, lo que tipifica TODO delito.

La intención dolosa del delito de rebelión es el alzamiento violento y público, inexistente a juicio del propio Tribunal Supremo (aunque en su día lo sometieron a duda nada razonable). El anterior delito de sedición exigía “impedir por la fuerza o al margen de las vías legales” en el acto tumultuario la aplicación de las leyes. La fuerza, reconoce el alto tribunal, fue inexistente y lo de “al margen de las vías legales” sí fue existente, hasta para los pacíficos votantes del referéndum ilegal. Lo que ocurre y no lo explica el Supremo, es que una concentración o manifestación o votación, si era calificada de

sedición, se castigaba con desproporcionadas e injustas penas de prisión DE OCHO A DIEZ AÑOS DE CÁRCEL. Y eso es lo que se ha suprimido.

El Tribunal Supremo, con su oposición a la reforma abolicionista de la sedición, pretendía englobar ahí todo lo que no merece tal rango ni tal castigo, así que ha hecho caso omiso de la obligación que le prescribe el artículo 4.1 del Código Penal (ahora consultado): “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Y una manifestación, una concentración, una votación simbólica y desobediente, que no llevan consigo violencia alguna, jamás de los jamases han de tipificarse como sedición ni castigarse con prisión de ocho a diez años (art. 544 del Código Penal).

El Tribunal Supremo, como mínimo, ha dado una imagen de desobediencia premeditada al poder legislativo.

Dejemos para otro momento la discusión sobre la malversación por la que se castiga a Junqueras con una desproporcionada inhabilitación (en línea con el gusto por la nada constitucional desproporción que exhibe esa Sala con los independentistas). Interpretan que hay “ánimo de lucro” en el uso de caudales públicos para financiar el referéndum ilegal. Incluso un gran jurista, en esto equivocado, dice que dan igual los fines para los que se detraen los caudales públicos (como si quieren “quemar” los billetes, sostiene Enrique Gimbernat). Sin embargo las leyes penales hay que interpretarlas, muy en primer lugar, según su sentido gramatical. Y, en castellano, lucrarse y actuar con “ánimo de lucro” quieren decir enriquecerse personalmente. No hay que olvidar que el artículo 3.1 del Código Civil español, vigente para todos los ámbitos de su sistema jurídico, prescribe que “las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras”.

Y, para finalizar, dos palabras sobre toda la discusión del “sólo sí es sí”. Es descorazonador que una dirigente de Podemos haya llamado “Código de la manada” al anterior Código Penal. Significa que no sabe lo mucho que ha costado introducir en España el concepto de “libertad sexual” y, en consecuencia, los delitos contra la misma. Cuando empezó esa discusión hubo quien, en plan caricatura conservadora, la equiparó al “amor libre”. Así que también hemos avanzado mucho en la consideración jurídica de la libre autodeterminación de la mujer y su dignidad. Descalificar ese arduo esfuerzo colectivo e intelectual es lo mismo que devaluar la resistencia antifranquista y sostener que aquello no sirvió para nada.

A mi juicio, se ha producido una fenomenal confusión entre los aspectos penales y los procesales, entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, en toda esta discusión. El procesalista Jordi Nieva-Fenoll es autor de un libro excelente, *La valoración de la prueba*, que ha sido muy estudiado por los magistrados de la JEP (Jurisdicción Especial para la Paz) de Colombia. Ha publicado en *El País* (4.2.2023) un certero artículo “¿Consentimiento o credibilidad?”, que puede ser pretexto para deducir una serie de conclusiones y para recordar que, en términos constitucionales, la culpabilidad de un agresor o violador sólo se puede producir de modo definitivo mediante sentencia, tras un juicio oral y público.

En primer lugar, todo lo que se haga por fortalecer el papel del consentimiento de la voluntad de la víctima (el célebre “sólo sí es sí”) deviene positivo. Aunque la voluntad libremente expresada no es ningún “descubrimiento” en el mundo del Derecho. Y además, no por practicar penas más duras dejan de cometerse esos delitos. Lo que hay que mejorar, dice Nieva y aquí se comparte, es a) el acompañamiento y resarcimiento de las víctimas y b) aunque algunos y algunas pongan el grito en el cielo, los programas

de *reinserción* de este tipo de reos, que son muy abundantes en el panorama penitenciario español. Eso, si seguimos (que hay muchos, demasiados, que no lo hacen en toda esta polémica) nuestros propios criterios constitucionales: el artículo 25.2 de la Constitución, tan indebidamente soslayado, exige que las penas privativas de libertad se orienten hacia “la reeducación y la reinserción” de quienes las sufren.

Y luego está todo el problema de la *prueba* en este tipo de delitos. Que es algo procesal y no penal, ámbito en el que todo el mundo está de acuerdo en que hay que proteger mejor a las víctimas y castigar sin impunidad posible estos delitos. Una máxima procesal que usaba el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez puede resumir este asunto jurídico: *los hechos no deben creerse, sino que deben probarse*. Hay que probar lo que se dirime y, aquí hay que contradecir a muchas personas, no es suficiente con el testimonio de la víctima con ser este muy importante. Su credibilidad no es automática, sino sometida a un proceso probatorio complejo. Y contrastada con otras pruebas. Tomemos el caso de Dani Alves, que aquí se cita por ser conocido del gran público. El testimonio de la víctima se ha cruzado con las grabaciones de los vídeos de seguridad de esa discoteca, llamadas telefónicas, manifestaciones de una amiga que le acompañó en esos momentos, exámenes médicos, medidas de seguridad adoptadas por la discoteca, etcétera. A la vista de todo ese material y sus abundantes indicios racionales, la juez de instrucción ha dictaminado la prisión incondicional –medida cautelar y no definitiva– de Dani Alves.

Y no podremos decir en puridad que Alves es culpable o inocente, que eso es la presunción de inocencia (pues no existe la aberración de la presunción de culpabilidad en el sistema jurídico español) hasta que el tribunal, tras la decisoria fase oral del juicio y práctica de las pruebas, dicte sentencia y declare su culpabilidad o absolución. Pues la valoración de las pruebas está en manos exclusivas de los jueces.

Y en todas estas discusiones no podemos perder de vista cómo es la judicatura española. Contra lo que se suele decir hay un cierto grado de independencia (garantizada por la aplicación sistemática de las leyes) en el proceder de sus señorías. Palpable en sus niveles inferiores, medios y cotidianos. Donde empiezan los problemas serios es en los niveles más altos, en las cúspides (como en la impresentable actuación del Consejo General del Poder Judicial). Allí donde el bipartidismo, PP/PSOE, ha hecho saber su desmesurada presencia durante tantos años. También en las alturas se da una sobrerrepresentación de las tendencias conservadoras, que son mayoritarias, de la magistratura. La cual no ha tenido la menor actitud autocrítica de su paso cómplice (muy cómplice) por el franquismo. Se presentan en sociedad con respecto a ese pasado dictatorial como una especie de Inmaculada Concepción (“como por un cristal, sin romperlo ni mancharlo” decían los catecismos del nacimiento de Jesucristo).

---

José Ignacio Lacasta-Zabalza es catedrático emérito de Filosofía del Derecho.