

JUECES *para la* DEMOCRACIA

2.- ALTERNATIVAS PARA UNA POLITICA CRIMINAL DIFERENTE

A partir de ese diagnóstico se hace preciso buscar, proponer y divulgar propuestas que den respuesta a la deslegitimación del sistema penal. Esas propuestas deberán incidir en diversos planos (conductas prohibidas, penas previstas y protagonismo de las víctimas en el proceso penal) y perseguir el objetivo de reducir los niveles de violencia y dolor que produce el sistema.

2.- DESCRIMINALIZACION

En primer lugar debe operarse una contracción sensible de los espacios controlados por el sistema penal. En esa medida propiciamos una descriminalización generalizada de conductas que supondría un traslado de ciertos conflictos a otras áreas de influencia del ordenamiento jurídico (derecho civil y administrativo).

Debe recuperarse el espíritu de aquella reforma penal de 25 de junio de 1983, que implicó un paso adelante en esa línea frente a las propuestas actuales que asumen una clara opción criminalizadora. No en balde cada vez que se discute un nuevo borrador, anteproyecto o proyecto de código penal, casi todo el mundo se pregunta y nos requiere; ¿Qué es lo que falta? Nosotros pensamos, al contrario, que sobran muchas páginas que podemos prescindir de muchos de esos preceptos o propuestas de preceptos.

En los últimos tiempos hemos asistido a un fenómeno en el que merece la pena detenerse. Los movimientos de las mujeres, los ecologistas y los sindicatos –entre nosotros en el contexto del cambio político a un sistema de libertades- reclamaron que el sistema penal protegiera los intereses que ellos representaban, así, se fueron introduciendo nuevas figuras penales que venían a amparar a los trabajadores en su libertad de contratación, en sus derechos esenciales, en su seguridad laboral, sus derechos colectivos a la libertad de sindical y a la huelga, a proteger el medio ambiente, los intereses de la colectividad ante el orden socioeconómico (típicos delitos de cuello blanco: delito fiscal, malversaciones, corrupción pública...) y los derechos de la mujer frente a la violencia doméstica y el empobrecimiento económico en las crisis matrimoniales.

Esos movimientos alternativos y progresistas vinieron a prestar paradójicamente, nuevos apoyos políticos a un sistema en descrédito. Hay que constatar públicamente que esas reformas han sido un fracaso

porque esos valores no han obtenido la debida tutela bajo la cobertura, apenas simbólica del derecho penal.

Los sectores donde creemos posible y urgente operar esa descriminalización son los siguientes:

2.1.1.- DESOBEDIENCIA CIVIL

Aparte de la caracterización del sistema económico. A cuyo análisis escapa, como es obvio, el contenido y la finalidad del congreso, puede decirse que la forma contemporánea de conservadurismo se proyecta con el mensaje, solo a veces explícito, de que la democracia es una cuestión acabada al haber alcanzado sus techos perfectibilidad en un doble sentido, pues el nivel y modo de relación de los sujetos con el poder se quieren agotados por la forma de ejercicio representativo exclusivamente, lo cual excluye cualquier definición de participación directa realmente practicable, y el cupo y posibilidades de profundización cualitativa de los derechos estarían ya cerrados en su actual desarrollo.

Este mensaje, poderosamente instrumentalizado, se rodea de constantes manifestaciones de corte del ejercicio del poder y de llamamientos a los individuos para la obediencia a toda costa, en procura de un estado de cosas en el que el sujeto individual va perdiendo la condición de ciudadano a favor de la (premoderna) del siervo, y los espacios institucionales de poder van adquiriendo progresivamente una autonomía funcional que les aleja del mundo de aquellos.

Desde luego, la técnica de la mayoría y el respeto a sus decisiones es por completo inevitable si se quiere una convivencia pacífica y democrática, pero tal forma de gobierno requiere, con arreglo a los presupuestos de la democracia misma, la adquisición de que los sujetos individuales no son meros destinatarios de aquellas decisiones sino también sus creadores, siquiera mediatos, por lo que su obediencia nace, más que de la imposición, de la aceptación libre y voluntaria de las mismas.

Por lo demás, está claro que éstas cosas son, como cualquier obra humana, falibles y que revestidas de la categoría de legalidad pueden, empero, no ser siempre legítimas.

En nuestra cultura política está recogida la idea de que la democracia, casi por definición, una realidad inacabada, siempre inalcanzable y siempre mejorable, cuyo norte ético lo constituye la realización progresiva de los universales que conocemos como Derechos Humanos, tanto en su aspecto participativo como en el propiamente normativo, justamente la tesis contraria a la de la congelación del estatus democrático, propugnada por el neoconservadurismo. Es precisamente el respeto a la dimensión real –no simplemente formal- de los Derechos Humanos lo que dota de legitimidad a las decisiones de la mayoría y... también a las de la minoría, y por ello es propiedad de una democracia fortalecida la asunción, con toda naturalidad, de las opiniones y actitudes disidentes cuando se sitúan en el espacio de aquella legitimidad. Lo contrario significaría. Los jueces lo sabemos bien, el simple legalismo autoritario.

Por consiguiente, cualquier represión penal de actitudes desobedientes motivadas por la reivindicación de los Derechos Humanos ha de ser repudiada como contraria al pacto ético que significa, por contraria a la esencia misma de la democracia, y por contraria al más elemental respeto a la técnica de organización de la convivencia que supone la conjunción de la mayoría con todo lo que (supuesta la legitimidad) no tiene porque serlo. Evidentemente, existen zonas grises donde la definición resultará difícil, y un simple congreso de dos días no puede traspasarlas todas, pero las hay de una claridad meridiana; entre ellas, la relativa a la insumisión al servicio militar por motivos pacifistas, esto es, por sunción del objetivo PAZ, que está en la base de todas las declaraciones de Derechos Humanos a que ha conducido el racionalismo democrático. Pues, si la democracia no está acabada, ¿Como puede sancionar a los que actúan motivados por los mismos objetivos que la constituyen? El estado democrático, cuyos valores superiores son la Paz y los Derechos Humanos, no ha de permitirse castigar a los que están en el mismo camino y justamente por ello. Esta asociación de jueces debe pedir públicamente la reforma de la legislación penal en el sentido de eliminar el castigo a los insumisos.

2.1.2.- DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA (TRAFICO DE DROGAS).

1. El sistema penal en materia de tráfico de drogas está constituido, básicamente, sobre una opción prohibicionista asentada a partir de la construcción ideológica de un supuesto bien o valor tutelable, la salud pública, que cumple el papel justificador de la intervención del poder en una realidad, la del mercado de tráfico y consumo, sin embargo no influible desde esos presupuestos. En efecto, el genéricamente llamado prohibicionismo conduce principalmente a la atribución de la oferta de ese tipo de productos a organizaciones de tipo monopolizador, y por ello con una gran capacidad para manejar a su antojo las referencias del entorno del mercado: el precio, las características del producto, los componentes de la demanda, la inducción a la misma si es necesario... etc. Junto a ello los detentadores del monopolio, motivados por la enorme expectativa de beneficio, adquieren una posición óptima para crear infraestructuras de tráfico difícilmente controlables por el propio sistema y lo que es peor, para regenerarlas en las contadas ocasiones en que las instituciones consiguen desmontarlas; la reconstrucción obedece, naturalmente al viejo principio del ascenso por inercia en el seno de la organización, es decir, a la automática subida o entrada en la cúspide de la misma de los sujetos a los que el sistema no ha conseguido desplazar (encarcelándolos o de otro modo cualquiera), y hay que admitir que tales posibilidades son virtualmente inagotables, mientras el llamado narcotráfico permita conseguir las enormes ganancias que se derivan de un mercado estimado en unos 500.000 millones de dólares anuales en el conjunto del mundo. Tal y como está dibujado en la actualidad, el sistema conduce, además, a dos consecuencias inevitables; de un lado a la frustración del conjunto de la ciudadanía que percibe, tarde o temprano, que los esfuerzos institucionales no consiguen atajar el problema creado, y de

otro a la eventualidad de que las propias instituciones se vean contaminadas, en mayor menor medida y a pesar de su fortaleza. La última consecuencia es reiteradamente detectada en los mismos juzgados y tribunales y obedece a la lógica sugerida; la represión penal acaba limitándose, significativamente, a los peldaños más bajos del tráfico, que son los únicos incapaces de blindarse.

2. Por lo tanto, la cuestión tiene que ser abordada desde una perspectiva sistemática, por así decirlo, que permita desvelar las contradicciones ocultas en los discursos oficiales, nada ingenuas desde el momento en que se toma en consideración la auténtica función de al menos buena parte del sistema (o subsistema penal), la función configuradora o disciplinante del mismo. De tal modo, reivindicamos el cambio de consideración del bien tutelado, desde la “salud pública” (de incierta e interesada existencia) a la salud individual (mensurable y por ende existente racionalmente), como exigencia genérica para el trato adecuado del problema. En segundo término, y sobre todo, entendemos que desde un punto de vista estructural la única vía posible para acabar con el fenómeno del narcotráfico, tal y como se presenta en la actualidad, pasa por arrebatar el monopolio de la oferta, y por ello del beneficio, a sus poseedores, En términos de sintaxis legislativa la transformación del subsistema penal ha de concretarse en la propuesta que y afirmaron en su día buena parte de los miembros de las Asociación, dentro del Grupo de estudios de política criminal que conformamos con los catedráticos y profesores de derecho penal, y que descansa sobre cuatro ideas fundamentales.

- a) El sometimiento de las llamadas drogas “blandas” a un régimen de consumo similar al del alcohol o tabaco.
- b) La equiparación de las llamadas drogas “duras” a la categoría de medicamentos, y su integración en el régimen de distribución de la Ley del medicamento 25/90 de 20 de Diciembre.
- c) La potenciación de políticas no represivas para la disuasión del consumo abusivo.
- d) La denuncia de las Convenciones internacionales en materia de estupefacientes (1961), psicótropos (1971) y control del tráfico de estufepacientes y sustancias psicotrópicas (1988).

2.1.3- DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA (EUTANASIA).

El valor VIDA ha sido objeto, a lo largo de la historia del hombre, de una expropiación fundamental sobre la idea de que tal bien no pertenece al sujeto individual, sino al ente más o menos diferenciado que, en cada época se constituye en Gran Hermano. De manera que el individuo ha carecido de posibilidad normativa, en el amplio sentido de la palabra, de

disponer de su propia vida, algo reservado a esa otra instancia de poder y de control, que ha usado de la reserva para, por ejemplo, establecer la pena capital o para lanzar al individuo a la muerte en la guerra. Por fortuna, la evolución del pensamiento ilustrado de izquierdas conduce progresivamente a la inversión de esa tendencia a través del realce de la dignidad de la persona y sus derechos inviolables (así, art. 10 de la CE) y de una interpretación integradora de los valores vida y libertad, que configura a aquella como un derecho del sujeto individual y no como un deber del mismo, a la par que establece las subsiguientes limitaciones para el poder.

De esa consideración debemos deducir el reconocimiento de la facultad de disponer sobre la propia vida y, por ello el derecho a morir, sin olvidar la específica calidad del valor, la irreversibilidad de las decisiones al respecto y la eventual implicación de terceros.

La traducción legislativa de todo ello ha sido recogida también, en los trabajos del Grupo de estudios de política criminal, cuya integración expresa en el acervo de la asociación Jueces para la Democracia se pide expresamente. Las reformas deseadas descansan en los siguientes criterios:

1. En ningún caso deberán ser punibles si media petición al respecto del titular de la vida las conductas de contribución al ejercicio del derecho a disponer de la propia vida en los siguientes casos: a) la eliminación o mitigación de graves sufrimientos padecidos en situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima con repercusión en un acortamiento de la vida., b) la eliminación de graves sufrimientos padecidos en una situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima, por medio de provocación de muerte inmediata y c) la eliminación de graves sufrimientos derivados de una lesión, enfermedad o minusvalía incurables y permanentes, por medio de la provocación de una muerte inmediata.
2. Debe apartarse la sanción mientras no haya oposición expresa o presunta del titular en los casos de contribución a) a la supresión de de la vida vegetativa en situación irreversible y b) a la supresión de prolongación artificial de un proceso irreversible de muerte (enfermos terminales).
3. Deben ser impunes los comportamientos omisivos de autoría o participación en el suicidio, así como la complicidad y cooperación necesaria activas, cuando media solicitud del suicida. Deberán penarse en forma atenuada (respecto del homicidio) los comportamientos activos de autoría e inducción.

2.1.4 –TRATAMIENTO JURIDICO PENAL DE LAS INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

En el curso del VI Congreso de la asociación judicial “Jueces para la Democracia” se aprobó, el 24 de junio de 1991, la siguiente declaración:

El tratamiento legal dado al aborto a través del art. 417 bis del Código Penal se ha manifestado a todas luces, no sólo insuficiente para dar solución a tan grave problema social, sino además como fuente de nuevas situaciones de desigualdad, que encuentran en la administración de justicia su agente más cualificado.

En efecto, la experiencia sobre la aplicación de la ley desde 1985 hasta la fecha, enseña que lo único que la misma propicia con toda certeza es una forma de persecución penal ocasional, aleatoria y arbitraria, en función de las actitudes personales que sobre el tema tengan los policías, fiscales y jueces de turno. De este modo, cuando el aborto ha dejado prácticamente de ser delito en amplias zonas de nuestro territorio, puede verse perseguido con saña inquisitoria en otros.

Mientras tanto, como es notorio, el “nasciturus” como bien jurídico no resulta más protegido, puesto que las interrupciones de embarazadas no dejan de producirse en gran número.

Es evidente que el sistema de las indicaciones parcialmente admitido en nuestro derecho, no da respuesta eficaz a la demanda social existente y es además un nuevo motivo de discriminación y de injusticia. Al extremo de que por la configuración jurídica de los supuestos de despenalización incluso un aborto conforme a la ley podría ser siempre investigado, con el consiguiente efecto devastador para la intimidad y la dignidad de la mujer afectada.

Por ello Jueces para la Democracia que ya se ha pronunciado a favor de una amplia despenalización en otras ocasiones, lo hace ahora para pedir al Gobierno que promueva una iniciativa legislativa realista acogiendo el sistema de plazo como el más apto para garantizar un tratamiento equilibrado de los intereses en conflicto.

La polémica Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del pleno del Tribunal Constitucional, interpretó que el “nasciturus” no es titular del derecho a la vida reconocido a todos por el artículo 15 de la vigente Constitución española. Sin embargo, de este precepto infiere la existencia de un valor superior, constituido por la vida humana, y capaz de funcionar como bien jurídico constitucionalmente protegido por aquella norma.

El tratamiento jurídicopenal de la interrupción voluntaria del embarazo es un tema fuertemente ideologizado, “...en cuya consideración inciden, con más profundidad que en ningún otro, ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales...”, tal como se cuida de advertir la ya citada Sentencia 53/1985.

Obliga ciertamente, a tomar posición sobre el concepto y alcance de la idea de vida humana; sobre la protección que cabe dispensar al concebido; sobre las exigencias de la plenitud de la dignidad de la

persona, y de su libre desarrollo; y a establecer axiológicamente la preferencia entre numerosos intereses que hay que ponderar con exquisito cuidado, como son la vida, la salud física y psíquica, y el bienestar de la gestante, del propio concebido y de cuantos configuran el entorno de aquélla y éste; o el equilibrio demográfico y sus implicaciones macroeconómicas. Todos estos factores se entrelazan en una compleja maraña sumergida, donde, en gráfico símil de una prestigiosa feminista, "...están entremezcladas, estrechamente unidas, como un bosque de lianas submarinas: la sexualidad prohibida, el placer, la familia monogámica, la liberación de la mujer, la relación hombre-mujer, el trabajo de la mujer en el hogar, etc...". Esta profusión de circunstancias, que comprometen la más íntimas y profundas convicciones individuales y colectiva, y los cimientos mismos de la configuración del modelo de sociedad, explica por qué de desencadenan las pasiones cuando emerge, como el tope de un témpano, la cuestión del aborto.

En un Estado que ha hecho del pluralismo ideológico uno de los valores fundamentales del proyecto de convivencia contenido en su Constitución, don dignas de respeto cualesquiera opiniones sobre tan espinoso problemática, incluso si algunas de ellas pueden resultar chocantes o inusuales, siempre que quepan dentro del marco fijado por la Ley fundamental, como recordaba el voto discrepante de uno de los genios de la jurisprudencia norteamericana, a la sentencia *Lochner v. New York*, en 1905, e invocaba la mayoría del Tribunal Supremo federal de aquel país, en su fundamental sentencia *Roe v. Wade* (1973). Del mismo modo, ningún prejuicio ideológico particular puede aspirar a imponerse al conjunto de la sociedad, a través del temible instrumento de la conminación personal.

Lo mismo el legislador que el juez han de evitar la tentación de poner el Derecho al servicio de peculiares convicciones religiosas, morales o ideológicas. Desde la admonición agustiniana, recomendando que la ley humana no pretenda castigar más que en la medida en que es preciso para mantener la paz entre los hombres, y solo en aquellas cosas que están al alcance del legislador, hasta la construcción, de la dogmática alemana de finales del pasado siglo, que ve en el Derecho un mínimo ético, corre toda una línea de pensamiento liberal que, en lo penal, se extrema hasta recomendar que el Derecho punitivo sea el mínimo de aquel mínimo, evitando – en palabras de un bien conocido tratadista – "...alardes de puritanismo desplazados y hasta contraproducentes en el campo penal..."

La vida humana – más aún toda forma de vida – puede ser sentida colectivamente como algo esencialmente valioso; como un bien, capaz, sin duda, en determinadas circunstancias, de legitimar su protección jurídica, incluso con la conminación de una pena. Pero desde el punto de vista constitucional, la protección se dispensa precisamente a la persona humana. Por eso suele citarse el aborto como modalidad de los denominados "delitos sin víctima" ("victimless crimes"; "crimes without victims"). Antes de que pueda hablarse de persona, cualquier

manifestación de la vida humana puede merecer el respeto derivado de su conexión con la persona que está llamada a ser; el respeto consiguiente a una expectativa de persona; que encarna un bien de naturaleza semejante a la de los intereses colectivos o difusos, cuya titularidad –según los especialistas más solventes – corresponde (las opiniones discrepan sobre este punto) a la Sociedad o al Estado. El fundamento constitucional de su protección es, pues, únicamente secundario o derivado. La equiparación de su trato a un derecho fundamental (con las consecuencias que de él extrae la sentencia en orden a la intensidad de su tutela) resulta, en definitiva, una arbitraria aplicación tardía de la filosofía del “als ob”.

Que toda vida humana – cualquiera que sea su estado de desarrollo – seas un bien valioso, que en el Estado debe tutelar eficazmente no significa, empero, que esa tutela haya de centrarse necesariamente , y en todo caso, en un mecanismo de conminación penal en todas las fases de su evolución a partir de la fecundación, Así parece presuponer la Sentencia de 18 de febrero de 1975, del Tribunal Constitucional italiano, y el voto de los Magistrados Ppp-v.Brunneck y Simon, discrepante de la mayoría, en la sentencia de 25 de febrero de 1975, del Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana. La respuesta punitiva puede enmascarar la renuncia a afrontar con realismo los problemas sociales. “...La “huida al Derecho Penal” - en palabras bien conocidas de un prestigioso penalista alemán – frecuentemente no significa que la sociedad elude sus tareas creadoras de tipo políticosocial...”. La renuncia a la prohibición y a la consiguiente falta de sanción penal (“Sanktionslosigkeit”), por otra parte, y pese a las reticencias del tribunal Constitucional federal alemán, no significa necesariamente convertir la conducta despenalizada en un lícito moral (“moralische Erlaubtsein”), ni más ni menos aún un juicio positivo o aprobatorio de tales comportamientos.

El mismo Tribunal Constitucional español reconoce que “...el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción – la sanción penal – para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no o lo es en ciertos supuestos concretos...”.

El actual tratamiento jurídico penal de la voluntaria interrupción del embarazo sigue desconociendo que, en definitiva, el conflicto se produce entre una vida humana en los primeros momentos de su evolución y el derecho de la madre a seguir desarrollando su personalidad en las

condiciones más favorables, que vendría a perturbar la continuación de la gestación y el esperado nacimiento. La sociedad valora muy positivamente, sin lugar a dudas, aquella vida en formación, pero en tanto no rebase un cierto grado evolutivo, ha de ser preferente este derecho de la madre; bien entendido que – so pena de caer en un inadmisibles concepción peyorativa de la condición femenina (hay rescoldos de la “imbecillitas mulierum”, de los misóginos textos renacentistas, en la presunción de frivolidad de la abortante) – cabe presuponer que la embarazada no decidirá abortar sino movida por un conflicto serio y atendible.

Conminar esta decisión con una pena resulta, así, difícilmente justificable desde una perspectiva constitucional no lastrada por prejuicios ideológicos, de embozada raíz religiosa. Desde el punto de vista político criminal, es sabido que su eficacia disuasoria es mínima para contrarrestar el impacto motivador del conflicto en que se encuentra la madre. La abultada “cifra negra” de abortos clandestinos se resuelve en sordidez, falta de higiene, riesgo para la vida de de la embarazada..El precio de la solución de las indicaciones es el falseamiento de datos, y en más de una ocasión, la oportunidad de saneados negocios, a veces blanqueados en nombre de un pretendido altruismo feminista; sin contar con esa forma de pena encubierta –y no poco aflictiva – que supone el sometimiento a un proceso penal, cuando se cuestiona la justificación del aborto producido o intentado, a veces a instancia de cualquiera de los grupos que se proclaman (están en su derecho) defensores de la vida; otras no pocas, por consecuencia de la denuncia de un despedido. Todo ello, en un contexto social que, por encima de las creencias confesadas, se revela harto tolerante con el drama de la madre que aborta; y prefiere –se ha escrito recientemente con razón- «...medidas legales que ayuden a evitar, en lo posible, esa decisión siempre traumática para la mujer gestante...», aunque estas medidas puedan chocar con la mentalidad – y, por supuesto, los intereses – de cuantos se han apresurado a enterrar los últimos restos del modelo de Estado social de Derecho, ingenuamente proclamado por nuestra Constitución.

El aborto no es deseable. En alguna medida es siempre un fracaso. Su prevención no se logra mediante los mecanismos represivos. La sociedad organizada según las pautas del neoliberalismo económico rampante promueve la radical autopreferencia («selfishness»), el egoísmo, la competitividad desaforada, el consumismo patológico. Muchas mujeres que desearían ser madres han de renunciar a ello porque les faltan las condiciones mínimas para poder garantizar a su hijo (y a sí mismas) una vida digna, mientras a su alrededor, agoniza el ideal de Estado social de Derecho propugnado por nuestra Constitución. Mejor que ahuecar la voz en defensa de un abstracto valor constituido por la vida humana sería esforzarse por lograr un modelo más justo y humano de convivencia social.

Es preciso, en fin, ponerse en guardia frente a lo que se ha denominado expresivamente «el síndrome alemán». No se trata de patrocinar el aborto

como parte de una estrategia de control de la natalidad. Se trata, sencillamente, en aplicación del principio de intervención penal mínima, de no reaccionar punitivamente contra la madre que decide interrumpir su embarazo, porque no se siente capaz de afrontar la (o una nueva) maternidad. Parafraseando una idea bien conocida, en esta materia. Más que el mejor tratamiento jurídico penal, hay que buscar algo mejor que el tratamiento jurídico penal.

El artículo 1 del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo establece, bajo el epígrafe «**Supuestos no punibles de interrupción del embarazo**»:

1. No constituirá delito la interrupción del embarazo, practicada por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique la interrupción del embarazo.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen o del consentimiento expreso.

b) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida, siempre que la interrupción del embarazo se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

c) Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que la interrupción del embarazo se practique dentro de las veintidós semanas de gestación y que el dictamen expresado con anterioridad a su práctica sea emitido por dos especialistas de un centro o establecimiento acreditado al efecto, y distinto a aquél por quien o bajo cuya dirección se practique la interrupción.

En los casos previstos en el párrafo anterior, no constituirá delito la conducta de la embarazada aun cuando la práctica de la interrupción del embarazo no se realice en un centro o establecimiento acreditado o no se haya emitido los dictámenes médicos exigidos.

2. Tampoco constituirá delito la interrupción voluntaria del embarazo que sea practicada por un médico o bajo su dirección cuando, a juicio de una mujer, la continuación del mismo suponga un conflicto personal, familiar o social de gravedad semejante a la de cualquiera de los descritos en el apartado anterior, siempre que concurren los requisitos y circunstancias siguientes:

a) Que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación.

b) Que la mujer que desee interrumpir su embarazo acuda a alguno de los centros de asistencia y asesoramiento acreditados antes de llevarlo a cabo.

c) Que la mujer, tras haber sido adecuadamente oída en entrevista, y haber escuchado en ella razones que asisten al Estado para tutelar la vida, sea informada de cuantas ayudas familiares, económicas y sociales disponibles pudieran ser de utilidad, así como sobre los aspectos jurídicos y médicos de la intervención, de todo lo cual se expedirá la oportuna certificación.

d) Que una vez asesorada e informada en los términos establecidos en esta ley, haya dejado transcurrir un plazo mínimo de tres días a fin de madurar su decisión definitiva...»

A tenor del artículo 7 («Interrupción del embarazo como prestación del Sistema Nacional de Salud»), «...Las interrupciones voluntarias del embarazo practicadas en las circunstancias previstas en el artículo 1.1 constituyen una prestación del Sistema Nacional de Salud, quedando excluidas del mismo las que se practiquen conforme a lo establecido en el apartado 2 del mismo precepto.»

Aparentemente, se trata de una ampliación del sistema de indicaciones, probadamente fracasado a menos que se introduzca una indicación general de estado de necesidad, en términos tan extraordinariamente flexibles como los fijados en el artículo 218 a), 2.3., del Código Penal de la república Federal Alemana, o bien que, de hecho, se prescindiera de control efectivo de la realidad de la causa de justificación o exculpación invocada, como ocurre en el Reino Unido, tras la reforma de la «Abortion Act» llevada a cabo en 1967.

El texto propuesto –cuya proximidad con la solución adoptada por la ley italiana de 22 de mayo de 1978, número 194, es patente– significa, desde luego, un considerable avance frente a trabajos prelegislativos anteriores, que en nada innovaban la situación presente, pero constituye, en realidad, una vergonzante introducción del sistema del plazo, condicionada por la necesidad de una previa entrevista, cuyo contenido semeja más que un diálogo, un cruce de monólogos, que supondrá, para la embarazada, una mezcla de sermón persuasivo y de información médica, jurídica y asistencial. Buena muestra de ello es que, pese a presuponer que la madre adopta su decisión –consciente e informada– presionada por un conflicto equivalente al que late en el seno de las restantes indicaciones, no disfruta de la cobertura del sistema nacional de la Salud.

Si se temía la reacción de los sectores más hostiles a la despenalización, la artimaña es tan burda que no engaña a nadie. Si se creía que la doctrina constitucional vedaba la introducción del sistema del plazo, de poco valdrá esa fraudulenta apelación a una hipotética situación conflictiva de imposible control, Es hora de confiar en la sensatez de la mujer embarazada, y permitir que ella tome su decisión dentro de un plazo razonable. Los mecanismos de información y asesoramiento deben ser expuestos a su disposición, sin exigir una y otro como requisito previo de la interrupción del embarazo.

La reforma propuesta no resuelve, por lo demás, problemas tan agudos como la incapacidad que ha de tener la mujer embarazada para interrumpir su gestación, o la posibilidad de que, en caso de incapacidad, su consentimiento pueda ser sustituido por sus padres o representantes legales, o al estilo de lo establecido en el artículo 428 del Código Penal, a propósito de la esterilización, de una eventual autorización judicial. Estas lagunas pueden convertirse en un semillero de conflictos, caldo de cultivo de otros tantos posibles procesos penales.

En la «Memoria» que precede al anteproyecto se lee que la solución legislativa más adecuada a nuestro modelo constitucional, que contempla la protección del bien jurídico nasciturus y garantiza el respeto y la efectividad de los derechos de la mujer, es la que en este texto se propone. La exigencia del previo asesoramiento por parte del Estado a la mujer embarazada constituye la principal garantía de protección del nasciturus, a la vez que permite a la mujer la adopción de cualquier decisión de forma responsable, consciente e informada.

La particularidad del modelo propuesto en el presente Anteproyecto radica en que se garantiza la decisión responsable de la mujer, pues es ella la que valora y decide, en uno u otro sentido, ante una situación de conflicto personal grave que la lleva a plantearse la posibilidad de interrumpir su embarazo. Durante las primeras doce semanas de gestación, ante una situación de conflicto, la mujer se puede plantear la posibilidad de tomar esta decisión. Tras el asesoramiento correspondiente la mujer tiene un plazo obligado de reflexión para tomar la decisión que mejor resuelva su conflicto».

Es preferible adoptar valientemente el sistema del plazo, dejando que el presupuesto (y no controlable) conflicto que determina a la embarazada a interrumpir su gestación permanezca en el plano de la motivación del legislador. La experiencia enseña que una gestante se decide a abortar porque se encuentra en una situación conflictiva tal que no se siente capaz de afrontar la continuación del embarazo y de las cargas de la maternidad, se concede un plazo razonable para que pote por el aborto. A disposición de la embarazada han de ponerse mecanismos de información, asesoramiento y asistencia psicológica. Su existencia puede contribuir considerablemente a la prevención de decisiones de abortar insuficientemente maduras; pero es discutible la razonabilidad de hacer de ellos requisito formulario para interrumpir legalmente el embarazo.

2.1.5 – RESIDUOS DE LA «PRISION POR DEUDAS».

2.1.5.1- EL IMPAGO DE PRESTACIONES DE ASISTENCIA INTRAFAMILIAR.

Dentro del título XI del proyecto de Código Penal de 1994 (epigrafiado «delitos contra las relaciones familiares»), figura un capítulo III que trata «de los delitos contra los derechos y deberes familiares». Su sección segunda se ocupa «del abandono de la familia, menores e incapaces»

A tenor del artículo 219, incluido en ella, «...1. El que dejaré de pagar durante meses no consecutivos cualquier tipo de presentación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial.¿, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos en favor de hijos no matrimoniales, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejaré de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior...»

Constituye un ampliación del ámbito Penal, introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Es, éste, un discutido precepto, que muchos especialistas han considerado como un ejemplo de instrumentalización de la conminación penal para resolver conflictos propios del Derecho privado, y que pueden ser encarados con un adecuada utilización de los recursos de que ya se dispone en este ámbito.

Los comentaristas vienen destacando que, a la vista del epígrafe del título en que actualmente se integra (alusivo a la libertad ya la seguridad), la conducta tipificada – a menos que se interprete como un tipo de peligro abstracto – solo puede tener sentido presuponiendo que el impago entraña un descenso socialmente intolerable de la seguridad de los beneficiarios de la pensión frente al infortunio. El problema surge porque, en tal caso, o se interpreta que esa presuposición implícita en la norma no admite prueba en contrario, o se entiende que, en cada caso, habrá que justificar la realidad de la lesión del derecho a la seguridad personal. De optar por el premier término de la alternativa, habría que admitir la posibilidad (nada remota) de que se sancionasen penalmente conductas que no lesionan ni ponen en peligro efectivo bien jurídico alguno, lo que sería incompatible con los principios que rigen el modelo de Derecho penal democrático.

En un todavía reciente estudio sobre este precepto se escriben estas reflexiones.

«...Desde los primeros comentarios que siguieron a la introducción de este nuevo tipo entre los delitos contra la libertad y seguridad, se detecta una actitud claramente crítica en la doctrina, destacando básicamente dos clases de objeciones. Por un aparte, algunos autores ponen en duda la compatibilidad del nuevo precepto con el principio de intención mínima, y ello no sólo por las dificultades con que tropieza a la hora de identificar un bien jurídico digno de protección penal, sino también porque se considera que en la legislación anterior a la reforma del 89 existían medios suficientes –civiles e incluso penales- para resolver las situaciones que el legislador ha querido solventar a través del artículo 487 bis. Desde una perspectiva distinta, aunque vinculada a la anterior el nuevo precepto también ha sido objeto de serios reparos desde el punto de vista constitucional, señalándose que supone un retorno a la proscrita «prisión por deudas» y que, además, en la medida que no es aplicable a los hijos habidos fuera del matrimonio, infringe el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución».

El vigente artículo 487 bis del Código Penal es una concesión a las demandas de garantía de efectividad de las condenas civiles al pago de pensiones asistenciales. Una vez más se canalizó por la vía punitiva un conflicto cuya solución dependía de arbitrar mecanismos procedimentales ágiles y eficaces para ejecutar las sentencias y resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes en materia de derecho de Familia. Si tal fue el propósito perseguido por la introducción de aquel precepto, resultó fallido. En la práctica judicial, un considerable porcentaje de condenas penales por este delito no incluyen en la responsabilidad civil el pago de las pensiones adecuadas; y el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, denegando la concesión del beneficio de la suspensión condicional de su ejecución, es sentido por algunos sectores sociales afectados, como un reacción desproporcionada, que evoca demasiado la proscrita «prisión por deudas». Finalmente, la prisión del moroso puede ser incluso contraproducente para los intereses del beneficiario (en cuanto signifique pérdida de ingresos e incluso de empleo del penado), o resultar escasamente aflictiva en la práctica, por aplicación de beneficios penitenciarios. Los casos mas graves, los de auténtica relevancia penal, podrían solucionarse –sin necesidad de esta perturbadora figura delictiva- con una reforma mínima del delito de abandono de familia, en eventual concurso con el de alzamiento de bienes, y en ese sentido se han manifestado ya monografistas del tema.

2.1.5.2- EL IMPAGO DE PRESTACIONES DE ASISTENCIA INTRAFAMILIAR.

Desaparece, en el Proyecto de Código Penal de 1994, a imitación de sus precedentes a partir de la propuesta de Anteproyecto de 1993 (que rompe con el criterio tradicional punitivo mantenido por el Proyecto de 1980), el delito de cheque en descubierto, actualmente tipificado y penado por el artículo 563 bis b). No es de extrañar. Los casos en que el librador, tras simular ser titular de una cuenta corriente con suficiente cobertura, lo

entregaba en pago de la recepción simultánea de un bien (objeto material o servicio) son tratados como estafa. En los demás, surge una razonable duda acerca del bien jurídico protegido. Es tópico aludir a la confianza colectiva en determinados instrumentos del tráfico mercantil sustitutivos de la entrega de una cantidad en dinero metálico, de donde derivó la doctrina jurisprudencial reacia a extender la responsabilidad civil más allá del reintegro de los gastos de protesto y devolución.

No obstante, la sedicente excusa absolutoria por pago relativamente extemporáneo, incluida en el párrafo final del artículo indicado, sugería que no era ajena a la finalidad del precepto la tutela del interés económico del tomador del efecto, y en ella se fundaron algunos monografistas para defender la extensión de la responsabilidad civil a la suma dispuesta.

En definitiva, el mal uso de un instrumento del tráfico mercantil se estimaba, con razón, que carecía de entidad suficiente para fundamentar la respuesta penal. Sancionar con una pena la frustración de la expectativa del tomador al cobro de cheque y a la satisfacción consiguiente de su crédito, cuando había realizado ya su prestación con anterioridad y por razones ajenas a tal libramiento, no sería sino consagrar una modalidad de criminalización de la prisión por deudas, que parecía desterrada del moderno Derecho penal democrático. La reforma propuesta merece, por consiguiente, un juicio positivo. La tutela de los intereses del acreedor se encuentra en la articulación de un proceso civil ejecutivo rápido y eficaz, y en un procedimiento de investigación y realización de bienes del deudor que reúna esas dos mismas características.

2.1.6- LA DESPENALIZACIÓN DE LAS BAGATELAS: EL MOVEDIZO TERRENO DE LAS FALTAS.

Nuestra legislación penal recoge tradicionalmente la figura de la falta como paralela a la del delito arbitrándola a modo de amalgama de ilícitos veniales cuyo bien jurídico resulta, en la mayoría de los supuestos, difuso, sino trasunto del correlativo topo penal previsto como delito cuando el hecho se estima reviste menor gravedad.

Ante lo que ya se aventura como permanente situación de inminente reforma, llama la atención la escasa variación que, en general, sufre el régimen de las faltas, el mínimo, esfuerzo doctrinal en la materia y en difícil sintonía, los intentos desesperados del legislador por salvar un procedimiento penal que hace aguas por todas partes y donde las garantías procesales son algo más que dudosas.

El esfuerzo desplegado por el Tribunal Constitucional ahondando en los principios constitucionales que derivan del artículo 24 de la Constitución ha sufrido un importante revés con la ley «ordinaria» 10/92, de 30 de mayo, de medidas urgentes en Materia Procesal, siquiera orgánica pese a afectar se lleno al citado precepto. El posterior espaldarazo que la inquietante sentencia 56/94, de 24 de febrero del máximo intérprete constitucional, concedió a esta normativa la última estocada al malherido proceso venial.

Nuestra «cenicienta» del Derecho penal es asumida por el legislador procesal como categoría penal, al prever en su regulación un procedimiento criminal especial por razón del objeto (artículos 962 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Su consecuencia lógica, gozar de todas y cada una de las garantías procesales con que se reviste el enjuiciamiento de todo hecho penal. Y es en este punto donde la citada sentencia del Tribunal Constitucional, volviendo sobre sus propios pasos, da al traste con la firme erradicación que su doctrina estaba llevando a cabo de los vestigios inquisitivos regidores de este procedimiento. Donde se afirmó que «el respeto al principio acusatorio exige que la pretensión punitiva se exteriorice; así lo ha entendido este Tribunal en anteriores ocasiones al señalar que no es posible admitir una acusación implícita...de forma que,...al juzgador no le vincula la correcta tipificación que de la conducta efectúe en particular, ni tampoco la sanción concreta cuya imposición solicite el mismo, pero si la ausencia de imputación de alguna de haber cometido un ilícito penal y la correlativa de petición de condena y sanción penal por su parte» (STC 47/91, de 28 de febrero), ahora se afirma «que la acusación...puede manifestarse de varias formas, ya sea en la denuncia inicial ya en el acto del juicio», que «la remisión al criterio del Juez cuando el juicio de faltas comience por una denuncia...no puede significar que se le atribuya una función acusadora...dada la simpleza de los tipos previstos» (STC 56/94, de 24 de febrero).

Con la reforma aludida se agudizan los males endémicos que la solución procesal de estas contravenciones planteaba ya en un principio, rescatando el principio inquisitivo y remitiendo al Juez de Instrucción para la calificación y determinación de la pena (artículo 962.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cuando la denuncia no es sino un acto básicamente de conocimiento, de dación de información a la autoridad sobre la comisión de un hecho punible, que «no supone el ejercicio de la acción penal, no constituye en parte al que la formula» (STC 157/90, de 18 de octubre, telón de fondo: las faltas). Y ello como consecuencia de las Instrucciones que, en aplicación de la potestad conferida al Fiscal General del Estado, se han dictado para permitir la ausencia a juicio del Fiscal «en atención al interés público». Si el propio legislador reconoce la no existencia del referido interés, qué sentido tiene la pervivencia de estos hechos. ¿Suponen realmente ataques intolerables a los bienes considerados como más valiosos por la sociedad? Como gráficamente dijera FLAINER «la policía no debe andar a cañonazos con los gorriones».

Sociológicamente hablando, la persecución penal de la falta está altamente motivada por intereses de tipo privado, bien de carácter económico, bien puramente de «venganza», siendo el cajón desastre de las conductas que el legislador no afronta despenalizar por razones de tipo coyuntural (principalmente, colapso actual de la justicia civil con la despenalización parcial de las imprudencias simples) y obligados a convivir en igualdad de régimen con los correspondientes delitos menores (hechos criminales previstos como delitos con atenuación de la respuesta

penal) a los que sin motivo racional, a la par que la pena, se les reduce las garantías de enjuiciamiento. El número de causa que por faltas con coautor se incoan en un Juzgado de Instrucción supera con creces las que se instruyen por delito mermando las posibilidades de investigación real de hechos previstos como más graves. El resultado son escuelas sentenciales resolutorias de juicios de falta rayanas en la ilegalidad (ver STC 55/1987, de 13 de mayo), carentes en su gran mayoría de motivación suficiente (pese a versar sobre la máxima reacción que el ordenamiento prevé ante infracciones al ordenamiento) agravada la situación por la inseguridad jurídica que representa el hecho de no acceder a casación y ser visadas en vía de recurso por un sólo Magistrado.

Sirva de consuelo el que, en países altamente mitificados en lo que al Derecho Penal se refiere, mantienen procedimientos poco encomiables desde la óptica de la dogmática para el tratamiento de supuestos similares. Véase a modo de ejemplo el proceso por orden penal del § 407 ss Strafprozeßordnung, fuertemente criticado por la propia doctrina germana, al permitir que se enjuicie sin necesidad de vista oral la pequeña y mediana criminalidad, siendo ejecutable inmediatamente la orden penal solicitada por el Fiscal sin audiencia del interesado caso de no mediar oposición del afectado.

No resulta ocioso preguntarse por la necesidad de un concepto jurídico distinto del de delito, con todas las dificultades que dicha diferenciación entraña, entendiéndose que sólo cuando el régimen jurídico aplicable a dicho concepto varía cualitativamente del general, la creación de una categoría nueva estará justificada. Si se observa el elenco de infracciones previstas en el Libro III del Código Penal (vale lo dicho para el Proyecto actual), cabe clasificar las mismas en tres grupos:

- a) Hechos cuyo bien jurídico protegido resulta más que difuso y, por ende, no necesitados de especial protección, sirviendo claramente a objetivos administrativos y que perfectamente permiten una derivación a este campo.
- b) Reclamaciones privadas en que el legislador, de antemano, reconoce la ausencia de interés público (artículo 962.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cuya jurisdicción propia sería la civil;
- c) Delitos menores gregarios del correlativo básico en que, pese a compartir con estas la prescripción típica, se introduce un elemento revelador de una menor pena.

Si en los primeros supuestos no es el Derecho Penal el llamado a dar la respuesta efectiva a tales conflictos en virtud del principio de intervención mínima y última ratio legis, el tercer bloque por sí solo no precisa el mantenimiento de una categoría penal y de un procedimiento especial sin garantías para el enjuiciamiento de tales hechos.

En este orden de cosas, cabe hacer un a somera referencia a la reforma que se avecina, a modo de breves pinceladas al sistema penal de las faltas en que se desaprovecha, una vez más, la oportunidad de acabar con esta absurda distinción no justificada desde el punto de vista dogmático, Si se quiere, puede optarse por un proceso más sumario, dependiendo de la pena prevista para el ilícito, sin necesidad de distorsionar con ello los institutos penales, véase el Strafgesetzbuch, y su distinción (no asumida sistemáticamente), entre crimen y delito (§ 12 StGB) posibilitando el llamado proceso por orden penal (§§ 407 y ss StPO) y atribuyendo la competencia a los Amtsgerichte (§§ 24 y 28 Gerichtsverfassungsgesetz, Ley Orgánica de los Tribunales alemana). Todo ello reivindicando a su vez la necesaria reforma de la potestad sancionadora de la administración, con la creación de una Ley General Reguladora de dicha actividad bajo los principios que para el ius puniendi reclama el tribunal Constitucional (STC 25 de enero de 1983) y que, sin merme de garantías al ciudadano, permita dicho trasvase.

Lejos de atenuar la respuesta penal para las faltas. El proyecto, partiendo de la actual configuración como infracción penal a la que el Código Penal asigna una pena leve (artículo 13.3 del Proyecto), modifica el régimen jurídico de los institutos aplicables a las faltas de forma que termina por endurecer su regulación.

En primer término, si bien se reduce el tiempo máximo de arresto en su conjunto (de uno a seis fines de semana), incrementa la privación del permiso de conducir hasta un año y la cuantía de los días-multa hasta la de 3.000.000 de pesetas (artículos 36 y 49 del Proyecto), con la previsión del aberrante arresto sustitutorio por el término de hasta un mes (artículo 52 del Proyecto). En segundo lugar, desaparece la frustración como forma de ejecución imperfecta de modo que, en el proyecto, la tentativa de falta contra las personas y contra el patrimonio, hoy impune, pasa a criminalizarse (artículo 15.2 del Proyecto), Tercero, el plazo de prescripción de las faltas se amplía pasando a ser de 76 meses frente al actual de 2 (artículo 135.3 del Proyecto).

Finalmente, no solo no se reduce el elenco intolerable del actual sistema sino que se introducen peligrosas figuras so pretexto de acallar un pretendido desencanto popular con el mismo ánimo disuasorio que preside la normativa en esta ponencia criticada. Se criminaliza el abandono de jeringuillas (artículo 618 del Proyecto) «en todo caso» y por tanto, sin la exigencia de un riesgo; se penalizan los malos tratos a animales sólo «cuando ofenda los sentimientos de los presentes» (artículo 620 del Proyecto) y sin atender a la acción objetiva en sí, pasando por trasladar también a esta esfera el incumplimiento del régimen de visitas que tan conflictivo se ha presentado en la ejecución del Derecho de Familia, mereciendo el mismo reproche que páginas antes se ha efectuado respecto del impago de prestaciones de asistencia intrafamiliar.

2.1.7- DELITOS CONTRA EL HONOR.

los conflictos que surgen alrededor de la libertad de expresión y su colisión con el derecho al honor no encuentran solución en el Derecho Penal. Ya no se trata de la vindicación del honor entre particulares: habitualmente, por no decir siempre, esta en liza la libertad de prensa y la opinión pública entendida idealmente como el derecho de la sociedad a estar cabalmente informada como presupuesto del ejercicio de sus derechos políticos o de participación. Está en juego uno de los valores superiores del ordenamiento cual es el pluralismo.

El principal argumento que justificaría la despenalización sería el principio de mínima Intervención. La ley de 5 de mayo 1982 de protección civil del derecho al honor. La intimidad personal y familiar y la propia imagen creó una situación nueva en el panorama de la libertad de expresión: la tutela del honor puede verificarse desde el derecho civil sin necesidad de intervención del sistema penal.

El derecho privado tiene la solución para esos conflictos con intervención de las partes implicadas y con una finalidad preparatoria del posible daño causado.

Ello implicaría la desaparición de la calumnia y de la injuria.

2.1.8- DESACATO, INJURIAS AL JEFE DEL ESTADO Y A LOS ALTOS ORGANISMOS DE LA NACION, ULTRAJES A LA NACION Y A SUS SIMBOLOS.

Resulta molesto a una conciencia democrática la criminalización de este tipo de conductas. Ni el principio de autoridad ni la dignidad de quienes detentan el poder o de los símbolos externos de ese poder (banderas) necesitan de protección alguna, mucho menos la penal. Sin embargo, esos tipos se encuentran en nuestro código todavía y con penas exageradas de prisión para los ofensores.

En el ámbito jurídico y en un Estado democrático de derecho no se puede hablar de dignidad como hábitos del poder. Del poder, de los poderes, debe hablarse en términos de control y sometimiento al derecho, es decir de legitimidad.

Su existencia implica un a amenaza a la libertad de crítica política en cualquiera de sus manifestaciones.

Cualquier extralimitación debe simplemente tolerarse, como manifestación de un sistema que evoluciona hacia mayores cotas de libertad y civilización, porque asume los conflictos sin necesidad de reprimirlos.

2.2.- DESCARCELACION.

Otro nivel de nuestras propuestas debe afectar al castigo para propiciar políticas alternativas en el ámbito de la pena, en el convencimiento de que la cárcel es un castigo inhumano, inútil y dañino, de que la sociedad precisa liberarse de la necesidad de la cárcel. Mientras que exista el sistema penal debemos comprometernos a luchar por la minimización de la violencia y del dolor, desarrollando estrategias eficaces de descarceración.

Hay que ser conscientes de que en los últimos tiempos el sistema penal no sólo ha sobrevivido al tirón de los movimientos de descarceración sino que se ha fortalecido en un triple sentido: más sectores de la población han quedado atrapados e el interior de sistema de control, la intervención represiva es más intensa y nuevas formas de control (penas alternativas, probation, parole, medidas asistenciales) han venido a complementar, que no a sustituir, al encarcelamiento, tal y como ha puesto de manifiesto S. Cohen.

Proponemos:

2.2.1- MORATORIA EN LA CONSTRUCCION DE NUEVAS CARCELES. NUEMRUS CLAUSUS.

- a) En primer lugar propiciamos acabar de una vez por todas con la superpoblación en las cárceles. Obligar al condenado a convivir con un montón de personas en una celda en las condiciones de higiene y salubridad que existen en nuestras prisiones es una sanción añadida ala privación de libertad. En los establecimientos deben admitirse el número de internos para el que fue proyectado en un principio. Ni uno más.
Además, como dice la ley General penitenciaria las celdas deben ser individuales.
- b) Porque hemos aprendido que la fabricación y apertura de cárceles mas modernas no significa el cierre de las que existen ni la mejora de las condiciones de vida de los internos, sino la ampliación de las posibilidades del sistema, y con ello el aumento de la población penitenciaria, proponemos la moratoria en al construcción de cárceles. Como un mecanismo que propicie la reflexión colectiva acerca de la necesidad de la prisión y la búsqueda de alternativas.

Ello implicaría que si aumentase la demanda –algo predecible según la evolución de los últimos años- habría que arbitrar mecanismos similares a los de las listas de espera de la sanidad pública, tal y como ocurre en los países del norte de Europa. La mayoría de los condenados son gente normal, no son animales salvajes. Pueden esperar. Es una buena manera de aprenderlo y de desarmar muchos tópicos de la guerra contra el crimen.

2.2.2- REDUCCION DE LA DURACION DE NUESTRAS PENAS.

Asignatura pendiente respecto a nuestro código: sus desproporcionadas penas.

2.2.3- ALTERNATIVAS A LA PRISION.

En el ámbito del catálogo de penas: arresto domiciliario, multas, tratamientos en régimen cerrado o ambulatorios (de deshabituación a drogas, alcohol, de ayuda psicológica o psiquiátrica...). Ninguna de estas alternativas debe estar garantizada por la cárcel si no por otro tipo de trabajos comunitarios o a favor de la víctima, siempre con el acuerdo del condenado.

Regulación de la suspensión de la condena (remisión) de forma más generosa.

2.2.4- MEJORAR LA VIDA EN PRISION.

Quizá una piadosa proposición, pero cualquier intento de humanizar o aliviar las condiciones en que viven los internos es loable.

Pueden proponerse mayores beneficios penitenciarios, tales como permisos de salida, libertad anticipada, posibilidades de estudio, de aprendizaje terceros grados.

Abrir la cárcel a la sociedad frente a la política de clausura que desarrolló Asunción. Para ello, libre acceso al interior de las prisiones de las organizaciones que defienden los derechos humanos y de activistas de movimientos solidarios (religiosos, pacifistas, vecinales, de ayuda a emigrantes) que tradicionalmente, hasta entonces, venían trabajando en ese espacio.

2.2.5- A LA BUSQUEDA DE SOLUCIONES PACTADAS: DEVOLVER A LA VICTIMA PODER Y PROTAGONISMO.

La víctima, un de las partes del conflicto, la que sufre en principio la violencia de la ofensa, fue apartada del conflicto, expropiada por el Estado y el proceso penal de su gestión, en nuestro sistema de enjuiciamiento las víctimas no importan (Christie).

Es necesario revisar nuestros esquemas: por qué no interesa la opinión de la víctima. En el proceso penal esta carece de protagonismo.

Devolverle a la víctima parte de esos poderes de los que fue expropiada puede servir para reducir los niveles de violencia del sistema penal. Para ello debería darse relevancia al perdón en todo tipo de delitos (existen mecanismos para garantizar la libertad en la formación de la voluntad de la víctima, si que ello pueda ser obstáculo para la recuperación de esta figura).

También en esa línea, establecer el requisito de la denuncia previa en un aparte de las conductas prohibidas: aquellas que suponen ofensas menores (contra el patrimonio).

Posibilitar el establecimiento de estructuras de negociación entre la víctima y el agresor para facilitar verdaderas soluciones al conflicto (compensación, reparación, simplemente perdón y comprensión del otro,...).

2.2.6- REFORMA DE LA PRISION PROVISIONAL.

Una parte importante de la población penitenciaria se encuentra pendiente de juicio. Así la prisión es en muchas ocasiones un lugar de tránsito y de custodia cautelar más que un espacio de cumplimiento de la pena (Ferrajoli).

Para que la prisión provisional sea la excepción debe reformarse la ley de procedimiento e impedirse su adopción para supuestos que tengan señalada pena inferior a la de prisión mayor, exigiéndose la motivación de la medida en una de estas dos causas: que haya peligro real de huida del imputado o de que volverá a cometer hechos de la misma gravedad.

Hay que buscar medidas cautelares de sujeción del encartado al proceso que no implique la prisión.