

**Voto que formulan los excmos. Vocales del CGPJ, D. Luis Aguiar de Luque, D. José Antonio Alonso Suarez, D. Juan Carlos Campo Moreno, D<sup>a</sup> Montserrat Comas d'aAgemir i Cendra, D<sup>a</sup> María Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro, D. Félix pantoja García y D. Fernando Salinas Molina, al anteproyecto de Ley Órgánica por la que se modifica el Código Penal. Se adhiere el vocal d. Agustín Azparren Lucas en cuanto afecta al arresto fin de semana.**

## **I.-VALORACION GENERAL**

Nos encontramos con la última de una serie de propuestas legales que según el Gobierno de la nación deberían mejorar el denominado (en el mismo anteproyecto que ahora se informa) "problema de la criminalidad". Los anteproyectos remitidos sucesivamente constituyen un bloque bastante heterogéneo y carente de criterio sistemático alguno. El único hilo conductor es, precisamente, la referencia a la seguridad ciudadana. Tal vinculación obliga a plantear si es cierto que las reformas, también esta, pueden mejorar la seguridad ciudadana, disminuyendo el creciente impacto de la criminalidad, al que luego haremos referencia. La respuesta es inequívocamente negativa.

Cualquier jurista sabe que las leyes penales - y sólo si son buenas leyes- difícilmente ofrecen un marco adecuado para la solución de conflictos, pero en ningún caso los arreglan por sí mismas. Conferir poderes taumatúrgicos a las leyes contraría cualquier aproximación racional al concepto mismo de ley. En la actualidad tenemos un Código Penal extraordinariamente duro. Lo saben todos y cada uno de los jueces penales de este país. Baste decir, por ejemplo, que un robo simple de un radiocasette por un reincidente está castigado con una pena de entre tres años y medio a cinco años de prisión; ó que un pequeño traficante de drogas puede recibir más de nueve años de prisión .

La dureza punitiva del Código vigente se demuestra en el único terreno donde las cifras no son manipulables. El de la prisión. En efecto la cantidad de presos es la cifra que da cuenta de la dureza del sistema penal de un determinado país. Pues bien, *en los últimos siete años la población penitenciaria española aumentó desde 41.903 reclusos hasta los 52.342 actuales*. De hecho, España –junto al RU- tiene la *mayor tasa de presos por habitante de la Unión Europea*; concretamente 124 por cada 100.000 habitantes, frente a los, por ejemplo, 95 de Italia y Alemania, 80 de

Francia y Grecia o 60 de Dinamarca. La conclusión es obvia : tenemos un sistema punitivo muy duro.

Por su parte, el ejecutivo admite que en 2001 la tasa de criminalidad aumentó algo más de un 10% y que en 2002 aumentó aprox. un 5%.

En otras palabras, la inseguridad ciudadana ha venido aumentando en los últimos años al mismo tiempo que aumentaba la población penitenciaria. De modo que la ecuación más cárcel=más seguridad es falsa. Dada tal constatación y el hecho de que España castiga con prisión mucho más que los demás países de la Unión Europea, que a su vez tienen menos criminalidad, no podemos extraer otra deducción que la de que el problema no está en el sistema legal punitivo.

Ciertamente, el problema se sitúa no en las leyes, sino en las políticas. Son necesarias mejores políticas policiales, judiciales y penitenciarias, en un fondo de mejora de las políticas sociales. En ese terreno si podemos extraer conclusiones reales. Según el informe de Eurostat 17/2003, España es el país que menos gasta en protección social comparativamente (gasto real, medido en poder adquisitivo) de toda la UE. De hecho, sobre un índice medio de 100 para toda la UE, España gasta 60, mientras –por citar los países antes referidos- Italia gasta 97, Francia 110, Alemania 114, Grecia 66 y Dinamarca 124. Con todo lo indicado, no es difícil confirmar que las políticas sociales resultan decisivas en la lucha contra la delincuencia.

El informe del Consejo General del Poder Judicial. Debo advertir al Gobierno de estas consideraciones por tratarse de cuestiones que afectan al derecho fundamental a la libertad.

## **II.- REFORMAS EN LA PARTE GENERAL**

### **A) Las llamadas reformas técnicas del sistema de penas.**

Una parte importante de las reformas nacen de lo acordado en la Comisión Técnica constituida en el Ministerio de Justicia el 13 de noviembre de 2000, integrada por jueces, fiscales, catedráticos y abogados. Dicha comisión efectuó una evaluación de las penas que estableció el código penal de 1.995, y el resultado de su aplicación. Y así, la Comisión Técnica entendió que debía suprimirse la pena de "arresto de fin de semana" por no haber cumplido las finalidades esperadas, y, para sustituirla, se debían arbitrar penas de prisión de duración inferior a los seis meses

(reconocidas como penas que cumplen una función de advertencia en las infracciones de escasa importancia, por ordenamientos como los escandinavos) y la pena de arresto domiciliario.

La pena de arresto de fin de semana no es una ocurrencia del legislador de 1995, es recogida por primera vez en el Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 42), pasa la propuesta al de 1983 y al borrador de 1990, llega al Anteproyecto de 1992, al Proyecto del mismo año (art. 34) al Anteproyecto de 1994 (art. 36) y al Proyecto de 1994 (art. 37) y al Código Penal de 1995 (art. 37) todavía vigente, el Anteproyecto de Ley Orgánica lo suprime. La Exposición de Motivos y el informe del Consejo son absolutamente parcos en cuanto a la explicación sobre una supresión en la que tanto han insistido desde 1980 todas las iniciativas legislativas de nuestro País.

El informe del Consejo se contenta con afirmar que se suprime y “se sustituye, en general, por otras, teniendo en cuenta fundamentalmente la naturaleza del delito cometido” (sic). A continuación, enumera los delitos en que esto ocurre y en que casos se sustituye por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, para concluir relacionando las faltas que se sancionan con la localización permanente, en sustitución de la abolida pena, lo que es manifiestamente superfluo. Mayor enjundia pretenden tener las consideraciones que se hacen sobre la mentada abolición en los folios 12 y 13, aludiendo de forma sesgada e incompleta al informe emitido al Anteproyecto de 1992, de reforma del Código Penal por el Consejo General del Poder Judicial y omitiendo otro, harto más interesante, del mismo Consejo, evacuado el 12 de julio de 1999, a instancias del Congreso de Diputados sobre “El estudio de la efectiva aplicación del Código Penal detectando los problemas que la misma comportaba, con la finalidad de que se formularan propuestas de modificación que dieran respuesta aquellos”.

Mas parca es la Exposición de Motivos del Anteproyecto en la materia que nos ocupa. Pese a la terne voluntad legislativa de incluir el arresto de fin de semana desde 1980 en nuestro Código Penal, como al principio hemos expuesto, se conforma con afirmar: “Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria. Dicha supresión se realiza a través de su sustitución por la pena de prisión de corta duración –de tres meses en adelante en los delitos-; por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, por la de multa y por la pena de localización permanente, que se crea en esta Ley Orgánica”.

Se afirma en el informe del Consejo que “el arresto de fin de semana es una sanción escasamente utilizada como pena general en el Derecho comparado; así en

Alemania, por ejemplo, no se recoge como pena en el sistema de sanciones del STGB de 1975 y solo como sustitutivo penal se recoge la *Prisão por dias Livres* en el art. 44 del Código Penal Portugués". Se esconde que, consecuencias aflictivas similares al arresto de fin de semana del Derecho Penal español (con uno u otro nombre) para quienes cometen hechos constitutivos de falta o delitos menos graves, se prevén, prácticamente, en todos los países de nuestro entorno cultural. Naturalmente, con distintos nombres, diversas regulaciones, diferentes matices y con naturaleza jurídica dispar, pero con iguales efectos: la privación de libertad corta e intermitente para una delincuencia de baja intensidad y como un modelo alternativo a las penas cortas privativas de libertad.

En este orden de cosas, hemos de añadir a los ejemplos citados en el informe, Alemania y Portugal, otros, que sin pretensiones de exhaustividad, son las siguientes: En Italia, se utiliza como sanción alternativa con la vigilancia ambulante; en Francia, como sustitutiva de las penas privativas de libertad en los delitos menos graves; en Suecia, también, como medida alternativa a las penas privativas de libertad, junto con el llamado arresto nocturno; en Noruega, rige un sistema similar; en Canadá, existe un arresto intermitente que se aplica a las sentencias hasta 90 días de prisión; en el Derecho Anglosajón, existen medidas similares desde 1970; en la legislación australiana, está la *periodic detention*; en Bélgica, existe el arresto de fin de semana y la *semidetención*, el primero aplicable sólo a penas de hasta 1 mes, excepcionalmente 3, la segunda alcanza a penas de 3 meses, e incluso 6.

Descrito, sin ánimo exhaustivo, el panorama del Derecho comparado, hemos de concluir que este difiere, notoriamente, del expuesto en el informe y sorprende la afirmación "la supresión del arresto de fin de semana constituye una opción de política criminal que resulta avalada por las experiencias del Derecho comparado, por las propias derivadas de la aplicación práctica de la pena, y por las tendencias doctrinales dominantes en la actualidad".

Expuesto lo anterior, sólo queda añadir lo importante y es que el Derecho comparado evidencia que no se puede prescindir de infringir al autor de ilícitos penales leves o menos graves una consecuencia aflictiva del tenor de la que se suprime, (llámese arresto de fin de semana o privación del tiempo libre o de cualquier otra manera), compatible con las relaciones sociales, laborales o familiares del que los sufre.

Lo de menos es el nombre, no importa tampoco si tal consecuencia es considerada por el legislador como pena principal, subsidiaria, sustitutiva o como una modalidad de la ejecución de otras penas, lo que interesa es su existencia, cuyos efectos benéficos para evitar la desocialización que producen las penas cortas de prisión reconoce el propio informe. Sin perjuicio de añadir este, incongruentemente con lo anteriormente afirmado, que “las penas de prisión de corta duración son una alternativa que ofrece posibilidades eficaces de respuesta penal a las infracciones para la que se establecía la pena de arresto de fin de semana” tal como prevé el Anteproyecto, junto con la pena de localización permanente íntimamente relacionado con el suprimido arresto domiciliario, cuya supresión nadie lamentó (si bien estamos de acuerdo con la matización de este punto del laudatorio informe en cuanto al control electrónico) y los trabajos en beneficio de la comunidad (que requieren, no se olvide, el consentimiento del penado).

El arresto de fin de semana como pena privativa de libertad de corta duración y cumplimiento discontinuo, ha constituido una de las más relevantes novedades establecidas en el Código Penal del 1996 y fue recibida con satisfacción con la generalidad de la doctrina sin perjuicio de que también fue general la opinión de que su adecuada puesta en práctica debería suponer por parte de la Administración el establecimiento de los medios adecuados para que pudieran alcanzarse las finalidades pretendidas. A punto de cumplirse 9 años desde la vigencia del Código Penal, tras un año de vacatio legis, siguen sin existir medios adecuados para que la novedad legislativa adquiera toda su virtualidad práctica y, antes de que esto ocurra, se suprime

Corrijase las disfunciones que la experiencia ha puesto de manifiesto, téngase en cuenta el informe de este Consejo, de 12 de julio de 1999, pero no se olvide que “el arresto del tiempo libre, del ocio” es la consecuencia más adecuada para ciertos ilícitos penales como el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a las relaciones familiares o el impago de las prestaciones económicas fijadas judicialmente a favor del cónyuge o hijos...(en el Anteproyecto sólo prevé multas), las lesiones menos graves y leves; el maltrato, las estafas leves; los hurtos ocasionales, de menor cuantía, sustracción de un “movil”, una chaqueta, por capricho porque al autor se le antoja mejor que los suyos (indudablemente es manifiestamente inadecuada la medida frente a la delincuencia de subsistencia); la perturbación leve del orden en espectáculos deportivos, actos

públicos, etc., el abandono de jeringuillas, el deterioro caprichoso de bienes inmuebles y otras conductas similares.

Son ventajas, mayoritariamente, aceptadas las siguientes: no produce los efectos desocializadores de la prisión continuada, permite que el condenado mantenga sus vínculos sociales, familiares, laborales, etc. y al mismo tiempo contiene el impacto punitivo del internamiento, es una alternativa a las penas cortas privativas de libertad.

Con el arresto de fin de semana junto al enjuiciamiento inmediato de tales conductas puede lograrse una lucha efectiva contra esta criminalidad de menor intensidad que tanto exaspera a los ciudadanos porque como dice la Exposición de Motivos de otro Anteproyecto, la Ley Orgánica de Medidas de Reformas para el cumplimiento de las penas, "el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infabilidad de modo que la certeza de un castigo, aunque este sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento" y naturalmente para que el efecto disuasorio de la norma se produzca el enjuiciamiento ha de ser rápido y la ejecución también.

Este es un tema muy complejo y desde luego la apreciación de la Comisión arriesgada al menos en cuanto a eficacia de las penas de duración inferior a seis meses, de indudable potencial criminógeno, y nada acorde con políticas de reinserción social y rehabilitadoras. Tampoco ha quedado demostrada empíricamente su eficacia como prevención general. Además la *pena de arresto de fin de semana* no ha fracasado por las cuestiones reflejadas en el informe ("...experiencias de derecho comparado, por las propias derivadas de la aplicación de la pena y por las tendencias doctrinales...") sino por la ausencia de infraestructuras mínimas de cumplimiento. En definitiva, por falta de las necesarias inversiones. Esta pena hubiera debido constituir una instancia rehabilitadora, alternativa a la pena corta de prisión, que conjugase la necesidad de que el poder público controle el cumplimiento de la pena privativa de libertad, con la exigencia de que ese arresto se situase al margen de la prisión convencional y de las connotaciones negativas de esta. Al eliminar esta pena, de modo inmotivado, el anteproyecto apuesta por radicalizar la alternativa penal en los casos de ilícitos leves, sin que por lo demás tal radicalización se motive en modo alguno; en particular, demostrando alguna previsión de mejora de la eficacia de la respuesta penal.

Por ello, el informe del Consejo debió llamar la atención sobre esta circunstancia, poniendo en duda el acierto de la modificación legislativa.

Por lo demás, de la parte general, cabe extraer las notas que se expresan a continuación.

El Anteproyecto, en coherencia con el informe de la comisión y con la discrepancia apuntada y que debe hacerse constar, suprime la pena de arresto de fin de semana, la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses (art. 33; debía haberse modificado también el artículo 36) y crea la pena de "localización permanente", hasta doce días, para las faltas (arts. 33, 35 y 37). Respecto a esta última, se dirá mas adelante, pero su eficacia puede verse sometida a los mismos avatares que la suprimida de fin de semana ya que no es más que una actualización del antiguo arresto domiciliario. Todos los penalistas saben que el arresto domiciliario no servía para otra cosa que propiciar los quebrantamientos de condena; su eficacia rehabilitadora es nula. Lo mismo cabe decir de su actualización. Por otra parte, si lo que anticipa la localización permanente es el uso de medios electrónicos de control, su puesta en práctica merece una reflexión seria, en absoluto realizada en este caso, lo que debió advertir el informe del Consejo General del Poder Judicial.

Se establece en cinco años, en vez de tres, la frontera entre la pena grave y la menos grave de prisión (art.33), para armonizar esta diversificación con la distribución de competencias entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias provinciales en la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Se regula la sustitución de las penas privativas de libertad por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (art. 88). En realidad bs tipos penales deberían haber optado desde el inicio por las penas de esta clase en lugar de las de prisión, y ello por una adecuada política criminal de rehabilitación y reintegración social, que siempre debería ir acompañada de otras políticas sociales, como único modo de solventar el conflicto social de difícil erradicación con el único recurso al código penal.

Se potencia la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pensando, acertadamente, que puede cumplir una función de reinserción social. La pena se

controla por el Juez de Vigilancia (no está muy claro, porque no es una pena de privación de libertad). Se incorpora al Código penal (art. 49), elevándolo correctamente de rango normativo, el régimen de incumplimiento de la pena, previsto hasta ahora en el R.D. 690/1996, de 26 de abril. Sin embargo, como queda apuntado y se dirá mas adelante, la pena suele ser alternativa a la de prisión, despreciando su valor como pena en sí misma.

Otras penas: Se amplía la duración máxima de la pena de privación del derecho a la tenencia de armas. Se aclara la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor, que comprende también a los ciclomotores. Ligeras modificaciones en los límites de la pena de inhabilitación absoluta (art. 40) y en el contenido de la pena de inhabilitación especial, aunque el cargo sobre el que recayere "sea electivo" (art. 42). Es dudoso que estas reformas sean de carácter técnico como dice el anteproyecto; son opciones de política criminal.

El comiso, siguiendo directrices internacionales, se extiende a las ganancias provenientes del delito aunque se hayan transformado y a bienes lícitos "por valor equivalente" al de las ganancias del delito, y se aplica aunque no se haya impuesto pena (art. 127). No obstante el legislador debe tener mucho cuidado con la regulación del llamado *comiso* que se propone en el anteproyecto. En particular, el llamado *comiso* indiferenciado puede romper la estructura –*indiscutible-responsabilidad penal-responsabilidad civil derivada*

Las reglas sobre determinación de la pena se retocan, en el sentido de aclarar los límites mínimo y máximo de la pena en la superior e inferior en grado respectivamente (art. 70.1), elevar algunos límites máximos en la relación del art. 70.3, especificar que la pena inferior en grado por debajo de las cuantías mínimas señaladas por la ley a cada clase de pena no supone la degradación de la infracción a falta (art. 71), motivar en la sentencia la aplicación concreta de la pena (art. 72). La elevación de las penas, sin constatar y analizar el resultado de las actuales del código penal vigente, y sin otra explicación, no se entienden sino como una simple expresión de una política criminal basada en un derecho penal mas represivo.

## **B) Otras reformas o mejoras técnicas**

A esta finalidad parece responder la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de las penas, excluyendo del cómputo la pena derivada del impago de multa (art. 81) y ampliando el límite para los drogadictos de tres a cinco años (art. 87). Lo que puede ser positivo, si se aseguran la posibilidad de suficiente asesoramiento a estas personas para que puedan incorporar a la causa las circunstancias determinantes para la sentencia y su ejecución, de estas circunstancias. Sobre esto debió advertir el informe. Se suprime el tratamiento privilegiado que tienen actualmente los condenados a quienes se suspende la ejecución de la pena en orden a la cancelación de antecedentes penales (art. 136) y se suprime igualmente la sección del Registro Central de Penados y Rebeldes donde se inscriben actualmente las penas suspendidas (art. 82 y 85). Esta modificación no se entiende en cuanto a favorecer la reinserción y reintegración social.

También la libertad condicional es objeto de reformas técnicas, al modificarse la rúbrica del capítulo III del título III del libro I del Código, para quede claro que no es una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sin embargo, tampoco es muy clarificador afirmar con el Código y la Ley General Penitenciaria que la libertad condicional es un grado penitenciario de cumplimiento (el cuarto), porque durante su vigencia la relación penitenciaria queda interrumpida y realmente lo que sucede es que la pena privativa de libertad queda en suspenso y se sustituye por una pena distinta, un "régimen de prueba" condicionado que consiste en el cumplimiento de reglas de conducta bajo el control de un delegado judicial.

El artículo 92 incluye extrañamente la regulación penitenciaria de la libertad condicional, que estaría mejor en otra Ley, y permite la concesión del tercer grado y de la libertad condicional (cuarto grado) en un mismo acto, en caso de peligro para la vida del interno. Es adecuado y debe admitirse con criterio extensivo. Las razones humanitarias siempre ha de modular la respuesta penal del Estado. El artículo 93, regula la revocación y suspensión de la libertad condicional de un modo incomprensible. En cuanto a la *revocación*, porque la referencia no puede ser sólo la "evolución desfavorable en el tratamiento" (algo simplemente disciplinante, ajeno al sistema penal democrático) sino tal evolución desfavorable en la medida en que ponga al sujeto en situación de volver a delinquir. Por lo que hace a la *suspensión* de la condicional, el art. 93.2 la confunde con la revocación : si hay circunstancias de revocación ¿para qué suspender y no revocar? En este punto el informe debió recomendar la elaboración de una ley procesal de vigilancia penitenciaria.

Otras mejoras técnicas (¿) se refieren al abono de la prisión preventiva, extrañamente atribuida al Juez de Vigilancia cuando ha de ser en causa distinta de aquella para la que se decretó la medida cautelar (art. 58); la enajenación sobrevinida, donde la suspensión de la pena y la imposición de una medida de seguridad ha de ser valorada, aquí sí correctamente, por el Juez de Vigilancia (art. 60); la regulación de las circunstancias agravantes y atenuantes *de naturaleza personal* (art. 65.1), denominación preferible a la anterior; la regulación de dichas circunstancias en los inductores y cooperadores necesarios de delitos especiales (art. 65.3), que no tiene por qué hacerse extensiva a los cómplices; la regulación de las eximentes incompletas, donde también debía quedar claro que la rebaja de pena por lo menos en un grado es obligatoria (art. 68)

Extinción de la responsabilidad criminal: se incluye acertadamente la “remisión total” de la pena en los supuestos de suspensión condicional y se modifican los plazos de prescripción de los delitos para que no coincidan con los de las penas (arts. 130 y 131). El legislador sigue resistiéndose a incluir a la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, aunque tal vez no sea necesario que lo haga, ya que la amnistía en todo caso se concedería en una ley orgánica posterior al Código penal. (Es inadmisibles la interpretación de que el constituyente, al prohibir en la Constitución los “indultos generales”, ha prohibido las amnistías). Sobre esto, también debió decir algo el informe.

No es acertada la regulación del art. 130.5º p2º, ya que si el Ministerio Fiscal se ha manifestado a favor de la eficacia del perdón, ¿cómo va a actuar ejercitando una acción penal que no cree conveniente?.

En cuanto a la cancelación de antecedentes penales, se vuelve al sistema antiguo en lo que respecta a los condenados que disfrutaban de una remisión condicional de la condena (art.136). Debe cuidarse la redacción de este último punto, para que no suceda que aquel cuya pena ha sido suspendida condicionalmente pueda tardar más en ver sus antecedentes cancelados que si hubiera cumplido materialmente la pena impuesta.

Algunas modificaciones puntuales, sobre todo relativas a la redacción, se refieren a las medidas de seguridad (arts. 95 a 105). En esta materia, es incomprensible que el legislador prefiera “sostener y no enmendar” el error de 1995, en que, en materia de medidas de seguridad privativas de libertad, no se quiso atribuir la ejecución a los Jueces de Vigilancia, como en las penas, sino que la

ejecución se atribuyó a los Tribunales sentenciadores y los Jueces de Vigilancia quedaron convertidos en la anómala figura de órganos de informe y propuesta a los Tribunales sentenciadores.

Mejora técnica es la previsión, en las medidas de internamiento para tratamiento médico, educación especial o deshabitación, de la comunicación de su vencimiento al Ministerio Fiscal para que inste la declaración de incapacidad (art. 104). Sobre este punto, el informe debió recomendar la posibilidad procesal, o mas bien necesidad, de llevar a cabo el procedimiento de incapacitación, contando con los asesoramientos precisos para alcanzar la finalidad perseguida a favor de la persona incapaz, así como arbitrar los necesarios procesos para su reintegración social.

Desde un punto de vista doctrinal, son discutibles algunas de las reformas aquí incluidas, especialmente las relativas a la condena condicional, la libertad condicional, las medidas de seguridad y las facultades de los Jueces de Vigilancia.

### **C) Consideraciones a otras modificaciones en el caso de reiteración de las conductas delictivas**

En relación con la lucha contra la violencia doméstica, la pena de alejamiento se divide en tres (prohibición de residir, prohibición de aproximación a la víctima y prohibición de comunicar con la víctima: art. 39), se amplía la duración máxima y se endurece su regulación en cuanto a su cumplimiento con otras penas o el régimen de visitas de los hijos (art. 48).

El informe del Consejo General del Poder Judicial debió advertir de la necesidad de regular la situación de la víctima en orden a una efectiva posibilidad de subsistencia.

Resulta contradictorio que, a pesar del endurecimiento de las penas en varias de las conductas anteriormente descritas, se mantenga el actual redactado del art.620.1 del CP que permite que se pueda considerar como conducta leve, y por tanto constitutiva de falta, las amenazas con exhibición de armas u otros instrumentos peligrosos.

El concepto de amenaza no es otro que el anuncio de un mal a la persona que lo recibe o a su familia, susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado.

La jurisprudencia ha delimitado la diferencia entre el delito y la falta, en las notas de gravedad, seriedad y credibilidad de la conminación del mal con que se amenaza al sujeto pasivo. Cuando el medio para cumplir la amenaza es idóneo, la toma en consideración de la amenaza proferida puede considerarse eficaz. Constituye una auténtica contraindicación dogmática que la amenaza con arma, que de por sí implica idoneidad, pueda ser conceptuada de leve. Esta situación sólo se explica por la secular y escandalosa desatención legal que en este país se presta a la libertad y a la seguridad de las personas. En el ámbito de la Violencia Doméstica, el que dicha conducta no se tipifique exclusivamente como delito, crea una especial desprotección a las víctimas que en el ámbito familiar son amenazas de muerte. Además, es absolutamente criticable y así debería haberse advertido en el Informe, que se prevea para esta falta una pena de localización permanente de cuatro a ocho días, de forma que el agresor deba cumplirla en el mismo domicilio en el que convive en muchas ocasiones con la misma víctima que ha sido objeto de la infracción penal.

#### **D) Nuevos tipos o penas más graves, consecuencia de la política criminal del Gobierno de lucha contra la criminalidad organizada**

Se modifica la penalidad cuando el delito se cometa en el ámbito de una persona jurídica (art. 31), actuando en su nombre o representación, disponiendo que la pena de multa impuesta al administrador autor del delito sea satisfecha por la persona jurídica de manera directa y solidaria. Las medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas parecen redactadas con más claridad en el art. 129.

Se incrementa la penalidad en el supuesto de delito continuado (art. 74) y se modifica el régimen de la pena en los supuestos de habitualidad (art. 94 y 132).

Se incrementan los plazos de prescripción de las penas (art. 133).

Estas medidas, ponen de manifiesto una política punitiva carente de eficacia por sí misma sin otras de reinserción social. Además, la memoria del anteproyecto no justifica la necesidad del endurecimiento punitivo con datos del resultado de la aplicación del código ahora modificado. Esto debió de indicar el informe del Consejo.

Se incluyen en el Código penal los delitos competencia de la Corte Penal Internacional (Estatuto de 17 de julio de 1998), para que se pueda aplicar el “principio de complementariedad” de la jurisdicción de la Corte, que presupone que Corte y Tribunales nacionales pueden enjuiciar los mismos hechos. El artículo 131.4 acertadamente contiene una declaración de imprescriptibilidad de estos delitos, pero el art. 133.2 no contiene una cláusula similar respecto de las penas. En este punto, es de justicia indicar que la regulación propuesta acoge, punto por punto, el trabajo que al respecto realizó el Grupo de Estudios de Política Criminal y por lo tanto los catedráticos y jueces que lo componen.

Tampoco en este último apartado la reforma excede de lo que podríamos considerar una discreta “agravación” jurídica de algunas situaciones previstas en el Código penal.

## **II) Notas a la parte especial.**

1.- Debería haber sido objeto de observación en el informe del Consejo, la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por la de **prisión** en los delitos de lesiones por imprudencia grave del art. 147.1 (art. 152,1º ap. 1), reclamación pública de acciones violentas (art. 170 ap. 2), acoso sexual (art. 184), establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos (art. 328), perturbación grave del orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, actos públicos, colegios electorales, espectáculos, etc (art. 558) y por la de prisión o multa en los de incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o establecida para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge (art. 226, ap. 1) y de impago de prestaciones establecidas en convenio o aprobadas judicialmente en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio (art. 227).

En efecto, el efecto perverso de las penas cortas de prisión, por el contacto del condenado con un medio criminógeno como es la cárcel, supera al posible efecto intimidatorio de la pena, cuyo valor e los efectos de la prevención especial y aún general, lo cumple del mismo modo la imposición de una pena de arresto de fin de semana y del propio efecto aflictivo de la sentencia condenatoria. En todo caso, no se alcanza a comprender porqué se acude a la pena de prisión en vez de otras como la de trabajos en beneficio de la comunidad, de mayor alcance retributivo al

conjunto de la sociedad, y que encaja perfectamente como respuesta a alguno de los bienes jurídicos vulnerados.

2.- También debería haber sido objeto de advertencia el aumento de las penas en los siguientes delitos : amenazas no condicionales en el ámbito familiar (art. 169), difusión de pornografía entre menores o incapaces (art. 186), delitos contra la propiedad intelectual e intelectual ( arts. 270, 271, 273 y 274), delito publicitario ( artículo 282), maquinaciones para alterar el precio de las cosas ( artículo 284), receptación (artículo 298.2) , introducción de especies de fauna o flora no autóctona con perjuicio del equilibrio ecológico (art. 333), malversación en cuantía inferior a 4.000 euros, aunque sólo en cuanto a la pena accesoria de inhabilitación especial (art. 432.3), delito de obstrucción a la justicia por incomparecencia ante el juez o tribunal (art. 463), afirmar falsamente la existencia de bombas, explosivos, sustancias químicas, bacteriológicas, tóxicas u otras que puedan causar el mismo efecto (art. 561), estableciendo la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta en todos los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (art. 570).

Se trata, como dice el informe de ligeros incrementos del límite mínimo de la penalidad prevista en el código o en el importe de la multa, sin que, tampoco se alcance a comprender el fin que persigue la reforma en los ámbitos de las prevenciones especial y general.

Esto mismo cabe decir de los supuestos en que, tanto en la pena de multa y en otras en la de prisión se modifican los límites mínimos de las mismas. Esto ocurre, entre otros en los siguientes casos: riña tumultuaria (art. 154), amenazas (art. 171), coacciones (art. 172), exhibición obscena (art. 185), calumnia (art. 206), restitución de un menor inducido a abandonar el domicilio (art. 225), violación de sepulturas (art. 526), faltas de dejar animales dañinos sueltos o en disposición de causar mal (art. 631) y maltrato de animales (art. 632.2). En el artículo 285.2 ( que sustituye al 286 actual) , el tipo agravado de abuso de información privilegiada se sanciona con multa proporcional en lugar del sistema de días multa de la ley vigente. No es cierto que esta modificación permita una mayor y mejor individualización de la pena en atención a las circunstancias concurrentes, ya que lo único que supone es una mayor respuesta penal; las posibilidades de individualización, permanecen intactas, el reproche social es el mismo, pero al aumentar la sanción, permite, a través de las reformas procesales, la posibilidad de adopción de una medida cautelar privativa de libertad, como respuesta inmediata y anticipada de la pena. Esto responde a una política criminal de gestos cuyo efecto será el incremento de la población reclusa, en la línea de un proceso penal

vindicativo y retributivo inmediato, que sin duda, perjudica al individuo y tampoco soluciona las causas sociales que originan la delincuencia; esto último parece estar muy lejos de los objetivos del gobierno.

Parecido comentario merece la revisión al alza de las cuantías de la multa que obedece a una actualización de las mismas. Una adecuada política criminal debería discriminar que tipo de conductas suponen grave daño a bienes jurídicos colectivos (art. 324 sobre daños al patrimonio artístico), o daños a bienes jurídicos procedentes de conductas culposas (distribución de moneda falsa adquirida de buena fe. art. 386), pero se ha optado por el incremento generalizado de cuantías. Sin embargo sorprende la extensión de la impunidad penal que se deriva del aumento de las cuantías defraudatorias en el delito fiscal, en los delitos contra los intereses de la CE y en los delitos contra los intereses de la Seguridad Social. No advertimos necesidad alguna de rebajar la tutela penal de esos intereses.

Por último no estamos de acuerdo con la reintroducción oblicua del desacato (art. 215.1). La tutela penal de la posición institucional de los funcionarios públicos no puede construirse sobre instancias dogmáticas (injuria y calumnia) referibles justamente a la dimensión privada de la persona. Eliminar la condición de procedibilidad no traerá más que problemas, al utilizar el derecho penal de un modo expansivo, para la resolución general de problemas que no pueden solucionarse con el derecho penal. Nos referimos a las inevitables colisiones entre las libertades de expresión y opinión y las tareas de la función pública, donde son mejores, más democráticos y más eficaces los arreglos culturales y el amparo político al funcionario seriamente atacado, que la siempre improbable respuesta penal.

3.- En la modificación de los tipos penales, debe hacerse constar, las dudas que suscita, en este caso conforme al informe, la creación del nº 7 del art. 189 cuando la utilización de menores no lo haya sido directamente, pero yendo más allá de lo que establece el informe que debiera criticar la concreción del tipo penal, y lo que sea probable, su imposibilidad de aplicación.

Además de la crítica que el informe del Consejo hace a la nueva redacción del art. 369.9, cabe, también hacerlo al número 8 de dicho artículo en cuanto a la expresión de "sus proximidades", por la poca concreción que supone.

Al fin, el modificado art. 337 (maltrato de animales), no parece que deba situarse junto a los tipos que protegen la flora, fauna, pues no comparte su naturaleza jurídica.

### **III) Una última observación respecto al delito de tortura del art. 174.1 del Código Penal.**

1.-La Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigor el 26 de junio de 1987, su artículo 1 establece que se entenderá por tortura, a los efectos de la Convención “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

El informe del Consejo General del Poder Judicial al Código penal de 1995 consideró oportuno introducir una referencia al móvil discriminatorio dentro de la tortura, por esta razón La tipificación de la tortura y otros delitos contra la integridad moral (artículos 174 a 177 CP) regulada en el Código Penal de 1995 mejoró considerablemente la protección de las víctimas del delito de tortura. La nueva tipificación de la tortura es más completa que la ofrecida por el anterior Código Penal de 1973. Aún así, esta nueva definición padece importantes carencias.

Nos encontramos así con casos en que se producen torturas que, de acuerdo a la legislación internacional, serían calificables claramente como tales y que, sin embargo, son calificadas como delitos de menor entidad por nuestros tribunales, pues la motivación que condujo a la tortura no es la de obtener información o infligir un castigo al detenido.

El precepto del artículo 174 requiere que la conducta tipificada como tortura se realice presidida por una finalidad. Ese elemento subjetivo ha sido cuestionado en numerosas ocasiones. Algunos autores consideran que en materia de tortura ni el injusto necesita para su correcta delimitación la inclusión en el tipo de elementos subjetivos, ni se obtiene ningún fin relevante de política criminal por esta vía. En esa línea el nuevo **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** (ratificado por España), no requiere o exige de ninguna finalidad concreta para delimitar el tipo de la tortura: **“Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control”**.

La primera alternativa a la supresión de la referencia a los fines en la tipificación de la tortura es la de configurar el elemento subjetivo de forma omnicompreensiva: **“...o con cualquier otra finalidad”**. Esta modificación permitiría encajar en el concepto toda tortura cometida por funcionarios contra las personas privadas de libertad y sujetas a su autoridad, sin que el elemento subjetivo, la finalidad, determinara su expulsión del tipo. Esta posibilidad no entra en contradicción con el resto de la regulación de los delitos contra la integridad moral y tampoco con la Convención contra la Tortura que en el artículo 1.2 establece que **“El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”**.

Pero dado que nuestra legislación considera ya tres finalidades o intencionalidades del autor como móvil para torturar (la tortura indagatoria, la tortura vindicativa o de castigo y, mediante esta reforma incluye, la debida a cualquier tipo de discriminación), y ante la imposibilidad inmediata de prescindir de las referencias intencionales ya enumeradas en la norma, parecería más lógico y acorde con la Convención contra la Tortura, incluir también todas las finalidades enumeradas en su artículo 1. Es decir, añadir las finalidades de torturar para **“intimidar o coaccionar a esa persona o a otras”**, exactamente como establece la Convención. Y todo ello sin contradecir el punto anterior.

En este sentido, en noviembre del pasado año 2002, el Comité contra la Tortura de la ONU, en el 29 periodo de sesiones, en que se examinó el Cuarto Informe periódico de España, en relación con el cumplimiento de la Convención contra la Tortura, recomendó, entre otras cuestiones a España que **“considere la posibilidad de mejorar la tipificación del delito de tortura en el artículo 174 del Código Penal para completar su total adecuación al artículo 1 de la Convención”**. El Comité hacía especial hincapié en la cuestión de la discriminación, pero no limitaba dicha adecuación.

Esta argumentación parece aceptable en la medida en que, hasta ahora, en aquellos casos en que no se estime probada ninguna de las finalidades previstas (elemento subjetivo) en el artículo, concurriendo el resto de los requisitos del tipo, aunque no suponga la impunidad del hecho, significará una diferente tipicidad: estas conductas sólo podrán ser consideradas integrantes del tipo subsidiario del artículo 175 (finalidad intimidatoria, de coacción, de mera humillación, vejación o

cualquier otra) o constitutivas de delito de coacciones o amenazas, pero casi nunca de torturas del artículo 174.1., de manera que aunque el desvalor del hecho sea el mismo, éstas no serán sancionadas en la misma medida. No parece razonable que la pena sea sustancialmente menor cuando el atentado a la integridad moral y a la dignidad del sujeto alcancen la misma intensidad.

Es cierto que por la vía de una interpretación flexible del tipo, por parte de los jueces, se podrían estimar presentes algunas de las finalidades típicas salvo que se demuestre lo contrario. Pero es también cierto que en muchos casos, como era hasta hoy con las torturas de carácter netamente racistas, ocurrirá que otras finalidades – para demostrar algo a sus compañeros, causar dolor para humillar, para coaccionar, para intimidar al sujeto o a personas cercanas, por diversión sádica, etc...-, es decir cuando se tortura a alguien gratuitamente, por un motivo concreto e identificado que no se corresponde con ninguno de los típicos, será imposible aplicar el tipo del artículo 174, aún cuando los hechos resulten constituir graves atentados a la integridad moral y a la dignidad de la persona por parte de los funcionarios.

Por ello, el informe del Consejo General del Poder Judicial debió hacer estas consideraciones, e incluso proponer un texto alternativo del artículo en el Anteproyecto del siguiente modo: “Se modifica el apartado 1 del artículo 174 que queda redactado como sigue :

“1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, *o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras , o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, o con cualquier otra finalidad*, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.”

En resumen, el proyecto de ley informado, forma parte indisoluble, con el resto de proyectos de ley remitidos por el Gobierno de la Nación al Parlamento, ( las llamadas "ley de cumplimiento íntegro", reforma de la prisión provisional, reforma de la ley de extranjería y la llamada "de seguridad ciudadana"), de un modelo de ordenamiento jurídico, basado en un derecho penal vindicativo y retributivo, destinado a ofrecer a un sector de la sociedad española la idea de una pronta solución a determinados problemas, que de evidente raíz social, inciden en la llamada seguridad pública, entendiendo sólo como tal, aquel que afecta a un aparente orden social en la calle. La consecuencia del aumento de las penas, la posibilidad de acordar la prisión provisional para delitos incluso los penados con menos de dos años, puede producir un aumento de la población reclusa, pero no solucionará el problema de fondo que originan los desequilibrios sociales que a su vez, dan lugar a estos hechos tipificados y penados del modo que la reforma del código penal lo establece. Y en este aspecto, la cicatera política social del Gobierno, es corresponsable de la degradación de la llamada seguridad ciudadana que pretende resolver a través del endurecimiento de las leyes penales.

Es indudable que el Consejo General del Poder Judicial debe centrar su informe en los aspectos definidos en el art. 108.1.e) de la LOPJ, pero también a aquellos aspectos que afectan a los derechos y libertades fundamentales, y es, precisamente desde esa perspectiva es desde la que cabe advertir, y así debió hacer el informe, de la orientación retributiva y vindicativa del conjunto de la legislación remitida a este órgano Constitucional del modo que se ha hecho referencia, marginando otras posiciones doctrinales, acordes con valores constitucionales como la reinserción social y la integración social de aquellos ciudadanos a los que se aplica la norma penal.

Madrid, 27 de marzo de 2003.