JUECES para la DEMOCRACIA

Boletín de la Comisión de Penal

Jueces para la Democracia

Número 3 - 2013

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

En un contexto sacudido continuamente por noticias vinculadas a la crisis económica no debemos perder de vista los profundos cambios que se pretenden introducir en nuestro sistema penal mediante esta "cambiante" reforma penal -variabilidad que debemos tener en cuenta a la hora de leer los artículos -. En este número del boletín contamos con aportaciones extraordinariamente valiosas: T.S. Vives Antón, Vicepresidente Emérito del Tribunal Constitucional analiza el debate relativo a la prohibición del aborto señalando que, a diferencia de los EEUU, la decisión de ser o no madre ha de estimarse instalada en el núcleo de los derechos de la mujer por lo que, si le es planteado, es impensable que la jurisdicción constitucional pueda salirse del problema. También señala que en España existe la base social para un acuerdo que proclame la vigencia del principio de la libre elección de la mujer en términos razonables y que la inmensa mayoría de la sociedad española aplaudiría sin reservas una solución definitiva del problema que, de ese modo, dejaría en este punto garantizadas para siempre la libertad y la igualdad de las mujeres.

Hay que agradecer a Alberto Alonso Rimo, Profesor titular de Derecho Penal de la Universitat de València, su análisis de un tema de gran actualidad: los derechos de reunión y manifestación en relación con los escraches. En el artículo señala, respecto de la pretendida reforma penal, que conviene no olvidar los excesos limitadores de los derechos que se han cometido a lo largo de la historia al abrigo de la tutela de nociones como el orden público y que, de aprobarse esta reforma en los términos en que ahora se prevé, no hay duda de que asistiríamos a un grave retroceso en materia de derechos de reunión y manifestación y de libertad de expresión, añadiendo que recortar (también) los derechos de protesta en la situación de restricción de derechos sociales que vivimos sólo añadiría una poderosa razón - una más - para alimentar la conflictividad social y la protesta en las calles.

Y nada de todo esto sería posible sin los compañeros de la Comisión que con su trabajo hacen posible este boletín, así Montserrat Comas D' Argemir Cendra, Presidenta Sección Décima Audiencia Provincial Barcelona analiza la libertad vigilada en el código penal del 2010 y los cambios que se pretenden. Yolanda Rueda Soriano Magistrada del Juzgado Penal 14 de Barcelona examina la reforma del delito continuado. José Luis Ramírez Ortiz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona estudia los delitos de discriminación en el anteproyecto de octubre de 2012, Urko Giménez Ortiz de Zarate, Magistrado del Juzgado de Instrucción de Bilbao muestra en que queda la reforma de las faltas, Nekane San Miguel Bergaretxe, Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia y coordinadora de la Comisión de Igualdad de JpD analiza el sistema penal desde la perspectiva de la igualdad y la Comisión de Violencia de género de JpD, la incidencia de las reformas del anteproyecto de código penal de 2012 en materia de violencia de género.

A todos y todas, gracias. Salvador Camarena

SUMARIO

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

- Prohibición del aborto y violencia de género: más allá de la guerra de Absolutos. Tomas Vives Antón.
- El derecho de reunión y manifestación en tiempos difíciles (a propósito de los escraches y del Anteproyecto de reforma penal de 2013)" . Alberto Alonso Rimo
- La libertad vigilada en el Código Penal de 2010 y los cambios que se proponen: Un paso hacia los postulados del Derecho Penal de la peligrosidad. Montserrat Comas D´ Argemir
- La reforma del delito continuado. Yolanda Rueda Soriano
- No pienses en un genocida. José Luis Ramírez Ortiz
- REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: Desaparición de las faltas penales. Urko Giménez Ortiz
- ¿Código Penal en igualdad?. Nekane San Miguel Bergaretxe
- Incidencia de las reformas del Anteproyecto de Código Penal de 2012 en materia de Violencia de Género. Comisión de Violencia de Género de JpD

BOLETIN DE PENAL

Coordinación: Salvador Camarena Grau

Edición: Jueces para la Democracia

Accede a otros números:

Boletines de Penal

PROHIBICIÓN DEL ABORTO Y VIOLENCIA DE GÉNERO: MÁS ALLÁ DE LA GUERRA DE ABSOLUTOS

Tomas Vives Antón. Catedrático de Derecho Penal y Vicepresidente Emérito del Tribunal Constitucional

El gran constitucionalista norteamericano Laurence H. Tribe, profesor de la Universidad de Harvard y asesor del Presidente Obama, publicó en 1991 un excelente libro (*Abortion: The Class of absolutes*) cuya traducción castellana fue publicada el pasado año 2012 en Méjico por la editorial F. C. E. y el Inacipe.

Dado el estado de la difusión política en nuestro país y la (relativa) inminencia de una decisión constitucional al respecto y (más tarde o más temprano) de una reforma legislativa, no parece que pueda dispensarse de leer ese importante libro a quienes pretenden configurar la opinión pública sobre el tema en nuestro país, pues no creo que quepa negar, ni a los Estados Unidos el liderazgo mundial de ese debate, ni al profesor Tribe la capacidad para describirlo y analizarlo jurídica y políticamente. Pero, como apenas tengo esperanzas de que, en efecto, los responsables de la política en nuestro país lleguen a leerlo efectivamente, quisiera hacer al respecto, no un resumen, sino lo que pudiera calificarse como poco más que una recensión aplicada al caso de España.

El debate entre las posiciones *pro-vida* y las posiciones *pro-elección* discurre en Estados Unidos de modo semejante a como tiene lugar en España; aunque dada la mayor presencia proporcional de la Iglesia Católica en nuestro país las posiciones pro-vida parecen tener mayor fuerza política, lo que no significa que sean respaldadas por un porcentaje mayor de ciudadanos pues entre la jerarquía católica y los católicos de base existe aquí una distancia nada despreciable. A lo que cabe añadir que los miembros más radicales de la jerarquía católica española, al asumir la tesis de los movimientos pro-vida, de que el feto es persona desde el momento mismo de la concepción, van más allá de la doctrina oficial de su Iglesia.

En efecto en el año 1974, y dado que el Papa Pablo VI no logró arrancar al Concilio Vaticano II una declaración que le satisficiese, en el año 1974, la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe emitió una que pretendía resumir oficialmente la Doctrina secular de la Iglesia Católica al respecto.

Esa Declaración, que ni se distingue por su exactitud histórica (pues difiere abiertamente de lo que sostuvieron los doctores más notables de la tradición católica, como son San Agustín y Santo Tomás) ni por su claridad; pero tras diversos circunloquios precisa en nota 19 que no trata del momento de la "animación divina", al que, en la concepción católica oficial del hombre se halla ligado el comienzo de la personalidad, en los términos siguientes:

"No hay sobre este punto una tradición unánime y los autores están todavía divididos. Para unos, esto sucedería en el primer instante, para otros podría ser anterior a la anidación. No corresponde a la ciencia dilucidar, pues la existencia de un alma inmortal no entra dentro de su campo. Se trata de una discusión filosófica de la que nuestra razón moral es independiente por dos motivos: 1. Aún suponiendo una animación tardía, existe ya una vida humana, que prepara y reclama el alma en la que se completa la naturaleza recibida de los padres. 2. Por otra parte, es suficiente que esta presencia del alma sea probable (y jamás se demostrará lo contrario) para que arrebatarle la vida sea aceptar el riesgo de matar a un hombre, no solamente de expectativa sino ya provisto de su alma"

Sin entrar a discutir la validez de esa declaración en términos morales parece claro que resultaría inaceptable en Derecho hacer a alguien responsable de la muerte de una persona al provocar un aborto sin tener la certeza de que el feto o embrión lo es. Que pueda serlo justifica algún tipo de protección; pero de ningún modo la condena de quienes le causan la muerte como homicidas, pues eso vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En muchas ocasiones, la Iglesia Católica, que suele hablar en términos morales los traduce inmediatamente a derecho, desconociendo la especificidad del ordenamiento jurídico, fruto de un largo proceso de diferenciación respecto de las exigencias morales. Ese es un camino del que sus teólogos más conspicuos se apartaron hace tiempo.

El Tribunal Constitucional español, en diversas sentencias, ha establecido con toda claridad que, constitucionalmente hablando, los fetos o embriones no son personas; y el profesor Tribe, en el Capítulo 6 de su libro, dedica abundantes página a exponer las paradójicas e indeseables consecuencias de juridificar la idea " pro-vida" de que el feto es una persona y el aborto un asesinato. Seguramente por esas indeseables consecuencias el debate en el seno del Tribunal Supremo Federal norteamericano no gira en torno a si el feto es no persona; sino acerca de si hay o no un derecho constitucional a la *privacy* y, por tanto, acerca de si los jueces constitucionales tienen legitimidad para limitar, el caso del aborto consentido, la potestad legislativa de los Estados miembros o carecen de ella: los más conservadores propugnan que el Tribunal Supremo "salga de ese conflicto, dejando en libertad a los Estados para que lo regulen como estimen conveniente.

Allí esa solución puede defenderse porque la Constitución Norteamericana no reconoce de manera explícita el derecho fundamental a la *privacy*, por mucho que pueda inferirse de la Gran

Enmienda XIV. El tema es allí objeto de una discusión entre los partidarios del *substantive* Due Proces y los que le otorgan un valor meramente procedimental.

En España, en cambio no es posible ese debate dado que la Constitución de 1978 proclama tanto el derecho a la intimidad como el libre desarrollo de la personalidad. Y dado que la decisión de ser o no madre ha de estimarse instalada en el núcleo de sus derechos es impensable que la jurisdicción constitucional pueda salirse del problema si le es planteado, dejando a la discusión del legislativo. Por otra parte, y establecido que le feto o embrión no es aún persona la restricciones excesivas a la libertad a la mujer resultan prácticamente imposibles de justificar constitucionalmente.

Sin embargo, hay que precisar que la legislación permisiva se aprobó en el Senado el 30 de noviembre de 1983 tras una dura polémica y que inmediatamente fue objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad resuelto por la STC/53/1985 de 11 de abril (TOL 79478), que declaró conforme a la Constitución el sistema de indicaciones. Solo a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2010 se instaura el sistema del plazo, cuya modificación se anuncia ahora.

Por el Presidente del Gobierno, Sr. Rajoy, se anunció que volvería al sistema de indicaciones establecido en la Ley anterior por el Gobierno del Sr. González; pero, el Ministro de Justicia, Sr. Ruiz Gallardón anuncia un considerable endurecimiento de los requisitos al que se une la posible supresión de la indicación relativa a las malformaciones del feto.

No cabe, ciertamente, valorar la propuesta del Presidente, la de volver al sistema de indicaciones con el que comenzó en España la liberalización del aborto si no como una oferta de consenso, tan bien intencionada como insuficiente.

En efecto, desde 1985 el proceso de emancipación de las mujeres ha dado importantes pasos hacia delante (y cabe esperar que sea cada vez más fuerte). En esa situación, volver a un sistema que fue declarado inconstitucional en Estado Unidos (en la Sentencia Doe vs. Bolton -1973-) no parece tener sentido. Pues el principio del libertad allí afirmado (la mujer ha de ser libre para tomar las decisiones más importantes de su vida, entre las que se encuentra, sin duda alguna la de ser o no madre, no recibe en un sistema de indicaciones tan limitado como el que se estableció en 1985 el debido reconocimiento.

Eso no significa, en modo alguno que hayamos de volver a una nueva guerra de absolutos. Hemos visto que la vida del feto o embrión no puede serlo; pero tampoco la libertad de la mujer. Una cosa es que no se la pueda someter a restricciones indebidas que la obliguen a ser madre contra su voluntad salvo algunos supuestos límite y otra muy distinta que su libertad sea la excepción. Cualquier sistema que así la trate cierra en falso el problema del aborto y supone una suerte de violencia de género sobre las mujeres (y, si se aceptara la tesis el Sr. Ministro de Justicia, una violencia *extrema*, de una parte, pues obligar a las mujeres a ser madres de un hijo malformado es condenarlas a un destino cruel; e *inconstitucional*, de otra, pues el Convenio que el Sr. Ministro invoca para legitimarla sólo obliga a proteger frente a la discriminación a las personas, no a fetos y embriones que, en la Constitución Española de 1978 no lo son.

Tribe, en la página 436 de su libro narra la opinión del antiguo consejero presidencial Lloyd Cutler, según la cual "cada vez que una mujer se ve obligada, por un acción política gubernamental, a proseguir un embarazo que ella no quiere, su cuerpo en cierto modo está siendo *tomado* para fines públicos. Esta es una toma al menos tan cierta como podría ser la casa de uno para uso público a fin de construir un hospital o proporcionar refugio a una persona indigente. Sólo que esto no se puede hacer bajo la Quinta Enmienda de nuestra Constitución sin una compensación justa, por lo que el cuerpo de una mujer no debería estar sujeto a esa expropiación sin compensación, al menos en forma de apoyo económico para la satisfacción de ella y de su hijo".

Naturalmente, esa exigencia no podría hacerse valer si se ha dado a la mujer un ámbito de libertad suficiente como para que pudiera elegir libremente si es o no madre, y ese es un argumento que juega a favor del vigente sistema del plazo.

A esa solución llegó el Tribunal Supremo norteamericano en 1976 en el caso *Planned Parenthood of Central Misouri vs. Danforth.* En ese caso, un Tribunal mayoritariamente conservador, prescindiendo de sus convicciones ideológicas en aras de hallar, actuando imparcialmente, una decisión conforme con una "Well ordered liberty" proclamó la vigencia del principio de la libre elección de la mujer en términos razonables permitiendo, en cambio, que los Estados pudieran someter esa libertad, dejando de entender como absoluto, a restricciones legítimas.

Si esa decisión no ha logrado pacificar el tema en Estado Unidos es porque no ha sido una decisión fundada en un consenso político; pero, en cuanto ese consenso se produjera, la guerra de absolutos que ya no son tales habría terminado y podría lograrse un sistema estable.

Creo que, en España, la base social para un acuerdo de ese tipo, que no excluiría algunas posibles rectificaciones de la ley 2/2010, es más que suficiente: me parece que la inmensa mayoría de la sociedad española aplaudiría sin reservas una solución definitiva del problema, que dejaría en este punto garantizadas para siempre la libertad y la igualdad de las mujeres. Nuestros políticos tienen ese acuerdo a la mano, aunque es de temer que les falte el arrojo y la grandeza necesaria para lograrlo.

EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN TIEMPOS DIFÍCILES (A PROPÓSITO DE LOS ESCRACHES Y DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA PENAL DE 2013)

Alberto Alonso Rimo. Profesor titular de Derecho Penal (Universitat de València)

En un contexto como el actual -en el que a la vez que aumenta la protesta social, y en buena medida debido a ello, soplan vientos favorables a la restricción de las libertades- conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional define el derecho de reunión y manifestación como "cauce del principio democrático participativo" y "manifestación colectiva de la libertad de expresión" (STC 37/2009 de 23 de octubre, FJ 3, entre otras muchas). Es precisamente el carácter esencial de este derecho en un sistema democrático lo que explica que sus límites hayan de interpretarse en términos restrictivos y de manera que la regla general sea el ejercicio del derecho y sólo excepcionalmente pueda acordarse su prohibición. El artículo 21 de la Constitución resulta bastante expresivo a este respecto cuando, tras reconocer el derecho de reunión pacífica y sin armas, establece que "el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa" y añade a continuación que la autoridad sólo podrá prohibir las reuniones en lugares de tránsito público "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

La popularización del fenómeno de los escraches ha generado en los últimos meses una escalada de reacciones valorativas de signo encontrado y asimismo algunas resoluciones judiciales que, a mi juicio, reflejan bien el choque de tendencias más arriba señalado.

-En este sentido, cabe aludir en primer lugar a las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco 218/2013 y 219/2013, de 16 de abril, en las que se declaran ajustadas a derecho las resoluciones del director de la Ertzaintza por las que se propone la modificación del itinerario de dos manifestaciones comunicadas a la autoridad gubernativa por *Stop desahucios Gipuzkoa* y *Plataforma de afectados por la hipoteca (PAH) Bizkaia* respectivamente, *prohibiéndose*, en concreto, los actos de concentración ante los domicilios particulares de dos representantes políticos. El debate se plantea aquí, por lo tanto, en torno a la legitimidad de la prohibición de una manifestación con carácter preventivo; es decir, en un momento previo a su celebración. Las citadas sentencias, de factura casi idéntica, asumen la posición de la Administración y del Ministerio Fiscal y estiman que semejante medida resulta proporcionada en el caso concreto pues de llevarse a cabo las concentraciones propuestas se hubiera producido una extralimitación en el ejercicio del derecho de reunión y una injerencia injustificada en el *derecho a la intimidad personal y familiar* de los representantes políticos. Tal conclusión, sin embargo, suscita algunos interrogantes a la luz de la configuración restrictiva que, según hemos visto, otorga la Constitución a la facultad administrativa de limitación de este derecho y bien entendido que el Tribunal Constitucional concibe dicha medida como una "solución extrema" (STC 59/1990 de 29 de marzo, FJ 5). ¿Hasta qué punto concentrarse de modo pacífico ante la vivienda particular de un cargo público representa una afectación lo suficientemente grave a la intimidad como para justificar el sacrificio del repetido derecho fundamental? La jurisprudencia constitucional requiere a estos efectos que se pueda concluir de forma fundada –"lo que implica una exigencia de motivación"- que se produciría la ya aludida alteración del orden público con peligro para personas y bienes o bien una "desproporcionada perturbación" para otros valores o derechos protegidos por la norma fundamental (STC 195/2003 de 27 de octubre, FJ 4). Y en lo que se refiere a este segundo supuesto, que es el que considera aplicable al caso, el TSJPV lo que viene a decir es que la afectación a la intimidad es desproporcionada porque el lugar elegido para la reunión coincide con el domicilio particular del representante político al que se dirigen las protestas y ello comporta en todo caso –aunque no explica (ni se entiende) por qué- una intromisión en su intimidad "*desproporcionada*". ¿Significa lo anterior que debería prohibirse preventivamente *cualquier* escrache convocado ante un domicilio particular? ¿El preceptivo juicio de ponderación a realizar no habría exigido entrar a valorar de manera más contextualizada las circunstancias del caso concreto (por ejemplo la hora programada; o el lema o el colectivo al que está dirigida la convocatoria, en tanto que indicios de la índole pacífica de la concentración)? ¿La naturaleza de *elemento esencial del contenido del derecho* que –según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional- se ha de otorgar a la *libertad de elección del lugar* para transmitir el mensaje, o la relevancia pública de los afectados -y la consiguiente relativización de la tutela de la intimidad que procede en estos supuestos-, no habrían aconsejado resolver a favor del derecho de reunión?

Aun cuando no me puedo detener ahora en el desarrollo de estos argumentos, sí que me gustaría subrayar, a modo de síntesis conclusiva, que tales preguntas deben ser respondidas afirmando que las limitaciones que avala el TSJPV en los casos estudiados no son proporcionadas ni respetuosas con el contenido esencial del derecho de reunión y manifestación, al menos si se toma como referencia el canon construido por la doctrina del Tribunal Constitucional para delimitar el ámbito de ejercicio del reiterado derecho fundamental (vid. extensamente sobre esto último, Martínez Garay/Mira Benavent). Por eso, las sentencias examinadas no debieran constituirse en modelo a seguir en futuras resoluciones que valoren la legitimidad de la prohibición previa realizada por las autoridades administrativas en relación con las concentraciones convocadas ante los domicilios particulares de representantes políticos.

-Desde distinta perspectiva, el auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrelavega de 20 de abril de 2013 acuerda el sobreseimiento libre en relación con unos hechos consistentes en una manifestación llevada a cabo por integrantes de la plataforma "Stop desahucios"

frente al domicilio del alcalde de dicha localidad, estimando que no existen indicios de que se cometieran delitos o faltas de injurias, amenazas o coacciones. Se trataba, pues, en este caso, de dilucidar si era posible derivar responsabilidades penales a partir de una reunión ya efectivamente celebrada ante la vivienda de un representante político. Al hilo de esta cuestión, en el citado auto se argumenta que los artículos 20 y 21 de la CE "legitiman a las personas denunciadas para manifestarse contra los denominados desahucios en cualquier lugar público, como puede ser la calle, a la puerta de su domicilio (…) siempre que, como ha sido el caso, lo hagan pacíficamente"; añade que "es servidumbre de todo cargo político, en un régimen democrático (art. 1.1. CE), soportar pacientemente las molestias que le puedan causar este tipo de actos" (…), y a continuación recoge la consabida doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a tenor de la cual quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo la críticas inofensivas o indiferentes sino también aquellas otras "que puedan molestar, inquietar y disgustar". En la misma línea se inscribe el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 10 de mayo de 2013 por el que, con apoyo en razonamientos similares, se archivan las actuaciones iniciadas con motivo del escrache celebrado delante del chalet de la vicepresidenta del Gobierno.

El sentido de estas resoluciones no coincide con una corriente de opinión, integrada por políticos y también por diversos juristas, que durante las últimas semanas ha venido denunciando el carácter delictivo de los escraches, vinculándolos, en concreto, y entre otras infracciones, a las amenazas, las coacciones, los desórdenes públicos o los delitos contra las instituciones del Estado. En el marco de este trabajo no es posible entrar a analizar de manera pormenorizada cada una de estas figuras delictivas a propósito de las conductas que estudiamos. Con todo, a los efectos que ahora importan, se debe destacar que en términos jurídico-penales no se puede calificar genéricamente el escrache como un comportamiento constitutivo de cualquiera de las referidas infracciones sin a la vez hacer una interpretación muy forzada de los tipos y sin violentar, de esta forma, los principios de legalidad, de ofensividad y de prohibición de exceso. Desde estos parámetros garantistas, que son los que deben regir la interpretación en Derecho penal, no cabe entender, en efecto, que concentrarse pacíficamente ante el domicilio de un político durante un breve período de tiempo pueda cumplimentar la violencia que exigen como componente básico las coacciones del art. 172 CP, o la alteración del orden público "con el fin de atentar contra la paz pública" que conforma, entre otros elementos típicos, los desórdenes públicos del art. 557 CP (vid. sobre ello, Paredes Castañón); del mismo modo, en fin, que tampoco es razonable pensar que, en el contexto de las acciones a las que estamos haciendo referencia, concurrirá la "fuerza, violencia o intimidación o amenaza grave" dirigida a coartar la libre manifestación de las opiniones o emisiones de votos de los miembros del poder legislativo a que alude el art. 498 CP. Naturalmente que nada de lo anterior obsta a que si uno o varios individuos incurren durante la realización del escrache en conductas violentas, y por ejemplo golpean y hieren a otros, profieren amenazas o insultos, o desobedecen contumazmente a los agentes de la autoridad, aquéllos hayan de responder personalmente por las correspondientes infracciones –delitos o faltas- de lesiones, amenazas, injurias, desobediencia, etc. Pero incluso en estos supuestos, una vez afirmada la tipicidad penal, se habrá de valorar todavía si el ejercicio legítimo de los derechos de reunión y manifestación y -sobre todo- de la libertad de expresión puede justificar en el caso concreto la conducta y, con ello, eliminar su antijuridicidad. Es en este terreno, pues, en el de la discusión sobre la eventual aplicación de la eximente del artículo 20.7 CP, donde podrán cobrar relevancia –en su caso, y en función de la gravedad del comportamiento y del resto de circunstancias concurrentes- las consideraciones relativas a la libertad de expresión y al derecho de reunión y manifestación contenidas en los autos de archivo aludidos y que han sido reflejadas más arriba.

Por otra parte, interesa subrayar que desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador tampoco es posible atribuir en principio ninguna responsabilidad a los meros participantes en los escraches, salvo que en ellos recaiga la condición de organizador o promotor de la convocatoria y además no se haya dado comunicación previa a la autoridad gubernativa o se haya incumplido alguna otra de las previsiones de los arts. 4.2 y siguientes de la Ley Orgánica 9/1983 reguladora del derecho de reunión (art. 23 c) de la Ley Orgánica 1/1992 sobre protección de la seguridad ciudadana). El hecho de tomar parte en una manifestación que no ha sido comunicada o que, habiéndose cumplido este trámite, ha sido prohibida por la autoridad no es por sí mismo constitutivo de infracción alguna –el artículo 23 c) de la citada LOPSC, de acuerdo con lo acabado de indicar, castiga en esos casos sólo a los organizadores o promotores-. Lo anterior a excepción de que se entienda que la mera acción de manifestarse en tales circunstancias merece ser sancionada como uno de los desórdenes públicos tipificados en la LOPSC, ya sea en la modalidad de infracción grave, muy grave o leve (arts. 23 n), 24 y 26 i) respectivamente); pero semejante conclusión sería difícilmente aceptable en un régimen democrático. Es importante tener bien presente esta idea –y hay que remarcar que no siempre se hace así por parte de la Administración- a la hora de determinar el alcance típico de las mencionadas infracciones de desórdenes públicos de la LOPSC. De hecho, y por lo que respecta ahora particularmente a los casos que son objeto de atención de este trabajo, hay precedentes jurisprudenciales con ocasión de supuestos homologables a los escraches –en tanto que se refieren a protestas celebradas ante domicilios particulares- que han revocado la imposición de sanciones

por las infracciones graves y leves de los arts. 23 n) y 26 i) LOPSC (vid., por ejemplo, la sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de abril de 1997, o las sentencias del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de marzo de 2000, de 7 abril de 2000 o de 25 de mayo de 2000); lo que significa que, a juicio de dicha jurisprudencia, este tipo de conductas no merecen siquiera la calificación de ilícito administrativo menor. Habrá que ver si ése es el criterio que se sigue en el futuro a propósito de los eventuales recursos contra el alud de sanciones administrativas que, según reflejan los periódicos, se están imponiendo últimamente a los ciudadanos que participan en escraches –por el mero hecho de participar en ellos y no de organizarlos o promocionarlos-.

-Al hilo de estas reflexiones, y ya para acabar, quisiera llamar la atención sobre la incidencia que tendría, en relación con los derechos fundamentales a que se viene haciendo referencia, la aprobación del anteproyecto de reforma penal de 2013, particularmente por lo que respecta a las previsiones relativas a los delitos de desórdenes públicos. Como ya ha puesto de relieve la doctrina (Baucells, Díez Ripollés, Goicoechea), son varios los aspectos criticables del nuevo texto desde esta perspectiva. Entre ellos cabe citar la tipificación de la mera interrupción del funcionamiento de los medios de transporte públicos (art. 560 bis) –sin que se exija la causación de daños, a diferencia del vigente art. 560 (que se mantiene también en el anteproyecto)-, la extensión de la figura delictiva de invasión de establecimientos o edificios (art. 557 ter), o la supresión del actual art. 559, que castiga los desórdenes públicos dirigidos precisamente a impedir el ejercicio de los "derechos cívicos" (entre los que se cuenta el de reunión y manifestación). Con todo, creo que lo más preocupante de la reforma en este ámbito es la incorporación que contempla de tipos de incitación y de reforzamiento de la decisión o disposición delictiva de terceros. Y es que si de acuerdo con el Código penal vigente la provocación, la proposición y la conspiración en este contexto delictivo no resultan punibles, la normativa proyectada sanciona -y con las mismas penas que las que les corresponderían a los autores (!)- a "quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior" (tipo básico de desórdenes públicos) "o reforzando su disposición a llevarlas a cabo" (art. 557.2 del anteproyecto); o igualmente, en este caso con una penalidad menor, la "distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de algunos de los delitos de alteración del orden público del art. 557 bis (tipo agravado de desórdenes públicos) "o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo" (art. 559 del anteproyecto).

La regulación descrita supondría, en mi opinión, una ampliación insoportable de la barrera de intervención penal. Algunos ejemplos pueden servir para justificar esta afirmación: en el marco del anteproyecto podría castigarse con la pena de 1 a 6 (!) años de prisión al sujeto (A) que, en el contexto de una reunión numerosa, *reforzara la disposición* de otros (B) a alterar la paz pública -amenazando éstos (B) a terceros (C) con ejecutar actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas- (art. 557.2 en relación con art. 557.1 y el art. 557 bis); o asimismo sería posible sancionar, aquí con pena de 3 meses a 1 año de prisión, al sujeto (A) que difundiera públicamente un mensaje por cualquier medio que sirviera para *reforzar la decisión* de B de, a su vez, *reforzar la disposición* de C para que éste realice la referida amenaza de actos de violencia o cualquier otro desorden público con ocasión de una manifestación o reunión numerosa (art. 559 en relación con los arts. 557 bis.3º y 557). En íntima conexión con lo anterior, no se puede perder de vista la notable inseguridad interpretativa y el riesgo de expansión punitiva que introduciría la presencia de los elementos típicos de los que aquí se vale el prelegislador. Si la falta de taxatividad siempre resulta criticable, todavía merece más rechazo cuando nos movemos en un ámbito tan cercano al ejercicio de derechos fundamentales; piénsese a este respecto en que se habría de entrar a valorar si la actuación de un sujeto –portando por ejemplo una pancarta con un determinado eslogan- es idónea para *reforzar la disposición* de algún integrante del grupo a realizar el delito, o si la consigna divulgada a través de mensajes SMS o de Internet *serviría para reforzar* en alguien esa *decisión* delictiva –ya tomada- (¿bastaría, por ejemplo, a estos efectos con haber proclamado la necesidad de protestar ante la casa de los políticos a fin de "remover sus conciencias"?).

Lo hasta aquí apuntado deja, a mi juicio, poco margen de duda en cuanto a que una de las finalidades que preside la reforma se cifra en limitar –o acaso en "modular", como ha dicho recientemente en clave eufemística la delegada del Gobierno en Madrid- el derecho fundamental de reunión y manifestación y la libertad de expresión. En este orden de cosas, creo que no se exagera si se afirma que el anteproyecto en este punto permite evocar la Ley 45/1959, de 30 de julio, en cuyo art. 2 se declaraban como actos contrarios al orden público, entre otros, "todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella", o simplemente "excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público". Repárese, por lo demás, en que la definición transcrita se concebía en la citada ley franquista a efectos de sanción administrativa y que aquí estamos hablando, desde la perspectiva del anteproyecto, de castigos de naturaleza penal.

A la hora de abordar una reformulación de los delitos de esta clase conviene no olvidar los excesos limitadores de los derechos que se han cometido a lo largo de la historia al abrigo de la tutela de nociones como el orden público. De aprobarse esta reforma, en los términos en que ahora se prevé, no hay duda de que asistiríamos a un grave retroceso en materia de derechos de reunión y manifestación y de libertad de expresión. Ello resultaría, por las razones que se han señalado, inaceptable desde un punto de vista constitucional y jurídico-penal. Pero aún más, en un plano moral, sería indigno. Recortar (también) los derechos de protesta en la situación de restricción de derechos sociales que vivimos sólo añadiría una poderosa razón –una más- para alimentar la conflictividad social y la protesta en las calles. Muchos ciudadanos respetables seguiremos manifestándonos, y animando a otros a que nos secunden, aunque sea bajo amenaza de cárcel.

LA LIBERTAD VIGILADA EN EL CÓDIGO PENAL DEL 2010 Y LOS CAMBIOS QUE SE PROPONEN: UN PASO HACIA LOS POSTULADOS DEL DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD

Montserrat Comas d' Argemir Cendra. Presidenta Sección Décima Audiencia Provincial Barcelona

En al español se introduce la "libertad vigilada", con la LO 5/2010, de 22 de junio, configurándola como medida de seguridad no privativa de libertad post delictual, para personas imputables por primera vez, con la pretendida finalidad de dar respuesta al problema social que supone que determinados delincuentes sexuales y terroristas, tras cumplir su condena vuelven a delinquir, reincidiendo en el mismo delito. Se reduce su imposición a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Titulo VIII y a los delitos de terrorismo (Sección Segunda del Cap VII del Título XXII del Libro II). En esta nueva medida de seguridad se agrupan diversas obligaciones y/o prohibiciones (art. 106.1 CP) que tienen, según la Exposición de Motivos, una finalidad asegurativa, de protección a la víctima y de reinserción del condenado contenidas. Su imposición debe situarse dentro de los márgenes de duración específicos contemplados en la parte especial del Código: de cinco a diez años a los condenados por delito grave o de uno a cinco años en delitos menos graves (art. 192.1 y art 579.3 CP). Para las personas inimputables y semiimputables se introduce la "libertad vigilada" en el art. 96.3.3º CP.

A diferencia del resto de países de nuestro entorno de la Unión Europea, y otros de los EE.UU. de América, el legislador español no ha optado por incluirla como pena alternativa a las penas cortas privativas de libertad, ni como mecanismo de control del penado en la suspensión, en la sustitución de la pena ó en el periodo de libertad condicional. Tampoco se ha previsto que el control de la medida recaiga en una institución paralela a la del "probation service" del derecho anglosajón o de la figura de un "agente de libertad vigilada", en términos padecidos de cómo se contempla en el derecho comparado, como persona cualificada, que supervisa un plan de ejecución adecuado a cada penado para conseguir su reeducación y reinserción.

De hecho con esta medida, cuyo diseño como veremos es totalmente ineficaz para los fines que pretende, el Gobierno pretendía salir al paso frente a las excarcelaciones de terroristas no arrepentidos –caso Juana Chaos-, junto con la de violadores múltiples no reinsertables al finalizar su condena, con pronósticos muy altos de reincidencia, al constatar que la opinión pública reacciona de forma crispada cuando se produce la noticia de una agresión sexual de un agresor reincidente ó de un terrorista no arrepentido -caso Mari Luz o el "violador del Eixample", y, que han generado a través de los medios de comunicación debates, muy manipulados, acerca del fracaso del sistema carcelario, resucitando en diversas etapas peticiones de que se introduzca la "cadena perpetua". Y, ello a pesar de que la mayoría de autores consideran que en la población hay una sobreestimación de reincidencia en los agresores sexuales comparado con los datos empíricos, concluyendo que el recidivismo no es superior al de otros delincuentes no sexuales. No nos encontramos por tanto, frente a un problema cuantitativamente, dado que las estadísticas demuestran que los índices de reincidencia en delitos sexuales caen, una vez los condenados aceptan en prisión programas de tratamiento y rehabilitación. Y, por fortuna el terrorismos etarra ha dejado de matar en nuestro país.

Por eso, el debate sobre los fines de la pena, sus límites constitucionales, las fórmulas del tránsito de la prisión a la libertad, las garantías que el sistema punitivo democrático puede ofrecer a los ciudadanos tras el cumplimiento de la condena de ese tipo de delincuentes graves, y el binomio seguridad-libertad, han tenido tradicionalmente un debate permanente y abierto en la comunidad social y jurídica.

En los distintos Proyectos de reforma de los años 2006 y 2008 ya se proponía la "libertad vigilada", aunque como pena accesoria, propuestas que finalmente decayeron.

Pues bien, junto a los inimputables (art. 95 CP) y a los semiimputables (art. 99 CP), en la reforma del Código Penal del 2010, se introduce como novedad la posibilidad de imponer una nueva medida de seguridad a sujetos imputables peligrosos –delincuentes sexuales y terroristas-, no vinculados a estados patológicos y que deberá iniciarse después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, si mantiene el condenado un estado peligroso, entendiendo por "peligrosidad": la probabilidad de que el sujeto vuelva a cometer un hecho delictivo de la misma naturaleza, es decir, vuelva a reincidir. En estos casos, tal como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación y se hará o no efectiva en función de este pronóstico de peligrosidad. que debe constatarse cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y con posteriores revisiones y reconsideraciones cada año (art. 98.1)".

Hasta la reforma del 2010, las medidas de seguridad contenidas en el art. 99 CP responden al llamado sistema vicarial, de forma que la medida de seguridad, se cumple primero y se descuenta de la pena privativa de libertad impuesta, la cual solo se cumple si no incide negativamente en los logros obtenidos por el cumplimiento de la medida. Es decir, el sistema se apartaba del dualismo puro –por el que se acumulan sin más la pena y la medida-, a fin de evitar que la duración de la pena y la medida se sumen e incrementen así la aflictividad de la privación de libertad.

Sin embargo, en la nueva medida de seguridad de "libertad vigilada", para los imputables la pena y la medida tienen un cumplimiento independiente, de forma que primero se cumple la pena privativa de libertad y cumplida ésta, se inicia la medida, siempre que se haya impuesto en sentencia, y condicionado a que su incumplimiento no incida de forma negativa en los logros obtenidos para la reinserción del condenado.

En definitiva, la libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas que ya estaban contempladas en nuestro código como medidas de seguridad en el redactado del art.

96 CP –anterior a la reforma- o como penas privativas de derechos (art. 48) a imponer como penas accesorias (art. 57). El total de las once medidas especificadas consisten en cinco obligaciones y seis prohibiciones. Tres son las distintas finalidades que se dicen perseguir:

1) la vigilancia del penado para que no huya y para que no vuelva a delinquir mediante: el control permanente con aparatos electrónicos (medida a); presentaciones ante el Tribunal (medida b); obligación de comunicar cambios de domicilio y/o de trabajo (medida c); prohibición de ausentarse del territorio sin autorización (medida d). La medida b y c) ya están también contempladas en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 530 de la LECrim para controlar la libertad provisional.
2) a reinserción del penado mediante: prohibición de desempeñar determinadas actividades (medida i); obligación de participar en programas formativos y de reeducación (medida j); y obligación de seguir un tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico (medida k). Todas ellas, a excepción de la k) ya podían adoptarse como reglas de conducta a cumplir durante el periodo de la suspensión o sustitución de la pena (art. 83.1 y 88.1 CP).
3) la protección de la víctima mediante: la prohibición de aproximación (medida e); la prohibición de comunicación (medida f); prohibición de acudir a determinados lugares (medida g); prohibición de residir en determinados lugares (medida h). Todas ellas ya existían antes como medidas de seguridad no privativas de libertad en el anterior redactado del art. 96 CP y son semejantes a las penas de alejamiento contempladas en el art. 48 CP.

La competencia para su imposición es del Juez o Tribunal del enjuiciamiento, que deberá fijarla en Sentencia, con sometimiento al principio acusatorio, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad en los delitos que así lo disponga expresamente la parte especial (art. 106.2 CP). Y, la propuesta del contenido de la misma, es decir, las prohibiciones u obligaciones a cumplir, es del Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) dos meses antes de que finalice el cumplimiento de la pena. Si el condenado lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, el inicio de la medida se entiende que queda condicionado a que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Los dos únicos precepto de la parte especial que establecen la imposición de la medida son: el art. 192.1 –delitos contra la libertad e indemnidad sexuales- y art 579.3 CP –delitos de terrorismo-. En ambos preceptos se establece que, en las condenas por delitos graves su imposición es preceptiva con una duración de cinco a diez años y, potestativa dependiendo de la peligrosidad del autor, en los casos de delitos menos grave, cuando el hecho se haya cometido por un delincuente primario. En este último caso la duración es de uno a cinco años.

En los casos de imposición potestativa –delincuentes primarios que hayan cometido un delito de carácter menos grave, se plantea la enorme dificultad por el Juez o Tribunal Sentenciador para decidir si impone o no la medida en la sentencia, al tener que valorarse la peligrosidad del sujeto, sin conocer cual será la evolución del penado durante el cumplimiento de la pena ni la efectividad de los programas de tratamiento a los que voluntariamente se haya sometido a los fines de su reinserción social. La distancia entre el hecho delictivo y el inicio de la medida, máxime teniendo en cuenta que no está contemplada su aplicación durante los permisos de salida ni en el periodo de libertad condicional, dificulta al Tribunal hacer un pronóstico de peligrosidad.

En mi opinión una de las cuestiones importantes a tener en cuenta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en su propuesta y el Tribunal sentenciador en su decisión, tras oir al Ministerio Fiscal y al penado y demás partes procesales, es como compaginar las medidas de la Libertad Vigilada con las reglas de conducta que se hayan establecido en las situaciones de régimen de vida en semilibertad –tercer grado y libertad condicional-, de forma que aquellas –estando ya en libertad definitiva- no sean más restrictivas que las cumplidas en las distintas progresiones de grado penitenciario. Cabe preguntarse si para los casos de condenados que han disfrutado de libertad condicional y el reo no ha vuelto a delinquir ni hubiere infringido ninguna de las obligaciones de las penas accesorias, debería sin más dejarse si efecto la libertad vigilada, al haber desaparecido su peligrosidad criminal.

Varios autores se han pronunciado radicalmente en contra, considerando que esta nueva configuración legal supone la admisión de los postulados del Derecho penal del enemigo. Alonso Rimo considera peligrosa la expansión del Derecho Penal de la peligrosidad. Acale Sánchez, considera que la regulación de esta medida constituye un derecho penal de autores que se dirige no a ciudadanos individuales que cometan delitos, sino a "grupos de delincuentes", esto es, a aquellos que presentan "determinados perfiles criminológicos" –los condenados por terrorismo y agresión sexual-. Se presume su peligrosidad como miembros del grupo y la imposibilidad de "corregirlas" a través del cumplimiento de una larga pena privativa de libertad antes víctimas potenciales, consagra el concepto de peligrosidad social ex ante frente al eventual, futurible y predecible.

También el Grupo de Estudios de política criminal, formado por Jueces, Fiscales, catedráticos y profesores de Universidad, consideran que ha de someterse a crítica todo intento de incorporación al Código de la pena de libertad vigilada como última etapa del control penal, esto es, después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, toda vez que en muchos casos no va suponer más que la inocuización del penado, y un paso más en la inclusión de la cadena perpetua efectiva en el ordenamiento jurídico español para sujetos que en su mayor parte saldrán en prisión después de haber estado privados de libertad muchos años, momento en el que tendrán que hacer frente al cumplimiento de la vigilancia posterior de su libertad.

Además el hecho de que no se haya previsto por el legislador que el control de las medidas de libertad vigilada recaigan en una institución paralela a la del "probation service" del derecho anglosajón o de la figura de un "agente de libertad vigilada", en términos padecidos de cómo se plantea en el derecho comparado, hace que la figura sea ineficaz. En efecto, no es muy realista pretender controlar judicialmente al condenado solo a través del cumplimiento de las medidas -medidas dentro de medidas—, de forma que se ha creado la libertad vigilada sin vigilante. El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la reforma, señaló este extremo como una de las más importantes objeciones a la libertad vigilada de la LO 5/2010, de 22 de junio. En la misma línea crítica se situó el CGPJ en su informe al Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, en su Acuerdo de 18-2-2009.

Sin esperar a poder realizar una evaluación de la aplicación de su actual regulación, dado que la medida solo puede aplicarse a hechos

acaecidos a partir del 23-12-2010, y no hay suficientes casos en los que ya se haya ya hecho efectiva, el Gobierno propone ya su reforma.

II. La libertad vigilada en el Anteproyecto de reforma del CP: un paso hacia el Derecho Penal de la Peligrosidad.

El Anteproyecto de reforma del Código Penal, aprobado en el Consejo de Ministros el 2-11-2012 y, actualmente en trámite parlamentario no solo mantiene la misma concepción y filosofía de la medida de "libertad vigilada" que inspiró la reforma del 2010, sino que además la amplía de forma irritante, por exorbitante, a un catálogo amplio de delitos, muchos de ellos de carácter menos grave, siempre que la pena de prisión impuesta sea superior a un año. De esta forma, además del mantenimiento de los delitos de carácter sexual y de actividades terroristas, se amplia a los siguientes: delitos contra la vida, lesiones leves o maltrato de obra en violencia de género; lesiones; detenciones ilegales y secuestros; trata de seres humanos; hurto; robo; extorsión; utilización ilegítima de vehículo de motor; defraudaciones; receptación y blanqueo de dinero; y por último en los delitos contra la seguridad colectiva y contra el orden público.

En su actual redactado la reforma instaura de una forma decidida los llamados postulados del derecho penal de la peligrosidad, culminando el sistema dualista que impone la pena en función de la culpabilidad por el hecho delictual cometido y, una vez cumplida la misma, un periodo de libertad vigilada en función de un pronóstico de reiteración criminal en el futuro.

Al introducirse para casos de penas cortas –hurtos, robos, utilización ilegítima de vehículos a motor-, desaparece el parámetro de la "gravedad del hecho" y se sustituye por el de la "peligrosidad del autor".

Por otra parte, es radicalmente criticable la indeterminación del tiempo concreto de la medida. Al igual que para el resto de las medidas de seguridad, en la reforma se modifica el actual redactado del art. 6 CP que determina que la duración de las medidas de seguridad no puede ser superior a la duración de la pena en abstracto prevista para el delito cometido y se introduce como novedad "que no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor", es decir se abre la puerta a la indeterminación de la duración de la medida, lo que puede chocar frontalmente con el art. 25 CE.

Los plazos pasan a ser de un mínimo de 3 años a un máximo de cinco, pero prorrogables por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, sin establecer un límite concreto de las prórrogas que se pueden acordar.

Además se amplía también el catálogo de medidas a imponer. De esta forma aparecen como medidas nuevas que el Juez o Tribunal puede imponer en la libertad vigilada: inscripción en las oficinas de empleo, prohibición de consumo de alcohol, drogas o sustancias estupefacientes con sometimientos a controles de consumo, custodia familiar, privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, privación del porte de armas.

Habrá que esperar mucho tiempo para ver, en la práctica, en qué se traducirán esas medidas restrictivas de libertad que, sin duda, van a convertirse en una cuestión muy problemática. En definitiva, añadir otros 3 ó 5 años, prorrogables, de «libertad vigilada», a la pena cumplida, caso de aprobarse el texto del Anteproyecto que conocemos en la fecha de este trabajo, comportará otro endurecimiento más de la ley penal y un claro retroceso del derecho fundamental a la libertad.

LA REFORMA DEL DELITO CONTINUADO

Yolanda Rueda Soriano
Magistrada del Juzgado Penal 14 de Barcelona

La nueva regulación legal del delito continuado prevista en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, introduce las siguientes modificaciones en cuanto a su previsión normativa: tratamiento penológico, exigencia legal de cercanía temporal y espacial de las acciones u omisiones que lo integran, exclusión de la continuidad delictiva de los tipos eminentemente personales, incluidos los delitos contra la libertad sexual, y la supresión del llamado delito masa.

Con carácter previo a entrar a examinar el contenido de la reforma proyectada, es conveniente realizar una breve mención sobre el origen y el significado del delito continuado, así como las distintas regulaciones legales que le han afectado desde su reconocimiento en un precepto legal. La regulación en el derecho positivo del delito continuado reconoce una institución de creación jurisprudencial, como de esta forma lo refleja la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, (que lo introdujo por primera vez en el art. 69 bis del Código Penal), que al respecto dispone: "*Sabido es que los conceptos de delito continuado y de delito masa son importantes creaciones jurisprudenciales desconocidas por el Derecho positivo, aunque no impedidas. No obstante, la experiencia enseña que ese vacío legal ha dado lugar a oscilaciones en la apreciación de aquellas estructuras de responsabilidad, e incluso variaciones en los requisitos que exige la propia jurisprudencia y la doctrina científica. A partir del principio de conceder primacía valorativa, en orden a la calificación del hecho o hechos, a la lesión jurídica, única o plural, por encima de la unidad o pluralidad de acciones, se introduce un nuevo precepto, el artículo 69 bis, destinado a cubrir el vacío legal existente y a fijar positivamente los elementos que no pueden faltar para la apreciación del delito continuado, que adquiere así fundamento en el Derecho positivo".* Esta institución no está exenta de considerables críticas en la doctrina dada la imprecisión en cuanto a sus elementos o requisitos con la que ha sido abordada por la jurisprudencia, que ha generado una gran inseguridad jurídica. De hecho, hay quienes no aceptan el delito continuado, por considerarlo un privilegio punitivo sin sentido, contrario a la ley y al principio de culpabilidad, tras la poca claridad que demuestran sus requisitos sustantivos y procesales. (Posada Maya mencionando a Zaffaroni, o Choclán Montalvo). Sostienen que resulta difícil mantener las posiciones que justifican el delito continuado por razones humanitarias o principios de equidad o favor rei, (eludir la aplicación penológica resultante de la acumulación material de penas) ante la existencia de supuestos en los que resulta perjudicial para el reo, -concurrencia de agravantes, prescripción-, y en otros beneficios según la figura delictiva a la que se aplica, existiendo un amplio consenso en proponer sencillamente su desaparición del derecho penal, siendo ya una institución excepcional en la práctica judicial alemana, y que las finalidades que se pretenden pueden alcanzarse mediante un tratamiento punitivo adecuado del concurso real. Por el contrario, hay quienes consideran que no se puede abandonar al ser una solución punitiva que puede prestar beneficios político-criminales en la lucha contra la criminalidad. Sitúan su función en la adecuación de la pena a la

gravedad del delito cometido, ubicando su fundamento en la menor culpabilidad o voluntad de delinquir más débil (no obstante, se les reprocha, sea incompatible con el llamado delincuente planificador).

Su primera regulación en el artículo 69 bis CP, establecía: "*no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones, que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de persona. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual (la LO* del 89 sustituyó la palabra honestidad por la libertad sexual)*, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".* La posibilidad de agravar la pena señalada para la infracción más grave es una facultad discrecional del juez que podrá aumentarla hasta su grado medio.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en su artículo 74 recogía sustancialmente la anterior regulación modificando su tratamiento penológico. Así, en los delitos continuados no patrimoniales: *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.* Y para el delito masa o delitos patrimoniales, tratamiento más severo que el anterior: "*si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de persona.* Agrava el tratamiento penológico del delito continuado respecto de su regulación anterior ya que es obligatorio para el tribunal la imposición de la pena más grave en su mitad superior, sin facultad discrecional alguna.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reforma la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificó parcialmente el Art. 74 del CP/1995, siendo el vigente del tenor literal siguiente: "*No obstante los dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten el mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.* Agrava la penalidad atribuida al delito continuado ya que se pasa de imponerse la pena señalada a la infracción más grave en su mitad superior a la posibilidad de llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Se justificaba en los casos frecuentes en los que las infracciones castigadas en continuidad delictiva otorgaban a su autor un trato benévolo en muchos casos injustificado. Asimismo, se exige, para que pueda hablarse de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, que afecten a un mismo sujeto pasivo, ya que la jurisprudencia había declarado la imposibilidad de construir el delito continuado cuando se trataba de delitos contra la libertad sexual que afectaban a varios sujetos pasivos.

Contenido de la nueva regulación proyectada. Con la reforma anunciada del Código Penal, el artículo 74 queda del siguiente tenor: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial y temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

1.- *Tratamiento penológico. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio que introdujo por primera vez el* delito continuado en nuestro derecho positivo, indica que no se correspondía su reconocimiento legal con el origen histórico del delito continuado por razones humanitarias o favor rei, que lo consideraba como una ficción jurídica destinada a evitar el severo sistema penológico de la acumulación material de penas propio del concurso real, ya que el legislador quiere castigar más duramente lo que es realmente más grave y evitar penas desproporcionadas o irrisorias. En el artículo 69 se parte del sistema penológico de absorción (la pena más grave absorbe a la menos grave) agravada, permitiendo al órgano judicial en el momento de individualizar la pena aumentar el quantun punitivo (hasta el grado medio de la pena superior) conforme al sistema de exasperación facultativa. El artículo 74 inicial mantiene el sistema de absorción agravada pero reduciendo el arbitrio judicial, (al imponer como límite la pena de la infracción más grave en su mitad superior, prescindiendo el sistema de exasperación facultativa). La Ley 2003 vuelve al sistema anterior inicial (pena de la infracción más grave en su mitad superior

pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). Y la reforma proyectada parte de la infracción más grave, y permite imponer una pena superior a la pena mínima, que habría sido impuesta en el caso concreto, de dicha infracción, con una amplia discrecionalidad judicial ya que el único límite es que no puede exceder de la suma de las penas de las distintas infracciones. La Exposición de Motivos de la Reforma establece que con la modificación de las reglas de fijación de la pena se intenta evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, en la que la figura del delito continuado conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. De este modo, -sigue diciendo la Exposición de Motivos-, se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos. No obstante, la gran discrecionalidad judicial otorgada (pena superior a la mínima que habría sido impuesta en el caso concreto de la infracción más grave con el límite de no superar la suma de las penas por separado), se aparta de la seguridad en la labor de determinación de la pena por los jueces. En el Informe del Pleno del CGPJ aprobado el 16 de enero sobre el Anteproyecto de Reforma al Código Penal se reprocha al nuevo tratamiento penológico del delito continuado proyectado en la reforma que al fijar como límite de la pena la suma de las penas que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, en el caso de efectivamente llegar a imponerse como pena la suma de las penas por separado (es decir, llegar al límite sin rebasarlo) se está desconociendo la continuidad delictiva al imponer el mismo tratamiento penológico que el propio del concurso real de delitos.

El nuevo tratamiento punitivo parece contrario a la inspiración que preside el contenido de la reforma en este aspecto y que consiste en evitar las penas arbitrarias y por tanto en conseguir un efecto agravatorio. Con la nueva regulación, el campo de discrecionalidad judicial es mayor, ya que está limitado, por debajo por la mínima de la pena más grave, y por arriba por la suma de las distintas penas correspondientes a las diversas infracciones. Por tanto, es cierto que el juez podrá imponer una pena mucho más dura que con la regulación anterior, (ya no tiene como límite la mitad superior de la más grave), pero también que podrá imponer una pena más benigna que la permitida actualmente ya que parte de la mínima de la pena más grave, no garantizando por tanto la gravedad de la pena (buscada por la reforma) en estos supuestos. La nueva regulación es incierta en cuanto a la determinación de la pena, ante la dificultad que entraña una técnica de redacción tan confusa "*una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones",* que puede resultar menos funcional que el régimen actual, además de la contrariedad resultante de referirse a la pena mínima pero en relación a una pena ya concreta.

2.- Exclusión de la continuidad delictiva de los tipos eminentemente personales incluidos los tipos contra la libertad sexual. En el segundo párrafo del artículo 74 según la reforma proyectada tiene el siguiente tenor literal: *"Quedan exceptuadas de lo establecido en el apartado anterior las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual, o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor".* Por primera vez quedarían fuera del ámbito de la continuidad delictiva los delitos contra la libertad sexual, haciéndose eco la reforma de la jurisprudencia del TS que era muy restrictiva al respecto de la admisión, ya que se partía por el propio precepto de la excepción general en materia de bienes personales como es la libertad sexual. El TS rechazaba la aplicación de la continuidad delictiva en aquellas conductas que lesionan un bien jurídico personal, por la necesidad de una mayor protección de estos bienes, que son los más relevantes. Asimismo, un sector doctrinal mayoritario reclamaba que la continuidad delictiva quedara fuera de los delitos que afecte a bienes altamente personales, considerando que esta clase de bienes jurídicos no admite una lesión o afectación progresiva o gradual. Opinan que cada conducta o ataque al bien jurídico es una ofensa individual y se debe penar por separado ya que de lo contrario se degradaría cualitativa, valorativa y socialmente el bien jurídico protegido. No obstante, existen autores que postulan que solamente en estos casos se debe excluir la continuidad delictiva si hay pluralidad de sujetos pasivos, y que la posibilidad de apreciar delito continuado debe realizarse teniendo en cuenta exclusivamente si concurren sus requisitos, (cuando su naturaleza, -del tipo-, admita la relación continuada con independencia de la naturaleza del bien jurídico), sin que se debieran efectuar otras consideraciones.

Con la reforma, se excluyen de la continuidad delictiva los delitos contra la libertad sexual, poniendo fin a la situación actual en la que carece de sentido o justificación el diverso tratamiento de los delitos contra la libertad sexual del resto de delitos que afectan a bienes eminentemente personales (integridad personal, libertad ambulatoria, intimidad…), resultando incomprensible el régimen actual, por lo que en este sentido es positiva la reforma. No obstante, queda abierto el debate sobre la conveniencia de excluir de la continuidad delictiva a todos los delitos que afectan a bienes eminentemente personales. De esta forma, se alega por ejemplo que la exclusión de los delitos sexuales del ámbito de aplicación el delito continuado va a favorecer la impunidad de aquellos abusos reiterados y demostrados pero en los que no se puede concretar las fechas o conductas. Podría rebatirse en contra que si el delito continuado está compuesto por unidades de acción típica, es necesario acreditar cada una de las distintas acciones, ya que lo contrario resultaría contrario a la presunción de inocencia. La entidad del bien jurídico afectado, la gravedad de la lesión y el carácter doloso de estos delitos cuando son continuados, podrían justificar la exclusión de su ámbito de aplicación de los delitos que ataquen a bienes personales por la consecuencia penológica que se produce que no contempla todas las acciones cometidas, argumentándose asimismo que el delito continuado fue creado para delitos patrimoniales (concretamente evitar la pena de muerte al tercer hurto), no resultando justificada su aplicación a los ataques graves a bienes personales.

3.- Infracciones continuadas patrimoniales. En la legislación actual, el artículo 74.2 regula el llamado delito masa, que el Tribunal Supremo ha considerado como una modalidad agravada del delito continuado, pero con características que le dotan de una autonomía y sustantividad propias que descansa sobre una continuidad delictiva de naturaleza patrimonial, y que tiene dos datos fundamentadores: notoria gravedad y generalidad de personas perjudicadas (sujeto pasivo masa), quedando justificado su tratamiento punitivo diferenciado. Con la regulación vigente, se puede imponer la pena, atendiendo a la gravedad del hecho y a las personas perjudicadas, correspondiente a la infracción más grave que puede ser aumentada en uno o dos grados, otorgando a los jueces una gran discrecionalidad. El tratamiento conjunto del llamado delito masa con el delito continuado ha sido siempre muy criticado al considerar que la mayor penalidad del delito masa vulneraba el principio nulla poena sine lege (salto de tipo) y que ambas instituciones respondían a situaciones de diversa problemática: en el delito continuado se intenta eludir la aplicación de la acumulación material de penas y el delito masa agrava la pena con el sistema de exasperación. No obstante, autores como Choclan Montalvo consideran que el segundo apartado del artículo 74 no regula el delito masa sino que simplemente es una regla que en atención al mayor desvalor de la acción o del resultado en las infracciones continuadas contra el patrimonio, hace que la consecuencia jurídica sea más gravosa.

Con la reforma proyectada desaparece la regulación del delito masa, - ya no se exige un sujeto pasivo masa formado por una generalidad o pluralidad de personas -, toda vez que la previsión de modalidades agravadas en éstos, combinada con la regla de atención al perjuicio total causado en delitos continuados de carácter patrimonial, puede cubrir holgadamente el papel que el delito masa venía desempeñando (Javier Guardiola García). El nuevo precepto establece que "*Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado".* Con lo que se contempla un tratamiento punitivo diferente y aplicable a los delitos continuados que lesionen el bien jurídico constituido por el patrimonio, y en los que una interpretación sistemática permite entender que en estos casos, se parte, para la imposición de la pena, de la mínima de la infracción más grave, que podrá individualizarse en atención al perjuicio total causado, sin que pueda exceder de la suma por separado de todas las penas. Se otorga un criterio al juez para individualizar la pena en el caso concreto, actuando el perjuicio total causado como criterio para recorrer la extensión de la misma y para justificar la pena finalmente impuesta, controlándose de este modo la discrecionalidad judicial, a diferencia de lo que ocurre en el resto de delitos continuados que no sean patrimoniales en los que la discrecionalidad del juez es mayor y solamente tiene como límite la pena que correspondería aplicando el concurso real de infracciones.

4.- Exigencia de la proximidad espacial y temporal de las distintas acciones y omisiones. La jurisprudencia había venido reclamando para apreciar el delito continuado, además, que los diversos actos mantuvieran una relación temporal y espacial razonable, conexión entre ellas que la reforma recoge expresamente en el articulado del delito continuado, y que es una exigencia lógica para derivar o apreciar el *plan preconcebido o* el aprovechamiento de *idéntica ocasión*. Algunos autores han criticado la indefinición de la conexidad del lugar entendiendo que el plan preconcebido por el autor puede persistir y ser llevado a cabo en cualquier lugar, incluso en varios lugares itinerantes, alegando que la existencia de dicha conexión espacial no garantiza —en todos los casos— la homogeneidad del contenido de dicha intención o la homogeneidad de la realización del tipo. Posada Maya ilustra con el ejemplo de Reyes Alvarado la posibilidad de rechazar la exigencia espacial. Dice así: "*como podría ocurrir con el administrador de un circo que decide sustraer ilícitamente de los fondos de dicha empresa la suma de diez mil dólares en cada oportunidad que el circo termine una presentación; sin embargo el circo en mención ofrece una función cada semana en un lugar diverso, de tal manera que cuando el administrador terminó sus diez apropiaciones parciales con las cuales completó la suma que se había propuesto adquirir había realizado sus acciones naturalísticas en Lima, Quito, Cali, Bogotá, Medellín, Santa Marta, Barranquilla, Cartagena, Ciudad de Panamá* y *San José de Costa Rica".*

La reforma pretende, como dice su Exposición de Motivos, "evitar la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos", y para ello exige también la cercanía temporal y espacial de las acciones u omisiones que integran el delito continuado. No obstante, la falta de concreción subsiste, ya que los términos cercanía temporal y espacial así como plan preconcebido, siguen siendo demasiado genéricos, siendo asimismo cuestionable la exigencia de la cercanía espacial, ya que va a provocar resultados arbitrarios impidiendo la aplicación de sus reglas penológicas a supuestos idénticos diferenciados solamente por cuestiones de localización o movilidad espacial o geográfica.

Se mantiene la figura del delito continuado, pese a reconocerse que se ha ido renunciando a la misma en el Derecho comparado. Sus previsiones son genéricas y confusas (la redacción de la regla penológica) y sería deseable que si se pretende evitar el uso excesivo de esta institución, se afrontara una modificación de las penas de la parte especial, de manera que sean proporcionales a la gravedad y culpabilidad, y modificar, de manera más favorable, el tratamiento punitivo de la acumulación material de penas, con el fin evitar tener que recurrir al delito continuado para soslayar las consecuencias de un sistema penal en muchas ocasiones excesivamente duro.

JUECES para la DEMOCRACIA
INFORMACIÓN Y DEBATE

C. de Cabo Martín, Propuesta para un constitucionalismo crítico. **J. Igartua Salaverría,** Sobre el control de la discrecionalidad técnica. **R. Sarazá,** Recurso de amparo y recurso de casación civil. **J. M. Paredes Castañón,** La impunidad como práctica interpretativa. **J. Becares Guerra,** El derecho de huelga de jueces y fiscales. **J. L. Ramírez Ortiz-J. A. Rodríguez Sáez,** Custodia de seguridad, libertad vigilada y prisión permanente en el anteproyecto de reforma del Código Penal. **M. Carmena,** Quiénes matan y por qué. **F. L. Tamayo Arboleda,** El derecho penal: una mirada desde el cine. **C. González Zorrilla,** Discrecionalidad y control de la policía en una sociedad democrática. **L. Verzelloni,** Un estudio etnográfico de los tribunales italianos.

76 marzo/2013

NO PIENSES EN UN GENOCIDA

José Luis Ramírez Ortiz
Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

LENGUAJE

1.1. La lingüística cognitiva, de la que George LAKOFF es uno de sus exponentes más conocidos, ha destacado la importancia de los marcos de referencia en el ámbito del debate político. Concebidos como estructuras mentales que conforman nuestro modo de ver el mundo, forman parte de lo que se denomina el "*inconsciente cognitivo*", determinante del razonamiento. Todas las palabras se definen en relación a ellos, de modo que cuando oímos un significante se activa en nuestro cerebro su marco, ya que el mero uso del término evoca un determinado campo al margen de la sintaxis y del contexto lingüístico. Por esta razón, cuando leemos el título de este comentario, las imágenes que se nos vienen a la cabeza son, v.gr, las de Pol Pot, Adolf Hitler, Francisco Franco, Josef Stalin o Ríos Montt, pese a que el imperativo es claro: no pienses en un genocida.

Lakoff pone de relieve cómo en Estados Unidos los *think tanks* republicanos trabajan permanentemente en la utilización de los términos adecuados para activar los correspondientes marcos de referencia a fin de persuadir a los ciudadanos de la bondad de discutibles decisiones de gobierno. La denominada "Ley de Cielos Limpios" fue paradigmática. Sus redactores sabían que palabras como "*limpio*", "*sano*" o "*seguro*", encajaban en marcos de referencia del agrado de quienes defendían políticas de protección del medio ambiente. Por tanto, decidieron que había que emplear dichas palabras durante la tramitación de una Ley que, de hecho, aseguraba el incremento de la contaminación, pues al regular la emisión de los gases contaminantes de la industria, permitía, entre otras cosas, instaurar un mercado de venta de derechos de emisión de gases entre los diferentes Estados del país. No faltan ejemplos de este modo de operar. El cambio de nombre de la salvaje operación militar de respuesta a los atentados del 11S ("*Libertad Duradera*" por "*Justicia Infinita*"), se justificó precisamente en la necesidad de satisfacer cuantos mayores marcos de referencia fuere posible pues, según se advirtió, el sintagma "*Justicia Infinita*" resultaba ofensivo para los aliados musulmanes que consideraban que únicamente Alá estaba legitimado para impartir ese tipo de justicia.

Desde la izquierda estadounidense se propugna ganar el terreno perdido: frente a la apropiación del lenguaje por parte de la derecha no basta con ponerse a la defensiva debatiendo dentro de los marcos ya creados por los conservadores. Es necesario construir nuevos marcos, pues una vez que el marco se acepta dentro del discurso, la persuasión se facilita.

1.2. No es objeto de este breve comentario examinar la bondad de estas estrategias en el plano del debate político, sino destacar la influencia del pensamiento en marcos en el ámbito de la legislación penal y las contradicciones que genera en las organizaciones progresistas. En concreto, en aquéllas vinculadas al mundo del derecho. Aprovecharemos para ello el anteproyecto de reforma del Código Penal que, en la redacción de octubre de 2012, pasa a dar nueva redacción a los delitos de provocación a la discriminación y de negación del genocidio, de los artículos 510 y 607.2.

LOS DELITOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE OCTUBRE DE 2012

2.1. Las referidas figuras delictivas constituyen la traducción en el derecho interno de varios compromisos internacionales en la lucha contra la discriminación, con la finalidad de abordar el fenómeno de la proliferación de grupos que promueven actitudes de signo racista, xenófobo y antidemocrático. En concreto, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio y el Convenido Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965, aunque también cabe citar al artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966. Asimismo, en un contexto tendente a la armonización de los sistemas penales en el ámbito de la Unión Europea, era natural que se afrontara la cuestión en este marco. Fruto de ello, fue la aprobación de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

De hecho, la Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica la reforma en la necesidad de adaptar la regulación a la citada Decisión Marco, así como a la STC 235/2007, que, recordemos, admitió la constitucionalidad del artículo 607.2 CP siempre y cuando se interprete en el sentido de que se exige la acreditación en el caso concreto de que la justificación del genocidio suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración o cuando con se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

2.2. Ahora bien, conocedor el prelegislador de que palabras como "*genocidio*" o "*discriminación*" activan ciertos marcos de referencia de rechazo o desagrado, se aprovecha la situación para modificar la regulación limitando intensa e injustificadamente la libertad de expresión.

2.3. Injustificadamente, ya que el pretexto no es admisible: la Decisión Marco no exige la hiperextensión del ámbito de lo punible ya que, por una parte, el art. 7 de la misma autoriza a los estados a no implementar sus propuestas si contradicen sus libertades constitucionales de expresión, información y asociación, y, por otro lado, el artículo 1.2. permite que los Estados castiguen únicamente las conductas que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público.

2.4. Intensamente, atendida la dicción literal:

a) El vigente artículo 510 sanciona a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones

por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, así como a los que, con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación con las circunstancias antes enumeradas.

b) Por su parte, el vigente 607.2 sanciona la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el delito de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos.

c) Por lo que respecta al tipo básico, contemplado en el 510.1 a) del Anteproyecto, se amplía desmesuradamente ya que extiende la sanción a quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por los motivos ya expuestos.

d) Además, se crean tres nuevos tipos:

-510.1 b) Conductas lesivas a la dignidad personal de los grupos discriminados: Se sanciona a quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos.

-510.2 a) Conductas previas a las de difusión o reparto de los materiales discriminatorios y conductas de difusión y reparto: Se sanciona a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de algunos de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

-510.2 b) Apología de cualquier delito motivado discriminatoriamente: Se sanciona a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, parte del mismo o contra una persona determinada por razones discriminatorias, o a quienes hayan participado en su ejecución.

e) El vigente 607.2 pasa a convertirse en el 510.2 c) con el siguiente contenido: "Quienes nieguen, hagan apología, o trivialicen gravemente los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado que se hubieran cometido contra un grupo o parte del mismo por motivos racistas, antisemitas, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, y que hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos".

f) El artículo 510.3 regula la destrucción, borrado o inutilización de libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto de los señalados delitos, la retirada de contenidos de internet, y el bloqueo de portales de acceso preponderantemente dedicados a difundir contenidos discriminatorios.

g) Finalmente, se produce una elevación generalizada de las penas.

2.5. Como es, sin duda, conocido, el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales constituye un límite infranqueable tanto para el legislador, al establecer los tipos, como para el juez, al aplicarlos. Desde tal premisa, a nadie escapa la necesidad de observar una especial cautela en la concreta redacción y, en su caso, aplicación, de los tipos penales vinculados con el denominado discurso del odio y la discriminación, ya que pueden pugnar con dos libertades cruciales. Por un lado, con la libertad ideológica, que protege no sólo el derecho a tener las creencias que uno libremente adopte, sino también a manifestarlas. Pero también, con la libertad de expresión, comprensiva, en sentido amplio, tanto del derecho a creer y mantener opiniones sobre cualquier materia, como de comunicar ideas, opiniones e información a través de cualquier medio, y de preguntar y acceder a la información. Libertades que no se encuentran afectas a los condicionantes propios del sistema de "*democracia militante*", ajeno a nuestro ordenamiento.

2.6. Parece obvio que la preocupación del legislador no radica (o no debiera hacerlo) en las expresiones que integran el discurso en sí mismas sino en las consecuencias que se temen de ellas, por lo que su represión constituiría un instrumento preventivo de males futuros. Ahora bien, ello, unido a la naturaleza de los derechos fundamentales en juego, impone un ejercicio especialmente riguroso de autorrestricción. La reforma proyectada, por el contrario, multiplica los problemas que planteaba la regulación vigente dada su irrupción en el núcleo duro de los derechos fundamentales señalados facilitada por la notable imprecisión de los verbos típicos elegidos.

a) El nuevo tipo básico del artículo 510.1.a) sustituye el término "*provocar*", que había ocasionado complejos problemas interpretativos, por la tríada "*fomentar*", "*promover*" e "*incitar directa o indirectamente*" una actitud interna de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra grupos o personas por razón de su pertenencia al grupo.

Centrándonos en la "*incitación indirecta*", que trae causa de la STC 235/2007, el problema se desplaza al intérprete quien, en función de sus marcos de referencia, podrá extender el radio de

aplicación del precepto de modo incompatible con las libertades ideológicas y de expresión. Así, algunas Audiencias, en relación con el vigente 607.2, han interpretado erróneamente el par directo-indirecto poniéndolo en relación con el peligro actual-potencial, de modo que no se exigiría necesariamente la existencia de un riesgo cierto y próximo. Una interpretación más respetuosa con los intereses constitucionales en juego pasa por fijar la diferencia en las formas de incitación: directa o mediante alusiones o insinuaciones, pues que baste esa incitación indirecta no obsta a que se exija la actualidad del peligro, lo que impone un serio ejercicio de contextualización. Como dijo el juez HOLMES, en la opinión discrepante en Abrams v. United States (1919): "*Cada idea es una incitación. Se ofrece para ser creída y si se cree para ser puesta en práctica. La única diferencia entre la expresión de una opinión y la incitación en sentido estricto es el entusiasmo de quien se expresa en relación con el resultado. La elocuencia puede prender fuego a la razón. Pero se piense lo que se piense del discurso superfluo que tenemos ante nosotros, no tenía ninguna posibilidad de hacer estallar una conflagración en el presente*". En definitiva, el peligro potencial o abstracto sería consustancial a la mera expresión de ideas. Y, por ahora, parece claro que esa mera expresión de ideas no es punible, si hemos de creer lo que afirma la STC 235/2007.

b) Sin embargo, la lectura de los nuevos tipos nos aleja de tal afirmación al sancionarse v.gr. a quien lesione la dignidad de una persona mediante una acción que entrañe descrédito para los grupos a que se refiere el precepto o a quien posea para distribuirlo un soporte que por su contenido sea idóneo para incitar indirectamente a la discriminación contra un grupo, llegando al extremo de castigarse también a quien enaltezca al señalado poseedor. Difícilmente puede negarse la afirmación de que la reforma introduce una categoría de discurso prohibido *per se*.

c) Dando un paso más, el artículo 510.2 c) impone por vía penal un determinado entendimiento de la verdad, al sancionar a quien niegue determinados delitos declarados probados por Tribunales Penales Internacionales, si bien con la cláusula, al menos, de que con ello se promueva o favorezca un clima violencia, odio, hostilidad o discriminación.

d) Como norma de cierre, el artículo 510.3, al modo descrito por Ray Bradbury en la novela Fahrenheit 451, regula la destrucción de los soportes que contengan los discursos prohibidos, lo que encierra no pocas paradojas y nos abre paso a otra reflexión.

Los delitos que nos ocupan imponen, como decíamos, un riguroso ejercicio de contextualización. A título de ejemplo, no son infrecuentes los textos históricos que promueven conductas genocidas. La misma Biblia contiene numerosas exhortaciones al genocidio de pueblos vecinos. Fuera del contexto no hay juicio de tipicidad posible. Por expresarlo en otros términos: no es el texto que incorpora las expresiones el que colma las exigencias típicas, sino su funcionalidad en el contexto. Por ese motivo, la difusión de un texto de Adolf Hitler en un contexto académico sería penalmente irrelevante (esperamos), mientras que la difusión de determinados pasajes bíblicos, en determinados contextos bélicos, podría satisfacer el tipo penal, ya que podría favorecer un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación. De donde no cabría descartar, en función de las particularidades del caso objeto de enjuiciamiento, que la sentencia debiera imponer la destrucción de los ejemplares existentes de las Escrituras Sagradas, situación no exenta de problemas de índole práctica. En especial, por lo que a la ejecución se refiere.

MARCOS DE REFERENCIA Y RAZÓN ANALÍTICA

3.1. La lingüística cognitiva desempeña adecuadamente su función si los conocimientos que proporciona se destinan a detectar las falacias y la manipulación en el uso del lenguaje. Hacer empleo de sus recursos de cara al razonamiento práctico, en especial en ámbitos como el jurídico, empobrece el discurso disolviendo la idea misma de razón, sustentada en la de generalidad. Como indica NAGEL, la generalidad de las razones significa que deben regir en circunstancias idénticas así como en las similares de modo relevante.

3.2. Al pensar por marcos tendemos a hacerlo por estereotipos, lo que, trasladado al ámbito del derecho penal, desemboca en la proyección normativa por categorías o tipos de personas y no por hechos. La utilización de términos vagos (incitación indirecta, trivializar, fomentar) vinculados a otros fuertemente connotados (hostilidad, odio, discriminación) constituye un indicio de esta categorización. El reto de un derecho penal sustentado en una sociedad democrática es, precisamente, alejarse de la tentación de la persuasión para centrarse en el hecho concreto, con todas las dificultades y matices que queramos pero, en definitiva, insustituible.

3.3. Si al evaluar la reforma tenemos en mente a conocidos genocidas, es posible que incluso la estimemos corta. Pero si dejamos los marcos a un lado, y nos aproximamos al texto desde los presupuestos metodológicos de la filosofía analítica, tal vez nos sorprenda descubrir que la regulación proyectada permitiría sancionar a quienes sostienen discursos combativos antifascistas, o incluso a quienes defienden que quienes apoyan desde posiciones de poder determinados posicionamientos ideológicos en los durísimos tiempos que corren, deben sufrir las consecuencias de sus decisiones en las proximidades de sus domicilios. Si algo demuestra la historia es que en épocas de crisis se multiplican los límites a las libertades ideológicas y de expresión, y que "*las limitaciones impuestas a la discusión, cuando operan en la práctica, tienden inmediata y rápidamente a destruir toda la estructura de la libre expresión. Es muy difícil mantenerlas controladas; las excepciones probablemente se convertirán en la regla general*" (EMERSON).

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: de las faltas penales

Urko Giménez Ortiz de Zarate
Magistrado del Juzgado de Instrucción de Bilbao

A.-INTRODUCCIÓN: LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA

En los primeros comentarios que se han publicitado en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, cabe encontrar críticas coincidentes en relación a la ausencia de argumentos que ofrezcan una justificación real que debería acompañar una obra de la importancia que esta tiene. El Código Penal está siendo sometido durante los últimos años a una permanente revisión, ausente de debate, de reflexión profunda de los distintos operadores jurídicos. Por otro lado el incremento punitivo que está caracterizando las reformas de los últimos años, y también la que ahora se analiza, no se encuentra justificado en función de criterios de naturaleza técnico-jurídica o criminológica. Al menos, argumentos de esta índole no se advierten en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Esto mismo ocurre en el caso de la modificación que afecta a las falta penales, dado que se advierte que, sin perjuicio de la formal desaparición de estas infracciones, las conductas que actualmente son punibles como faltas, en su mayoría no solo desaparecerán, sino que se verán tipificadas como delitos leves. Eso sí, con un importante incremento en las cuantías de las penas, y sometidos al tratamiento propio de las previstas para los delitos, con alguna salvedad.

La Exposición de Motivos alude a la reforma de las faltas en dos títulos: en el primero, en el que aborda las modificaciones con carácter general, y se refiere someramente a las faltas; y en el título vigesimoctavo, dedicado específicamente a estas infracciones.

1.- En el **Título I** se afirma que la supresión de las faltas viene justificada por introducir reformas orientadas a "*incrementar la eficacia de la justicia penal*". Quizás esta aseveración permite extraer, al menos en parte, cuál es el pensamiento real de los autores del Anteproyecto. Porque sentado que la mayoría de las conductas se verán convertidas en delito, y aumentadas notablemente las penas, cabe concluir que el valor positivo buscado en el Anteproyecto, el de eficacia de la justicia penal, no es otro que el incremento punitivo. Sin perjuicio de que difícilmente se pueden valorar parámetros de eficacia sin analizar el procedimiento de investigación, el de enjuiciamiento, y el de ejecución.

También se afirma que la supresión "*debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores, que, en gran parte, puede encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles*". Cómo posteriormente argumentaré, discutible, porque no son tantos los tipos que formalmente desaparecen (se convierten en delito), y menos si analizamos desde la perspectiva de la realidad de los juzgados, los números de infracciones enjuiciados en procesos de juicios de falta.

Por las mismas razones, otras de las afirmaciones referidas a las faltas, que "*viene orientada por el principio de intervención mínima*", resulta contradicha tras un somero análisis del articulado propuesto bajo la modalidad de "delito leve".

2.- El **Título XXVIII**, referido a las faltas, comienza con un primer párrafo que hace referencia a la necesidad de primar "…*la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales*…; y a que *"…el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad.* También se dice que *"Una buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta, por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento*".

No hay, en la justificación de la pretendida supresión, alusión alguna a incidencia que la modificación puede tener en derechos fundamentales afectados en el marco de un sistema punitivo. Se dice expresamente que "*conductas como faltas penales obedece a simples razones de política criminal, que en el momento actual carecen de suficiente justificación*". Lo que se justifica porque la explicación está referida a la pretendida supresión, pero no a la tipificación de las conductas como "delito leve". Esto es, parece que los redactores del Anteproyecto han insistido o exagerado, en su explicación, las pretendidas bondades de todo aquello que parece atenuar el rigor punitivo, pero se silencian la mayoría de modificaciones que lo agravan: la elevación generalizada de las penas; o el tratamiento de delito (antecedentes penales).

B.- DELITO LEVE Y SUS PENAS

1.- El delito leve. Según se irá detallando, la reforma convierte la mayoría de conductas en la actualidad tipificadas como falta en una nueva categoría, el delito leve.

El delito leve es el que se castiga con pena leve. Si bien, si la pena que prevé el tipo concreto, puede considerarse como leve o como menos grave, el delito será leve (artículo 13). Esto es, no hay una necesaria correspondencia directa entre tipo de infracción (menos grave y leve) y cuantía de pena, sino que la categoría de delito leve puede conllevar pena leve o menos grave. Por lo tanto, prácticamente y con alguna excepción, la diferencia de denominación de la infracción entre leve y menos grave, será poco relevante y escasamente definitoria, porque dependerá de la pena que recaiga. Y la imposición de la cuantía de pena para diferenciar la que corresponde al delito leve, multa inferior a dos meses, o superior (delito menos grave), dependerá de elementos valorativos contenidos en cada uno de los tipos, como se irá analizando.

Veremos esto más concretamente al abordar los tipos de lesiones y de hurto, que quizás sean los que resultan enjuiciados en mayor número de ocasiones en el día a día de los juzgados de instrucción.

2.- Las penas. Son penas leves las previstas en el artículo 33.4. La localización permanente no se prevé para los delitos leves (solo se dará como sustitutiva de la multa); y los trabajos en beneficio de la comunidad desaparecen. Justifica la Exposición de Motivos estas

desapariciones por razón de que son más gravosas para el condenado y por problemas para llevar a cabo su ejecución. El primer motivo es, desde una mera perspectiva de la experiencia en el enjuiciamiento de las faltas, cuestionable, si advertimos los numerosos casos en que los propios condenados, ofrecida la opción, escogen la pena de localización y rechazan la multa. En cuanto al segundo, sin perjuicio de que no se especifican cuáles son esos problemas, probablemente es la consecuencia lógica de una falta de interés general de las administraciones, de que esta modalidad de pena cumpliera su finalidad.

Por lo tanto, la pena de multa viene a ser la única prevista como pena principal.

Por otro lado, las prohibiciones del artículo 48, que podían durar hasta 6 meses, ahora podrán hacerlo hasta 1 año.

3.- Otras modificaciones. Los delitos leves tienen un plazo de prescripción de un año. Como no se prevé especificación o excepción alguna a lo dispuesto en el artículo 13, habrá que concluir que también tiene este plazo, habrá que concluir que también rige este plazo cuando la pena a imponer sea menos grave, a un delito considerado leve. Es decir, que cuando la pena prevista en la norma sea de uno a tres, a diez, o hasta doce meses; el plazo de prescripción debería ser de un año.

La cancelación de antecedentes penales tiene previsto un plazo de seis meses, para las penas leves.

Por otro lado, no se tienen en cuenta las condenas por delitos leves (que por lo tanto, y según se ha indicado, parece que pueden ser con penas leves o menos graves), para la posible suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad del artículo 80 del Código Penal.

C.- PARTE ESPECIAL

Título I: Faltas contra las personas

1.- Lesiones. En relación con el tipo de lesiones, la modificación sustancial consiste en integrar la conducta en modalidad delictiva, de modo que no desaparece. En todo caso la causación de lesión, con independencia de su consideración o alcance, es delito. La conducta (que era falta) se ubica en el apartado 2 del artículo 147, esto es, se integra en la misma definición del subtipo atenuado ya existente, relativo a que el hecho "…sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido", sin alteración alguna.

La pena será de prisión de tres meses a seis meses o multa de uno a doce meses, de modo que, si la pena que se impone es de prisión, el delito será menos grave; y si es de multa, será considerado delito leve (según se dijo anteriormente), aún cuando la pena, siendo superior a dos meses, correspondiera a delito menos grave conforme al contenido del artículo 33.

En cuanto al maltrato de obra sin causar lesión, se integra en el apartado 3 del artículo 147, con previsión de pena de multa de uno a dos meses. Se produce por lo tanto un notable aumento de la pena, que era de diez a treinta días, equiparándose a la pena que corresponde al delito leve de lesiones.

Por otro lado, tanto el subtipo agravado de delito (que incluye la extinta falta), como el maltrato, solo son perseguibles mediante denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal. Cabe apuntar además que la denuncia previa se exige para todo delito menos grave, esto es, para todo supuesto del artículo 147.2.

Las conductas imprudentes desaparecen, de modo que las lesiones (y la muerte) causada por imprudencia serán impunes, reconduciendo el ilícito a la jurisdicción civil. Cabe valorar positivamente que la vía civil con carácter general debe ser suficiente para reprimir las conductas y resarcir al perjudicado, si bien quizás se coloca el umbral de relevancia penal de ciertas conductas imprudentes demasiado alto, al exigirse siempre imprudencia grave.

2.-Amenazas y coacciones. La amenaza leve (artículo 171.7) y la coacción leve (artículo 172.3) pasan a ser delito, integrándose como subtipos atenuados. Se mantiene el presupuesto de perseguibilidad actual, de denuncia de persona agraviada o representante legal. La única alteración por lo tanto afecta a las penas, que se elevan notablemente, dado que pasan, de multa de diez a veinte días, a multa de uno a tres meses.

Al igual que ocurría en el caso de la falta de lesiones, existe un tramo, de multa de dos a tres meses, en que se considera leve el delito, aún cuando se prevé pena menos grave (y no leve).

3.-Destipificación. Desaparecen las conductas de injurias y vejaciones (artículo 620.2º). También los tipos contra las relaciones familiares de incumplimiento de régimen de visitas (artículo 618.2), y de infracción de régimen de custodia (artículo 622); los de incumplimiento deberes asistencia, de menores (artículo 618.1), y de mayores y discapacitados (artículo 619). Y como ha sido referido, los tipos imprudentes.

Título II: Faltas contra el patrimonio

En general, las conductas pasan a ser delito, con independencia de la cuantía o valor del objeto, del perjuicio, o de la defraudación. Siguiendo el criterio ya apuntado, las penas pueden de de dos a tres meses, existiendo un tramo (de más de dos hasta tres), en que la pena, menos grave, se impone a un delito leve.

1.-Hurto. Si el hecho es de escasa gravedad (por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima), la pena es de multa de 1 a 3 meses. Si bien no puede ser de escasa gravedad, cuando el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros.

Tampoco será escasa gravedad cuando concurran circunstancias de los artículos 235 ó 235 bis. En el primero de los preceptos, destaca la nueva circunstancia relativa a que "el autor actúe con profesionalidad", que se define "cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional".

Por lo tanto, por un lado, se eleva la pena notablemente, que

puede llegar hasta 3 meses, y que solo es aplicable a valores inferiores a 1.000 euros.

2.- Otras faltas patrimoniales: modalidades de sustracción y defraudación. Siguiendo la misma técnica, de introducción de elementos valorativos determinantes de una escasa gravedad, se prevén delitos leves (que se castigan con penas a partir de un mes, y superando el límite de los dos meses) para conductas de sustracción de cosa propia (artículo 236); alteración de términos de lindes, señales, mojones (artículo 246; en este caso, desapareciendo la necesidad de denuncia previa para perseguir el delito); distracción curso de aguas (artículo 247); estafa (artículo 249); apropiación indebida (artículo 253); defraudaciones (artículo 255); uso de terminales de comunicación (artículo 256); y las conductas contra la propiedad intelectual e industrial (artículos 270 y 274).

No se prevé la tipificación como delito leve de la conducta de hurto de uso de vehículo de motor inferior a 400 euros: esta conducta siempre será delito.

3.- Daños. Se sigue el mismo método de calificación en función de la escasa gravedad. El tipo básico (artículo 263) que tipifica los no comprendidos en otros títulos del Código, se castiga como delito leve si el hecho fuese se escasa gravedad, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño (multa de uno a tres meses). No serán de escasa gravedad cuando el valor del daño sea superior a 1.000 euros (siempre delito menos grave).

También se convierte en delito leve los daños especiales, en archivo, registro, museo, etcétera (artículo 323: en este caso la pena de multa es de 2 a 12 meses).

4.-Destipificación. Respecto de la conducta de deslucimiento bienes, dice la Exposición de Motivos que esta figura "puede reconducirse a la figura de los daños cuando revista cierta entidad o acudir a un resarcimiento civil"; en el caso de bienes de dominio público, a la sanción administrativa.

Recordar aquí que la reforma del Código Penal introdujo en la falta del artículo 626 la mención "muebles", ante la interpretación de algunas Audiencias Provinciales que entendía que el deslucimiento (graffitis) en ningún caso podría constituir daños, y quedaban impunes. Según esta interpretación, se habrán despenalizado las "pintadas".

No se prevén las conductas defraudatorias a la Hacienda de las Comunidades Europeas, ya derogadas en el actual Código Penal por la Ley Orgánica 7/12.

Título III: Faltas contra los intereses generales

1.- La expendición de moneda falsa (sellos, etcétera, del artículo 630). Se tipifica como delito leve, siguiendo la técnica de configurar la conducta como subtipo atenuado en base al escaso valor, pero sin el límite de 1.000 euros (artículos 386 y 389).

2.- Conductas relacionadas con animales y plantas. La conducta de dejar suelto un animal feroz o dañino, artículo 631, pasa a ser delito de tenencia de animal potencialmente peligroso, pero ahora, creando un peligro para la vida o integridad de las personas, artículo 385 ter (que integra un nuevo capítulo en el título de delitos contra la seguridad colectiva). La pena de multa de 20 a 30 días, pasa a multa de 1 a 6 meses.

Abandonar un animal doméstico (artículo 631), ahora también a uno amansado, se tipifica como delito, y la pena pasa de multa de 10 a 30 días, a multa de 1 a 6 meses.

Los actos contra la flora amenazada (dañar, quemar, cortar, traficar: artículo 632.1) cuando no se causa grave perjuicio para el medio ambiente, se castiga como delito (artículo 332.2). La pena de multa de 10 a 30 días (o de trabajos, que desaparece) pasa a multa de 1 a 4 meses).

El maltrato animal en su modalidad más leve (artículo 632.2) se tipifica como delito (artículo 337.4), y la pena pasa de multa de 20 a 60 días (o de trabajos, que desaparece) a multa de 1 a 6 meses.

3.- Destipificación. Desaparece la conducta de abandono de jeringuillas y otros instrumentos peligrosos.

Título IV: Faltas contra el orden público

1.- Faltas contra el orden público. Desaparecen, tanto la falta de respecto, como la desobediencia leve. Ahora bien, desde una perspectiva práctica que ofrece la realidad diaria en un juzgado de instrucción, cabe dudar que las todas las conductas que actualmente se enjuician como falta se transformen en infracciones administrativas. La gran variedad de acciones concretas (que los atestados definen como "aspavientos", "manotazos", "forcejeos", "abalanzamientos"; o intentos de agresión, de patadas, de manotazos…) provoca cierta dificultad de mantener criterios constantes y perfectamente perfilados a la hora de distinguir delito o falta. Prueba de ello es incluso la existencia de criterios diferenciados en juzgados de distintos territorios.

En muchos casos la falta constituye un espacio residual para cobijar conductas que, excediendo de las meras expresiones verbales, se entiende que no son tan graves como para tipificar un tipo de resistencia, y menos de atentado. Sobre esos antecedentes, cabe considerar que previsiblemente lo que vaya a producir la modificación normativa, al desaparecer ese espacio residual que cobije conductas leves, es que sean tratadas como delitos. Esto es, la probabilidad de que cualquier exceso de un mero desprecio verbal, sea calificado como delito. Por ejemplo, el caso de la típica definición de los atestados de "forcejeo", que el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 3 de abril de 2009, estableció que era falta.

2.- El allanamiento de morada de persona jurídica, fuera de horas de apertura (artículo 635), se convierte en delito (artículo 203.2), y de una pena de multa de 1 a 2 meses (desaparece la localización permanente), pasa a multa de 1 a 3 meses.

3.- El uso indebido de uniforme, insignia, traje (artículo 637); también se convierte en delito (artículo 402 bis). La pena pasa de multa de 10 a 30 días (la localización desaparece) a multa de 1 a 3 meses.

4.- Destipificación. Desaparecen: la alteración leve del orden en determinados actos (artículo 633); la realización de actividades careciendo de seguros de responsabilidad civil (artículo 636); atribuirse públicamente la cualidad de profesional (artículo 637).

D.- ALGUNOS APUNTES PARA CONCLUIR.

Tras el análisis que acaba de exponerse cabe concluir que son pocas las conductas que deberán desaparecer, y en todo caso menos de las que cabría esperar a tenor de la Exposición de Motivos. Casi todas las conductas actualmente existentes serán delito leve, o menos grave. Desde una visión del día a día en los juzgados de instrucción, atendidas las ocasiones en que son enjuician algunas de ellas, vemos que parte de las que desaparecen son residuales, como el abandono de jeringuillas. Quizás sea la falta de imprudencia leve, en cuyo enjuiciamiento se ventilan lesiones derivadas de accidentes de circulación, aquélla cuya desaparición tenga mayor efecto. En el

supuesto de las faltas contra el orden público, en muchos casos habrá que esperar qué criterios se adoptan en los juzgados (también las fiscalías), ante la tesitura de tener que sobreseer.

Ahora bien, probablemente valorar las repercusiones que las modificaciones deban tener en la práctica, no pueda hacerse sin tener en cuenta la reforma de la normativa procesal que ha sido anunciada, el Código Procesal Penal, que ya está previsto en las disposiciones transitorias del Anteproyecto de Código Penal. De modo que el inicio de la vigencia de las normativas, sustantiva y procesal, sea simultánea. En efecto, en la actualidad conforme a los procedimientos que tramitamos, la determinación de si la conducta es delito o falta, debe tener lugar inicialmente, a fin de saber si el proceso adecuado son las diligencias previas o es el juicio de faltas, de modo que el elemento diferenciador (en lesiones, por ejemplo, la existencia de tratamiento médico o quirúrgico; o el valor inferior o superior a cuatrocientos euros en otros tipos) debe ser uno de los objetos iniciales de las diligencias a practicar. Sin embargo, trasladada la instrucción al Ministerio Fiscal, y sin que exista distinción alguna en el procedimiento a tramitar, el elemento diferenciador del delito grave o menos grave no es determinante acaso sino de la pena a imponer, en la fase de enjuiciamiento. Ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir al "juicio directo", que en el proyecto de Código Procesal sustancialmente va encaminado a enjuiciar hechos "flagrantes o de investigación sencilla", pero en el que el tipo de pena y su duración resulta irrelevante a esos efectos. Y del "proceso por aceptación de decreto", que es un proceso especial que tiene por objeto lograr una conformidad. Se inicia por la decisión del Ministerio Fiscal de incoarlo para hechos que conlleven pena de multa (o prisión sustituible por multa, o privación del derecho a conducir vehículos de motor). Se cita a una comparecencia al denunciado ante el Tribunal de Garantías, que tiene por objeto la aceptación o conformidad. Si no comparece, no acepta, o el Tribunal no da su autorización (por no concurrir los presupuestos), continúa el procedimiento ordinario. Si el denunciado acepta, los efectos son los propios de una sentencia.

Por otro lado, existen otros aspectos que pueden incidir en que no exista una correspondencia entre la modificación formal de los tipos sustantivos, y la realidad de lo que vaya a ser enjuiciado. Así, debe tenerse en cuenta que el tipo de lesiones en el Anteproyecto de Código prevé, para todas las lesiones del artículo 147.2, la denuncia previa. De otro lado, el proyecto de norma procesal prevé que únicamente podrá el Ministerio Fiscal archivar la denuncia sin iniciar la investigación cuando se trate de delitos contra el patrimonio sin violencia ni intimidación y "no sea razonablemente previsible la identificación de los responsables" (esto es, único supuesto de sobreseimiento provisional directo por falta de autor conocido). En el aspecto sustantivo, veremos qué criterios se van imponiendo para delimitar la consideración de delito de lesiones cometida por imprudencia grave, de acciones y omisiones imprudentes no punibles, una vez desaparecido el espacio intermedio que supone la falta actual. O, según se apuntó, el umbral inferior de los delitos contra el orden público, que determinará la infracción administrativa.

Según ha quedado reflejado, destaca el extenso margen de pena que es posible recorrer en determinadas conductas, en función de elementos que la atenúan y que sirven para delimitarlas y diferenciarlas de los delitos menos graves o graves (escasa gravedad, escaso valor), que incluso en algunos casos va de un mes a doce meses. Y relacionado con esto, ciertas incoherencias, o al menos, consecuencias punitivas desproporcionados. Así, a modo de ejemplo, el legislador ha optado por exigir denuncia previa (y por lo tanto, cede la obligación de investigar de oficio sin el presupuesto de perseguibilidad), en lesiones que pueden ser castigadas con penas de tres a seis meses de prisión, y sin embargo castiga (sin exigir denuncia previa) la tenencia de un animal potencialmente peligroso, creando un peligro para integridad de las personas, con multa de hasta seis meses (esto es, como un delito de lesiones menos grave). Permite que las lesiones menos graves queden sin persecución penal, pero no la alteración de lindes o mojones, para la que prevé una multa de hasta dieciocho meses (calificándolo como delito menos grave siempre). En cambio queda impune la imprudencia simple causante de muerte.

En síntesis, cabría concluir que se produce un incremento de la gravedad del castigo a los ataques contra la propiedad e infracciones contra el patrimonio, y una flexibilización en relación con los bienes personales como la integridad física, o incluso la vida (necesidad de denuncia previa en las lesiones, destipificación de la imprudencia). La explicación sobre el primero de los efectos está ausente en la Exposición de Motivos; las razones del segundo estaría, según expresión contenida en el título XVIII de la introducción del Anteproyecto, referido específicamente a la modificación en las faltas, en que "*debe primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad.*

¿CÓDIGO PENAL EN IGUALDAD?

Nekane San Miguel Bergaretxe
Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia y
coordinadora de la Comisión de Igualdad de JpD

Hace unos años y con ocasión de una de las múltiples reformas de las que viene siendo objeto el Código Penal español , miembros de esta Asociación JpD y divers@s juristas, firmamos un Manifiesto titulado "por un debate político-criminal racional", entre cuyos contenidos me permito subrayar aquí, el énfasis que dábamos a la necesidad de que, para afrontar los problemas de la delincuencia, resultaba imprescindible evaluar, en primer término, el campo y el alcance de las desviaciones en las relaciones de la convivencia social. Para ello, sugeríamos la necesidad del análisis y los estudios estadísticos serios y objetivos, a cargo de equipos multidisciplinares, con el fin de trasladar a la opinión pública los datos resultantes ya que, en democracia, la voluntad popular sólo puede conformarse adecuadamente a partir del conocimiento que hace posible una información rigurosa (artículo 6 CE). Y seguíamos explicando que, una vez identificado el fenómeno desviado al que habría que hacer frente, deberá seleccionarse el instrumento idóneo, porque la política criminal ofrece un amplio abanico de opciones de muy diversa índole: social, educativa, económica y, también, jurídica. En este contexto, el recurso al derecho penal es sólo una de las técnicas disponibles, pero no la única.

Esos datos, imprescindibles para una reflexión sosegada y para obtener resultados eficientes y eficaces, siguen sin ser recabados, y más bien parece que no interesen a los partidos mayoritarios, que, a

la postre, son quienes legislan a través de sus "expertos" que redactan las propuestas legislativas "*utilizando en la materia procedimientos sesgados, de técnicas propagandísticas dirigidas a deformar la percepción social del riesgo generado por alguna clase de delincuencia y a crear un injustificado clima de alarma, buscando rentabilizarlo en las urnas"* (aludido manifiesto).

Si podemos mantener lo expresado en las líneas anteriores con carácter general, qué decir en relación con la obtención y el análisis de datos con la igualdad presente como principio y derecho básico. Igualdad entendida en relación con la proporcionalidad y adecuación de la respuesta penal en consideración a los bienes jurídicos quebrantados o afectados por el hecho delictivo, pero también en referencia al tratamiento igualitario de hombres y mujeres, en y por el derecho penal en la expresión del código penal en vigor, o en la propuesta para sus reformas.

Escuchamos y leemos que el código penal es neutro, que describe conductas, y que en la descripción de los elementos de cada tipo penal no es posible diferenciar el sexo del autor. También, y partiendo de esa "neutralidad" (entendida en la acepción derivada del calificativo anteriormente empleado) se explica que, en todo caso, lo que procederá analizar es la aplicación e interpretación de los tipos penales en función del sexo de la persona que ha cometido el hecho delictivo, y a través de los resultados, valorar si las sentencias tienen o no sesgo sexista, porque, se nos reitera, la redacción de la norma no contiene tal sesgo.

Quizás merece atención uno de los datos constatados hasta fechas recientes, cual es el de menor número de mujeres condenadas que hombres. Podríamos poner en relación este dato numérico con la referencia a que el recurso al derecho penal se produce cuando los poderes públicos constatan que las formas de control social vigentes no parecen suficientes para hacer frente a conductas que se estiman perjudiciales para la convivencia asentada en valores asumidos colectivamente, pero tampoco está de más recordar que, en ocasiones, este recurso al derecho penal se considera una huida, una muestra de incapacidad para activar formas de control menos lesivas, formales e informales, y que sean eficazmente disuasorias en aras de evitar ese tipo de comportamiento que envilece las relaciones entre las personas. Si se nos explica que interviene el derecho penal cuando han fallado otros mecanismos de control social, parece interesante examinar porqué estos otros modos de control han funcionado y funcionan con mayor eficacia cuando de mujeres se trata, porque parece que a ellas (a nosotras) nos cuesta más llegar a la transgresión que supone el delito que a ellos. También son múltiples las referencias a que el modo de delinquir es diverso en hombres y mujeres, tanto en función de las características y elementos de los tipos delictivos más frecuentes en función del sexo de sus "autores" como valorando el modo y grado de participación en cada clase de delito. Junto con estos datos, otro aspecto que diversas estudiosas del tema han puesto sobre la mesa (Prof. Elena Larrauri, entre otras) es que el diseño y previsión en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad en el vigente Código Penal, responde igualmente a un modelo androcéntrico: Se modifica la responsabilidad penal (básicamente en lo que a las eximentes y/o atenuantes se refiere) atendiendo a pautas de comportamiento masculinas.

Podríamos continuar con la repercusión personal en el caso del cumplimiento de las penas, y un largo etcétera, pero todas somera enumeración no hace sino ahondar en "la necesidad del análisis y los estudios estadísticos serios y objetivos, a cargo de equipos multidisciplinares" también desde nuestra perspectiva de mujeres, o contando con el dato del sexo de las personas.

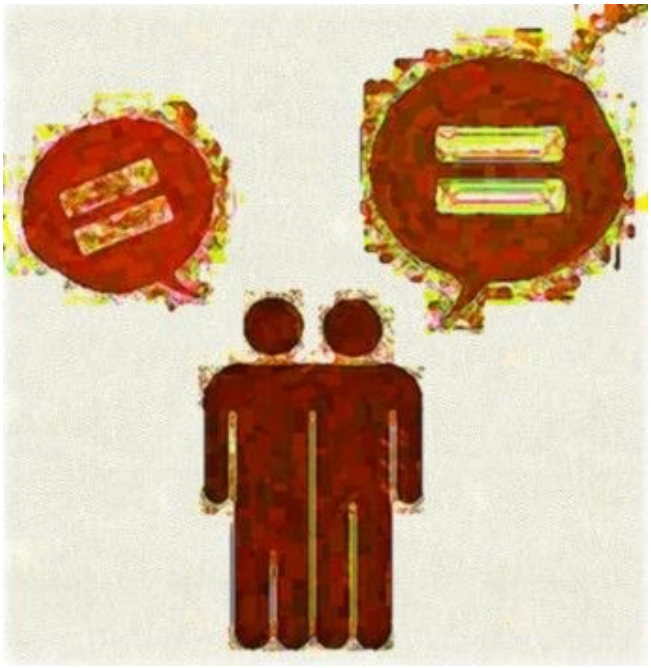
Pedir que se nos castigue por igual puede querer decir "que se castigue más que hasta ahora a las mujeres", y no es esto lo que planteo: No únicamente en lo esbozado, sino en la propia "dicción", en la descripción de los tipos penales, y en el contenido del Código en general, quien ha legislado tiene claro que confecciona la norma pensando en el "hombre delincuente" (vocablo utilizado con frecuencia en tratados antiguos y actuales). Los tipos penales comienzan por aquello de "EL QUE….", y cada día me planteo si, cuando "el que" ha resultado ser "la que" y la condeno, no estaré realizando una aplicación analógica extensiva, prohibida en un derecho penal garantista que también exige una taxatividad en la descripción de conductas, sujetos y sujetas. El tratamiento androcéntrico "engulle" de plano la diferencia, e invisibiliza el sexo femenino en esa única referencia al género gramatical masculino en la redacción de los tipos penales…..En fin!!!!, en la última propuesta de reforma, sí que leo alguna tímida referencia a *"…quienes ejecutaren…."* ¿avance?

Pero además de la condición de sujeta activa del tipo penal, la mujer es igualmente "pasiva", víctima, ofendida y/o perjudicada por el hecho delictivo, y parece ésta la posición, aún hoy en día, más acorde con la idea más extendida del papel de la mujer en la sociedad, y en mayor medida, si cabe, en su "admisible" condición en el proceso penal: *para ser víctima has de ser pasiva, nada has debido realizar para merecer el mal que dices padecer y haber padecido* (Justicia Penal y libertad femenina.- Tamar Pich en "Género y dominación" Críticas feministas del derecho y el poder.- Comps. Bodelón y Nicolás.- Ed.Anthropos.-) y también se nos critica a las feministas que enfaticemos esa idea de pasividad, cuando en las críticas al derecho penal, insistimos en la necesidad de penar conductas que atacan la igualdad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Se nos recuerda que un derecho penal garantista ha de respetar el principio de intervención mínima y ultima ratio antes aludido; que la respuesta penal ha de reservarse únicamente para el ataque de bienes jurídicos importantes, los más importantes; que además de la entidad del bien, el ataque ha de ser intolerable e importante; y que no se haya podido salvaguardar con otros recursos o respuestas, ese interés, ese bien, ese derecho merecedor de protección.

Ahora bien, muchas de nosotras decimos que esa invocación del derecho penal como "ultima ratio" de la intervención de los poderes públicos, es recurrente cuando aparecen tipificadas de modo específico, conductas que se penan para tratar de proteger derechos y valores cuyos sujetos son mayoritariamente mujeres, y que vienen dando lugar a la formulación de tipos penales no previstos hasta ese momento. Así lo recuerda Elena Larrauri ("Criminología crítica y violencia de género") cuando explica que la doctrina penalista objeta estos nuevos tipos (entre ellos el acoso sexual) porque: a) ya están castigados en otros delitos; b) porque amplían desmesuradamente el alcance del derecho penal; y c) vulneran el principio de intervención mínima. Lamentablemente, la alusión al argumento se efectúa, mayoritariamente, cuando de este tipo de delitos se trata, o de aquellos delitos cuyos sujetos se prevén los no "habituales clientes" del derecho penal de los y para los pobres (como lo considera parte de la doctrina en confrontación con el derecho civil y mercantil asimilado a "derecho de los ricos"). También por todo ello, y como vienen manteniendo diversos sectores doctrinales, no se trata tanto (o tan solo) de una mínima intervención, sino de una revisión del derecho penal sustentada en la necesidad de tutela penal de

intereses y derechos, que, hasta este momento, no han aparecido como merecedores de protección por este orden jurisdiccional.

He leído y escuchado con atención a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo cuando plantea la necesidad de tomar en consideración los nuevos riesgos que han aparecido en nuestra sociedad, valorando la necesidad de protección penal de derechos que se ponen en riesgo por medio de conductas no contempladas como constitutivas de delito hasta hace nada. Pero no considero que se trate únicamente de "los nuevos" modos de ataque a derechos; sino que, en esa reconsideración del derecho penal, observo la necesidad de incluir conductas que, habiéndose manifestado a lo largo de los siglos (y no son "nuevas" por ello) no han merecido protección con el recurso a la pena. Creo que habremos de tratar, no tanto de ampliar tipos de conductas, sino de sustituir, de reordenar lo que tradicionalmente ha estado en el ámbito del derecho penal, máxime en la vertiente del valor simbólico del derecho punitivo, habida cuenta de que su contundente respuesta se ve en relación y proporción con la entidad, con la intensidad también de los valores atacados por las conductas



encajadas en un Código Penal.

Como ejemplo de esa necesidad de "reordenación" apunto a una cuestión que no considero convenientemente resuelta, ni desde el punto de vista de una sistematización acorde con el valor que trata de proteger cuando se enuncia, ni con la necesidad de apuntalarlo en datos (en relación con lo reseñado al inicio). En la Exposición de motivos de la L.O. 1/2004, se aludía a que la *"Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres…*, y en su artículo primero, se insistía en que *"la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, para, seguidamente, circunscribir el ámbito de actuación e intervención específica, únicamente a *quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.* Si el ataque a las mujeres en los términos que se indican es una cuestión de primera magnitud, la reordenación de los tipos delictivos que atacan a ese valor que se trata de proteger es inexcusable, pero para ello también es imprescindible *"….el análisis y los estudios estadísticos serios y objetivos, a cargo de equipos multidisciplinares…."*

Son varios los tipos delictivos que delimitan conductas cuyo primer objeto de ataque es la igualdad y a la dignidad de la mujer, y es probable que esos análisis…. de lo habido hasta el momento en las noticias (y condenas, cuando las hay) que recibimos en juzgados y tribunales, hubiera permitido establecer las bases para valorar si ello es así en la práctica diaria, es decir, si existe una especificidad en el ataque, y desde tal constatación, siquiera desde el punto de vista del valor simbólico (que no es baladí) que conlleva, insisto en, siquiera plantear, una sistematización, una reordenación en torno a ese valor, que sí parece merece el recurso a la pena para protegerlo de los ataques más virulentos.

Al igual que algunas reformas anteriores, aparecen alusiones en la propuesta o proyecto. Cito las contenidas en los arts. 510, bis y ter; 515…… :*Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía,.*

b) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos). Pero esas alusiones a la discriminación, hostilidad, odio….hacia las mujeres….se diluyen entre otras que tienen, sin duda, diferente repercusión, porque ésta que pongo de manifiesto afecta a más de la mitad de la población y, sin embargo, se le da idéntico tratamiento al de las "minorías" y/o "excluidos".

Quede claro que no abogo por una mayor exacerbación punitiva: No pido más pena que las ya previstas cuando el sujeto afectado sea la mujer, ni como persona individual ni cuando se atacan valores concernidos a la mitad de la población. La respuesta punitiva, en este Código (el de 1995 y las siguientes modificaciones) me parece excesiva en general, y también en la materia que nos afecta si las mujeres somos "sujetas pasivas": Insisto en lo que múltiples juristas vienen reclamando: Un análisis y una evaluación de los datos que se obtengan desde varias disciplinas en lo que consideramos "desviaciones que se estiman perjudiciales para la convivencia asentada en valores asumidos colectivamente", pero en la que tenga un lugar específico el valor de la igualdad y la dignidad de la mujer, y, por ende, los ataques a los valores ínsitos en esos parámetros, para, a partir de ahí, rediseñar, sistematizando, los tipos penales que atiendan a las conductas más graves.

Y aunque no afecte de modo exclusivo a las cuestiones relacionadas con lo reseñado hasta el momento, no me resisto a finalizar proponiendo un aspecto que nunca he conocido cuando de la elaboración de propuestas legislativas se trata: Nunca aparece una memoria económica ni una previsión de los medios con que se cuenta, ni aquellos que servirán en adelante para dar la respuesta en la práctica. También parece prudente examinar (no únicamente en lo que a delitos cometidos por mujeres, ni a delitos sufridos por mujeres, sino en todo el diseño) qué coste, de todo tipo (económico, personal, etc…) conlleva castigar así y si lo que cuesta condenar y cumplir condena por determinados tipos penales, compensa la entidad de determinadas transgresiones.

INCIDENCIA DE LAS REFORMAS DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 2012 EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GENERO

Comisión de Violencia de Género de JpD

El informe previo presentado en el Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012 por el Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal, por el que se iba proceder a la revisión del sistema penal para dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia, a la multirreincidencia y a los delitos más graves, no preveía modificaciones en los tipos penales específicos directamente relacionados con la tutela penal de la violencia sobre la mujer conforme a la regulación establecida en el Título IV de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, salvo la derivada de la supresión de las faltas y la conversión en delitos de escasa gravedad aquellas faltas con suficiente relevancia penal.

Es en el mes de octubre de 2012 en el texto aprobado por el Consejo de Ministros cuando, a instancia de diversos ministerios, se efectúan modificaciones con la introducción de nuevas figuras delictivas, especialmente relevantes en materia de violencia sobre la mujer, como la tipificación del matrimonio forzado, los actos reiterados de acecho u hostigamiento, la divulgación no autorizada de grabaciones íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima y la inutilización de dispositivos electrónicos utilizados para controlar el cumplimiento de las penas, destacándose por los órganos competentes el avance que supone en nuestro ordenamiento la tipificación de estas conductas para seguir luchando contra la violencia sobre la mujer pero obviando que la pretendida tutela no es tal, ni en estos nuevos tipos penales, ni en las modificaciones que a la par se efectúan en la parte general.

Empecemos por lo que puede haber sido un olvido o errata en la redacción del proyecto, razón por la cual se explicaría que ni el informe del Consejo General del Poder Judicial ni el de la Fiscalía General del Estado se refieran a esta omisión, pero lo cierto es que, de no corregirse, desaparecerá del Código penal la agravación que se prevé en el segundo párrafo del art.173.2.CP para los casos en los que los delitos de violencia física o psíquica habitual se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art.48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza, puesto que el proyectado art.173.2 consta de un solo párrafo en el que únicamente se modifica la referencia que en la actualidad se contiene a las faltas, como consecuencia de la desaparición de las mismas. Estas agravaciones no son superfluas en esta materia en la que la comisión delictiva en el domicilio facilita su perpetración e impide el auxilio de la víctima por terceras personas, el uso de armas o la presencia de los hijos menores supone un plus de sufrimiento de la víctima y el quebrantamiento de las medidas o penas una manifestación del desprecio por las normas y las resoluciones judiciales que deben hacer acreedor al condenado de una agravación.

Por otra parte, la despenalización de las faltas y la reforma de los delitos de lesiones supondrán un retroceso en la detección temprana de los supuestos de violencia sobre la mujer, la cual es un elemento fundamental para la puesta en marcha de los mecanismos de protección.

En primer lugar, la reforma deja sin sanción, en todos los ámbitos personales, las injurias o vejaciones injustas de carácter leve hasta ahora previstas en el art.620.2.º.C, por lo que únicamente quedan como constitutivas de delito, en las infracciones contra el honor, en los términos del art.208.pfo.2º del Código penal las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, y las que, conforme al art.280.pfo.3º, consistiendo en la imputación de hechos se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad; y no puede obviarse el contenido del art.215 del Código penal, aunque se trate de delitos violencia de género, por lo que será preciso la querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, no bastando la simple presentación de una denuncia, así como la celebración del acto de conciliación; de igual forma, quedan desprovista de sanción las conductas que, suponiendo un trato degradante, no menoscaben gravemente la integridad moral; y es notorio que, en la violencia de género, tienen especial incidencia estas conductas injuriosas y vejatorias.

Como indica en su informe el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, gran parte de los casos de mujeres muertas en el ámbito de la violencia de género las primeras señales eran de meros insultos o vejaciones, que aparentemente eran de menor gravedad y que posteriormente se fueron agravando hasta el resultado fatídico (el 40 % de las sentencias de faltas dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son por vejaciones injustas); se añade que la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, prevé que se pueda conceder en los supuestos de delitos y faltas, por lo que si la falta de vejaciones queda despenalizada y no se mantiene como delito contra la integridad moral de carácter leve, la mujer no podrá acudir a solicitar protección, incumpliéndose los compromisos de lucha efectiva contra esta lacra social.

En segundo lugar, en el art.147.4, con la excusa de aliviar la carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción y la evitar inconvenientes a las víctimas en los supuestos de lesiones leves, se establece que las previstas en los apartados 2 y 3 solo serán perseguibles mediante la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, lo cual, al margen de la privatización del Derecho penal denunciada en el informe del Consejo General del Poder Judicial, va a suponer que las agresiones previstas en el art.153 del Código penal que en la actualidad se instruyen en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tras la recepción en el Juzgado de Instrucción del parte médico de

lesiones, la citación de quien aparece como perjudicada para que aclare las circunstancias en las que las lesiones se han causado y la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, una vez que se identifica al autor de las mismas, van a de dejar de instruirse en uno y otro órgano salvo que la mujer haga referencia al médico que la asista que aquéllas son consecuencia de una agresión por parte de su pareja o expareja, por lo que no habrá lugar a la incoación de una causa penal de oficio, quedando desprotegida la víctima, que quedará expuesta a una nueva agresión, siendo deseable, como se recoge en el informe de la Fiscalía General del Estado, que se previera la posibilidad practicar diligencias a prevención, aún en los supuestos de ausencia de denuncia previa, para evitar que los delitos relacionados con la violencia de género quedaran sin instrucción.

En la parte general, en la suspensión de la ejecución de la pena, el proyecto se olvida de las peculiaridades existentes hasta ahora en las condenas relacionadas con la violencia de género y de los Convenios suscritos por España.

En concreto, el artículo 48 del convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que regula la prohibición de los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas, incluida la mediación, impediría la previsión del art.84.CP para que las medidas que en él se prevén para la suspensión de la ejecución de la pena pueda condicionarse al "cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación"; o la previsión, hasta ahora inexistente en los delitos de violencia de género, de que la suspensión pueda condicionarse al "pago de una multa, cuya extensión determinará el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión"

Se suprime asimismo la previsión expresa del actual art.84.3 para los supuestos en que se incumpla por parte del reo, condenado por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, de alguna de las obligaciones o deberes impuestos para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, cuya consecuencia era su revocación; reforma que se introdujo por la LO 1/2004 como un compromiso de los partidos políticos para lograr la efectividad de las penas impuestas por delitos de violencia de género, evitando que los agresores pudieran eludir la ejecución eficaz de sus condenas.

En el anteproyecto el incumplimiento de las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al nuevo art.83 o de las condiciones previstas en el nuevo art.84 solo determinará la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena cuando sea grave y reiterado; en otro caso, el Juez podrá imponer nuevas prohibiciones , deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, y prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiere sido inicialmente fijado (art.86.APCP).

En relación a estas prohibiciones y deberes el nuevo art. 83.2 excluye del ámbito de protección "a otras personas que el Juez o Tribunal estime conveniente", lo cual deja fuera de la prohibición a personas relacionadas con la víctima pero no unidas a ella por lazos familiares, como pueda ser su novio, nueva pareja o compañeros de trabajo que por su cercanía con la víctima podrían ser objeto de represalias o ser utilizados para inquietarla, y se suprime la prohibición de comunicar con estas personas que se contienen en la regulación actual, lo que no resulta acertado ya que la protección de la víctima buscada con esta protección se podrá ver comprometida si el penado tiene la posibilidad de comunicar por cualquier medio con una víctima a la que no puede aproximarse.

Como un supuesto de suspensión de pena se regula en el nuevo art, 80.3, la actual sustitución de la pena privativa de libertad regulada en el art.88, si bien se suprime la referencia actual a que en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión solo pueda ser sustituida por la trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, en cuanto que ya no hay sustitución de penas, sino una suspensión de la pena de prisión con cumplimiento de medidas, que se configuran como preceptivas ("asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) o 3) del mismo precepto") y no como facultativas, siendo las alternativas la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad.

En la parte especial, ninguno de los nuevos tipo penales protegen específicamente a las mujeres que sean o haya sido esposa, o mujer con las que el autor haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, salvo la genérica referencia que se hace en el nuevo tipo de acoso a la modalidad agravada cuando la ofendida sea alguna de las personas a las que se refiere el art.173.2, y no siempre serán competentes para su instrucción los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, habiéndose reclamado que se le atribuya al ser acorde con el espíritu de la ley integral el que la tutela judicial garantice un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género.

La tipificación del matrimonio forzado, sin llegar a calificar como tal el que se contraiga por una persona menor de edad conforme a las recomendaciones de ONU Mujeres, se efectúa en el nuevo art.172.bis. castigando al que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio, y al que, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. El tipo, que se anuncia como agravado, no es tal, sino específico, en cuanto que la penalidad prevista es la misma que la del tipo básico de coacciones – " de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses" (art.172.CP)-, y la protección que se otorga al derecho a contraer matrimonio libremente, aún siendo un derecho de rango constitucional, es menor que la de la coacción ejercida para impedir el ejercicio de un derecho fundamental (art.172.1.pfo.2º) o cuando se

trata de impedir el legítimo disfrute de la vivienda (art.172.pfo.3º), supuestos en los que la pena del tipo básico se impone en su mitad superior.

También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal que tampoco es exclusivo del ámbito de la lucha contra la violencia de género, aunque tenga especial incidencia en él, habiéndose castigado hasta el momento estas conductas, en los supuestos en los que no se han considerado atípicas, como constitutivos de un delito de coacciones o contra la integridad moral. Es indudable en esta nueva regulación el acierto del proyecto, el cual introduce el denominado acoso ("stalking") en un nuevo artículo 172 ter, para castigar al que sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º. La aceche o busque su cercanía física. 2º. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3º. Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4º. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. 5º. Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

En el ámbito de los delitos contra la intimidad, en el art.197.4.bis., se introduce una conducta que también se da especialmente en el ámbito de quienes han mantenido una relación, aunque no de forma exclusiva, castigando al que sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona; tipificación que la Fiscalía General del Estado ha considerado innecesaria al considerar que la sanción de esta conducta debiera efectuarse a través del art.173.2 por infligir a otra persona un trato degradante menoscabando su integridad moral.

Por último, para dar respuesta a un fenómeno frecuente en el control por medios telemáticos de los dispositivos instalados para verificar de inmediato el incumplimiento de las medidas y penas de prohibición de aproximación, se introduce un nuevo art.468.3., tipificando como un delito contra la Administración de Justicia lo que no es sino un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial o un delito de daños, en la mayor parte de los casos, y que por aplicación expresa del principio de alternatividad, teniendo prevista estas infracciones una pena más grave, llevará a la inaplicación del nuevo delito ("Los que inutilicen o perturben el funcionamientos normal de los dispositivos técnicos que hubieren sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con pena de una multa de seis a doce meses, salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena mas grave por alguna otra norma de este Código").

Como se anticipó en los primeros párrafos, estas reformas y estos nuevos tipos penales, salvo el referido a la regulación del delito de acoso, no contribuyen a reforzar las medidas que como tutela penal se establecieron en año 2004 para la protección de las mujeres que son víctimas de la violencia de género y no hacen sino incidir en las políticas que desde el año 2012 se vienen implementando en esta materia y que no se pueden justificar invocando la reducción del número de mujeres que en ese año murieron a manos de su parejas o exparejas. Se avanza, en resumen, en la invisibilización de la violencia sobre la mujer, obviándola en la parte general o haciendo facultativas las medidas a adoptar, olvidando agravaciones, evitando la denuncia y la sanción en los supuestos más leves de violencia, y proclamando la creación de figuras delictivas encaminadas a luchar contra la violencia sobre la mujer, sin otorgarles realmente ninguna protección especial.

En un contexto como el actual -en el que a la vez que aumenta la protesta social, y en buena medida debido a ello, soplan vientos favorables a la restricción de las libertades- conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional define el derecho de reunión y manifestación como "cauce del principio democrático participativo" y "manifestación colectiva de la libertad de expresión" (STC 37/2009 de 23 de octubre, FJ 3, entre otras muchas). Es precisamente el carácter esencial de este derecho en un sistema democrático lo que explica que sus límites hayan de interpretarse en términos restrictivos y de manera que la regla general sea el ejercicio del derecho y sólo excepcionalmente pueda acordarse su prohibición. El artículo 21 de la Constitución resulta bastante expresivo a este respecto cuando, tras reconocer el derecho de reunión pacífica y sin armas, establece que "el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa" y añade a continuación que la autoridad sólo podrá prohibir las reuniones en lugares de tránsito público "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".