La reforma penal de 2013

Margarita Valle Mariscal de Gante
Miguel Bustos Rubio
(coords.)

MADRID, 2014
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

La reforma penal de 2013

LIBRO DE ACTAS

XIV JORNADAS DE PROFESORES Y ESTUDIANTES DE DERECHO PENAL DE LAS UNIVERSIDADES DE MADRID

Margarita Valle Mariscal de Gante
Miguel Bustos Rubio
(coords.)

MADRID, 2014
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

La presente edición digital es *copyleft*. Puede ser libremente copiada, distribuida y comunicada públicamente, con la única condición de citar a sus autores.

Excepto por sus autores, no podrá ser utilizada con fines comerciales.

I.S.B.N.: 978-84-617-3310-1

ìndice

MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE
MIGUEL BUSTOS RUBIO
PRÓLOGO 7

JUAN ANTONIO LASCURAIN SÁNCHEZ
¿VALE LA PENA LA REFORMA? ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS PENALES DEMOCRÁTICOS 11

FRANCISCO JAVIER PAÍNO RODRÍGUEZ
LOS DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 23

VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO
ESCRACHES: ¿HACIA LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL? 37

MANUEL OLLÉ SESÉ
LA NUEVA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL 57

MARÍA TERESA REQUEJO NAVEROS.
EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: ACIERTOS, DESACIERTOS Y PROYECTOS DE REFORMA 65

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ.
LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL PROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO PENAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013 85

GONZALO J. BASSO
APUNTES SOBRE LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO – PENAL ESPAÑOL 113

JULIÁN C. RÍOS MARTÍN
LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. RAZONES DE SU INCONSTITUCIONALIDAD 133

JAVIER GÓMEZ LANZ
LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 151

ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE.
EL DEBIDO CONTROL COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA PUNIBILIDAD A LOS ADMINISTRADORES POR SU FALTA DE CONTROL 165

SESIÓN DE TARDE

16.00—18.30 h.

Mesa única: ***Reformas en materia de delitos patrimoniales, derecho penal económico y de empresa.***

Modera: Dra. Dª. Pilar Gómez Pavón, Profesora Titular de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid.

"La nueva configuración de las insolvencias punibles en el proyecto de reforma del Código Penal", Dr. D. Javier Gómez Lanz, Profesor Propio Agregado de Derecho penal, Universidad Pontificia Comillas—ICADE.

"El delito de administración desleal: reflexiones sobre la tipificación proyectada y las consecuencias de su incorporación al Código Penal", Dra. Dª. María Gutiérrez Rodríguez, Profesora Titular Interina de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid.

"Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su falta de adopción como nuevo delito 286 seis en el proyecto de reforma de Código Penal", Dr. D. Alfredo Liñán Lafuente, Profesor Asociado de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

CLAUSURA DE LAS JORNADAS

ORGANIZA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

COORDINACIÓN

Dª. Margarita Valle Mariscal de Gante, Profesora Contratada Doctor de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid

D. Miguel Bustos Rubio, Colaborador Honorífico de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid

LUGAR DE CELEBRACIÓN

Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Ciudad Universitaria 28040 - MADRID

Facultad de Derecho UCM
Departamento de Derecho Penal

INSCRIPCIÓN Y CONTACTO:

mbust01@ucm.es

SE OTORGARÁ DIPLOMA ACREDITATIVO DE ASISTENCIA (necesario acudir al 80 % de las ponencias).

XIV jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid

6 y 7 de mayo de 2014

Universidad Complutense Madrid

MARTES, 6 DE MAYO

9.30 h.

Inauguración de las Jornadas por el Excelentísimo Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor Doctor D. Raúl Canosa Usera.

SESIÓN DE MAÑANA

10.00—11.30 h.

Primera mesa: ***Reforma penal y principios penales y supresión de las faltas.***

Modera: Dra. Dª. Margarita Martínez Escamilla, Catedrática de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid.

"La última reforma penal y los principios penales últimos": Dr. D. Juan Antonio Lascurain Sánchez, Catedrático de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

"La 'presunta' desaparición de las faltas": Dra. Dª. Mercedes Pérez Manzano, Catedrática de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

PAUSA

12.00—13.30 h.

Segunda mesa: ***La reforma en materia de violencia de género y la protección de la indemnidad sexual de los menores.***

Modera: Dra. Dª. Raquel Roso Cañadillas, Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Alcalá de Henares.

"Las reformas proyectadas en materia de protección de la indemnidad sexual de los menores", Dra. Dª. Julia Ropero Carrasco, Profesora Titular de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos.

"Los delitos de violencia intrafamiliar y de género en el proyecto de reforma del Código Penal", Dr. D. Francisco Javier Paíno Rodríguez, Profesor Asociado de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid.

SESIÓN DE TARDE

16.00—17.30 h.

Primera mesa: ***Reforma penal y bienes jurídicos esenciales.***

Modera: Dra. Dª. Susana Huerta Tocildo, Catedrática de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid.

"La reforma de los delitos de homicidio y asesinato", Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, Catedrático de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

"Escraches: ¿criminalización de la protesta", Dra. Dª. Victoria García del Blanco, Profesora Titular Interina de Derecho penal (acreditada a Titular), Universidad Rey Juan Carlos.

PAUSA

18.00—19.30 h.

Segunda mesa: ***La intervención del Derecho penal más allá de nuestras fronteras.***

Modera: Dr. D. Fernando Molina Fernández, Catedrático de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

"La nueva regulación del principio de Justicia Universal", Dr. D. Manuel Ollé Sesé, Profesor Asociado de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

"El delito de trata de seres humanos: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma", Dra. Dª. María Teresa Requejo Naveros, Profesora Ayudante Doctor de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid.

MIÉRCOLES, 7 DE MAYO

SESIÓN DE MAÑANA

10.00—12.30 h.

Primera mesa: ***Alternativas al ingreso en prisión y prisi·n perpetua revisable.***

Modera: Dr. D. Julio Díaz—Maroto y Villarejo, Profesor Titular de Derecho penal (acreditado a Catedrático), Universidad Autónoma de Madrid.

"La libertad condicional en el proyecto de reforma de Código Penal de 20 de septiembre de 2013", Dr. D. José Núñez Fernández, Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

"Apuntes sobre el nuevo régimen único de suspensión de las penas", D. Gonzalo Basso, Investigador Predoctoral, Universidad Autónoma de Madrid.

"La prisión perpetua revisable: razones de su ilegitimidad ética", Dr. D. Julián C. Ríos Martín, Profesor Propio Agregado de Derecho penal, Universidad Pontificia Comillas—ICADE.

PAUSA

PRÓLOGO

MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE
Profesora Contratada Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Colaborador Honorifico de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

La presente obra colectiva es el reflejo de las ponencias que se llevaron a cabo en el marco de las XIV Jornadas de Profesores y Alumnos de Derecho penal de las Universidades de Madrid, y que se celebraron en mayo de 2014 en la Universidad Complutense.

Dichas Jornadas –tal y como se advierte por su número de edición– son de larga tradición entre las Universidades madrileñas. Suponen un esperado punto de encuentro entre compañeros Profesores y Estudiosos del Derecho penal, y una forma flexible y menos encorsetada que las propias clases para iniciar a los alumnos en el análisis de la realidad penal con cierta profundidad y diferente perspectiva. Las Jornadas han servido en los últimos años como foro de discusión entre Profesores y Estudiantes sobre los temas más variados relacionados con la teoría y práctica del Derecho penal, intentando siempre que las mismas resulten de interés tanto para los Alumnos como para los propios Profesores.

En esta última edición el hilo conductor de las propias Jornadas –y por ende de los artículos reunidos en esta obra– ha sido el análisis y valoración de la Reforma penal de 2013, cuestión de indudable interés y actualidad por tratarse de un reforma sobre la que el Legislador comenzó a trabajar al inicio de su andadura legislativa y que, llegados a las fechas de publicación de este trabajo, todavía no puede confirmarse que vaya a aprobarse. Desde la elaboración del Anteproyecto de Reforma del Código penal (en octubre de 2012) se han emitido los informes preceptivos por parte del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. Dichos informes fueron tenidos en cuenta a la hora de redactar el Proyecto de reforma de Código Penal que se remitió a las Cortes en el mes de septiembre de 2013. Desde entonces continúa su trámite parlamentario, encontrándonos en este momento a la espera de que la Comisión de Justicia del Congreso emita su dictámen para poder proseguir con la tramitación.

La Reforma planteada por el Gobierno y que, en relación a determinadas cuestiones se expuso en las Jornadas y se ve reflejada en este trabajo, afecta a un gran número de artículos de nuestro Código Penal, modificando o directamente suprimiendo delitos e instituciones básicas y tradicionales del Derecho penal. Han transcurrido únicamente veinte años desde que se aprobó el Código Penal y nos

enfrentamos ya a la vigésimo novena reforma de dicho texto. Tal número –y no solo eso, sino también la profundidad y el calado de muchas de esas reformas– revelan que la norma penal no está alcanzando la permanencia inicialmente deseada; que las reformas penales se enfrentan, tal vez con demasiada ligereza, sin tener en cuenta el requisito indispensable de que los cambios sean *necesarios* y *pertinentes,* y que verdaderamente permitan mantener al Derecho penal como última ratio del Ordenamiento Jurídico. En resumen, reformas que afianzan la idea de que el Derecho penal se ha convertido en el instrumento más utilizado para cumplir funciones que no son las que le corresponden: principalmente servir como modo de satisfacción de ciudadanos descontentos a los que se pretende satisfacer a través del medio aparentemente menos costoso que supone el empleo del *Ius puniendi* estatal, medio que, además, parece rendir el mayor beneficio.

Es obligación del estudioso del Derecho realizar una valoración crítica de la tarea que el Legislador lleva a cabo, entendiendo ésta como el "examen y juicio acerca de alguien o algo". Este fue el objetivo que se les propuso a los participantes de las Jornadas –tanto ponentes como oyentes– y que todos ellos ciertamente asumieron. Se buscaba analizar el porqué de una reforma que parece modificar, suprimir o ampliar más allá de lo necesario u oportuno. Y así, de esta manera, poder comprender cómo en muchas ocasiones el Legislador pasa de ser el encargado de orientar y limitar el *Ius puniendi,* a escribir al dictado de las constantes e ilimitadas exigencias de la opinión pública.

No sabemos si el Proyecto finalmente se aprobará. Tampoco sabemos si de hacerlo lo hará en los términos en los que se lleva a cabo el presente análisis. En cualquier caso es necesario dejar constancia de que las Reformas siempre son necesarias cuando algo no funciona, pero no pueden serlo cuando las insatisfacciones ciudadanas, los cálculos electorales o las presiones de los medios de comunicación muestran algún tipo de *problema* que mueve finalmente al Legislador a "legislar a golpe de titular".

No queremos dejar pasar la ocasión de agradecer a todos los compañeros de las Universidades madrileñas, no solo el haber intervenido como ponentes o moderadores en las Jornadas, sino también el haber acudido a las mismas como oyentes más que cualificados que convirtieron cada turno de debate –e incluso cada pausa entre mesas– en interesantísimos foros de discusión y de valoración crítica de todos los temas tratados en las Jornadas.

Asimismo queremos resaltar la implicación de los alumnos en la asistencia e intervención a cada una de las sesiones de las Jornadas. Los estudios de Grado obligan al alumno a cumplir con un estricto horario de clases y de trabajo personal que prácticamente les imposibilita para poder acudir a este tipo de actividades. Resulta, por ello, más significativo el hecho de que un gran número de estudiantes acudiera y colaborase con sus intervenciones a que el debate de ideas fuera tan prolífico, permitiéndonos con ello acceder al punto de vista de nuestros propios alumnos, cuestión que en gran número de ocasiones no podemos hacer por el escaso tiempo lectivo del que disponemos.

Resulta imprescindible agradecer al Departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, a todos sus miembros, la participación en las Jornadas, bien como ponentes o moderadores de mesa, bien como asistentes y colaboradores activos durante el desarrollo de las mismas. Finalmente, también queremos agradecer tanto al Rectorado de la Universidad Complutense como al Decanato de la Facultad de Derecho el apoyo y colaboración prestada para su celebración.

Por último –sin intentar hacer de la necesidad virtud– queremos destacar que a pesar de lo inusual del mismo, el formato de e-print en el que se publica esta obra permite que la difusión de las ponencias sea tan amplia y rápida como un tema de tan candente actualidad exige y que, estando a la espera de su aprobación o no, puede permitir al lector formarse una primera idea de la Reforma y de su contenido.

¿VALE LA PENA LA REFORMA?
ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS PENALES DEMOCRÁTICOS

JUAN ANTONIO LASCURAIN SANCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.

1. Excelentísimas Sras. Diputadas, excelentísimos Sres. Diputados:

No es necesario que enfatice el honor que Sus Señorías me hacen con su solicitud de que evalúe el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal desde la perspectiva de nuestros principios constitucionales. Procedo muy gustoso a atenderla sin otro bagaje que el de mi condición de estudioso del Derecho Penal y de la Política Criminal (de penalista y, en concreto, si se quiere, de "principiólogo"), y sin otra ambición que la de contribuir a que el Proyecto sea más valioso: a que sea más rico en los valores constitucionales que compartimos.

2. Porque el Proyecto será más valioso en la medida en la que incorpore aquellos principios. Como es sabido, los principios son vehículos de valor: son directrices para la creación y la interpretación de las normas que están inspirados en los valores fundantes de nuestro sistema democrático. Inspirados en nuestro patrimonio ético común. Eso significa que el respeto de un proyecto de ley, de este proyecto de ley, a tales principios, no es sólo una cuestión jurídica, sino que también es una cuestión axiológica, un problema moral.

Puede ser un problema con mayúsculas: un problema moral radical si el Proyecto desconoce alguno de esos principios; si se desvincula absolutamente del mismo. La respuesta jurídica al respecto sería la inconstitucionalidad del artículo en cuestión: su expulsión del ordenamiento. Y puede tratarse también de un problema menor. Puede tratarse de que el artículo podría mejorar conforme a lo que dicta el principio. Si me permiten la expresión poco técnica, no se trataría de que el precepto fuera inconstitucional, sino de que podría ser "más constitucional": más valioso desde la perspectiva del valor que incorpora el principio cuestionado.

La razón de esta importante distinción tiene que ver con la naturaleza de los principios, que son, según la conocida definición de Robert Alexy, "mandatos de optimización". Piensen en el mandato de determinación que les dirige a Sus Señorías el principio de legalidad: "describan de la manera más precisa posible la conducta delictiva y la pena que asocian a la misma". El mandato actúa como un "legitimograma", como un medidor de virtud: no dice si la norma es determinada o indeterminada, sino cuán determinada (y por ello cuán indeterminada) es. Lo que sucede es que la norma puede caer en la zona roja del legitimograma e indicar que la norma es insoportablemente indeterminada. Y entonces el principio actúa, no

como norma de virtud, sino como norma de exclusión. La norma es inconstitucional y debe dejar de pertenecer al sistema.

Me importaba hacerles esta matización porque a veces se identifica erróneamente lo que es constitucional con lo que es valioso, y no con lo que es suficientemente valioso. Y porque lo que yo deseo no es sólo que expulsen del proyecto las normas inconstitucionales, sino, con más ambición – con más ingenua ambición -, que mejoren el texto en términos constitucionales: que lo hagan más acorde a nuestros principios constitucionales, que lo hagan más valioso desde nuestros valores esenciales.

3. ¿De qué principios estoy hablando? Formulada la pregunta de otra manera: ¿cuáles son las directrices constitucionales y, a su vez, los límites constitucionales para su función como legisladores penales?

Responder adecuadamente a esta pregunta excedería con mucho el tiempo de que dispongo para dirigirme a Sus Señorías. Considero en todo caso necesario un recuerdo, siquiera esquemático, de estos parámetros de una política criminal democrática, como lazarillo para el resto de mi exposición. Y considero también pertinente recordar que el sentido de los mismos deriva en buena parte del sentido de la regulación que gobiernan y que comporta el castigo más duro que el Estado puede infligir a un ciudadano.

El primero sería un límite formal. Si de lo que se trata es de sancionar severamente a un ciudadano y si tal sanción va a consistir normalmente en su encierro en una prisión, algo que hoy día nos suscita reparos morales incluso respecto a los animales, anuncien la amenaza penal con precisión – describan con mimo en qué consiste el delito y cuál será su pena -, pues de otro modo no sólo nos abocarán a sentirnos insoportablemente inseguros sino que al final la cuestión de cuándo podremos dar con nuestros huesos en la cárcel no la estarán decidiendo Sus Señorías, nuestros representantes, los únicos a los que otorgamos tan bárbara potestad, sino los jueces.

Si este límite, al que denominamos principio de legalidad, es su gran límite formal para legislar – en síntesis: que normen Sus Señorías y que lo hagan con claridad -, el principal límite material que les ata es el principio de proporcionalidad. No se trata sólo, y por supuesto, de que no pueden penar el ejercicio legítimo de derechos fundamentales – por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga, de expresión, de manifestación –, sino de que prevean la pena mínima eficaz para evitar los comportamientos que consideren lesivos, y de que al final, comparados el desvalor del delito y el contenido de la pena, el negocio, el negocio penal, nos merezca la pena. Se trata de no matar moscas a cañonazos. Por ejemplo: teniendo en cuenta que sólo hay delito fiscal con las defraudaciones superiores a 120.000 euros (art. 305.1 CP), ¿merece la pena la pena de prisión para el que hurta un móvil de cincuenta euros con el "ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional" (art. 235.7° del Proyecto de Código Penal)?; ¿merece la pena de prisión el "mantero" que vendía discos pirateados ayudado por su hijo de diecisiete años (art. 270.2 PCP)?

Junto a los principios de legalidad y de proporcionalidad, son otros cuatro los que completan el hexágono – por lo demás un gran hexágono – en el que Sus Señorías pueden moverse: los principios de culpabilidad y de igualdad, la proscripción de penas inhumanas y el mandato de resocialización. Un hexágono que la propuesta de reforma está presionando, o incluso rompiendo, en algunos de sus lados. Veámoslo empezando por la principal vía de agua, que es la cadena perpetua.

II. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

4. Lo que el Gobierno propone es que ciertos asesinatos – por ejemplo, de menores de dieciséis años o subsiguientes a una agresión sexual -, el homicidio del Jefe de Estado, de su heredero o de Jefes de Estado extranjeros, y algunos supuestos de genocidio o de crímenes de lesa humanidad lleven aparejada una pena permanente de prisión, cuya continuidad a partir de un período mínimo de veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años, según el supuesto, pueda ser suspendida si existe un pronóstico favorable de reinserción social.

Ciertamente son horrendos los delitos que acabo de enumerar, lo que quizá mueva a Sus Señorías a simpatizar con la nueva pena. "¿Por qué no?", se preguntarán. ¿Por qué no reaccionar con esta contundencia si ello puede ayudar a prevenir tales crímenes?

Desde mi sincera convicción de la inmoralidad central de esta pena, quisiera tratar de convencerles de que la abandonen – de que no la acojan -, con los siguientes tres argumentos.

A. El primero lo es de utilidad, y por ello de proporcionalidad, e impugna el presupuesto de la nueva pena. Damos esta vuelta de tuerca en la dureza de nuestras penas con el presupuesto de que va a ser útil, de que va a prevenir mejor ciertos delitos que las penas actuales máximas de treinta años, que, en caso de concurso real de delitos, pueden llegar a una pena de cumplimiento de cuarenta años, que pueden ser además "íntegros y efectivos", sin los acortamientos o la dulcificación que pudieran suponer los beneficios penitenciarios, el tercer grado y la libertad condicional. Por cierto: debatiendo ahora sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable da la sensación de que llevamos diez años olvidando el debate sobre la constitucionalidad de los 14.600 días de encierro efectivo.

Pero vamos a lo nuestro, Señorías. No existen datos empíricos que avalen que nuevos incrementos en penas ya muy elevadas tengan réditos adicionales en la contención del delito. Esto no hace otra cosa que confirmar nuestras intuiciones relativas a la dificultad psicológica que tenemos para proyectarnos a muy largo plazo y al pobre peso relativo de tales agravaciones: lo que impresiona al delincuente potencial es la amenaza de una pena muy larga de prisión, sin que frente a ello parezca añadir un efecto intimidatorio relevante el hacerla aún más extensa.

B. Pero no me parece lo principal el argumento de ineficacia. Como les decía al principio, la grandeza moral de nuestro sistema consiste precisamente en renuncia a la eficacia con independencia de su precio. No toleramos cortar la mano al ladrón reincidente, azotar al violador o matar al genocida. No es que seamos débiles o tontos. Es que somos humanos. Como sociedad profesamos ciertos valores básicos y actuamos conforme a los mismos, que es precisamente lo que no hace quien comete un delito; y se lo reprochamos; y por ello le calificamos de "delincuente", que, etimológicamente significa, "abandonador": abandonador de nuestras reglas fundamentales.

En términos de valor, como les decía hace un momento, no toleramos las penas imprecisas, Y la prisión permanente revisable lo es. Doblemente imprecisa. Es una pena de "por de pronto" veinticinco o más años. Y luego "ya veremos". Y quién verá será el juez y en un paisaje extraordinariamente brumoso: la libertad dependerá de una circunstancia de apreciación hoy tan discrecional y acientífica como lo es la reinsertabilidad del preso. Luego tendré oportunidad de insistir en la imprecisión actual de este tipo de pronósticos relativos al comportamiento delictivo.

C. Podrían Sus Señorías replicar la pena no es tan incierta. Que el primer adjetivo que la califica es "permanente": que se trata de una pena tan precisa y previsible como la duración de la propia vida. Como la muerte.

De acuerdo. Salvamos la pega de inseguridad jurídica. Pero entonces el reproche constitucional será mayor, porque en cuanto pena para siempre – lo siempre que pueda ser la vida – será una pena inhumana y excluyente de toda resocialización. Podríamos reiniciar el debate a la inversa: empezar por el inconveniente de la permanencia y, ante la réplica de la revisibilidad, terminar con la inseguridad que comporta una pena indefinida. La conclusión es la misma: si es permanente, es inhumana; si es revisable, es imprecisa.

En todo caso, y concluyo con el argumento principal: si, con el Tribunal Constitucional estamos de acuerdo en que es insoportable, inconstitucional, un encarcelamiento de por vida (STC 91/2000, FD 9: "un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización"), habremos de acordar también que en la fórmula que ahora se propone es ésa una posibilidad. La prisión sigue si no se cumple una condición, la reinsertabilidad del preso. Se trata de una pena inhumana sometida a una condición cuyo cumplimiento eliminaría su inhumanidad. Pero lo propio de las condiciones es que podrían no cumplirse. ¿Qué diríamos de la constitucionalidad de una ley que incluyera la pena de muerte para el supuesto de que pasados veinticinco años el condenado no diera síntomas de rehabilitación?

5. Concluyo mi primera observación. Cada vez que se comete un crimen salvaje nos repreguntamos qué hacer para impedir su futuro, si la disuasión del delito es toda la posible, si no habrá penas más duras que nos preserven de tan estúpida crueldad. Deseamos incluso borrarla del pasado. Si no su daño, ya irreversible, sí al menos su injusticia, castigando a su autor con una severidad paralela a la del delito.

Sin embargo no somos dioses ni delincuentes. Ni podemos eliminar el delito con la pena, pues no hay alquimia que reste el injusto mal del pasado con la justa imposición de un mal, ni podemos prevenir el crimen de cualquier manera. Sólo lo podemos prevenir coherentemente con la moralidad que exigimos a los ciudadanos y cuya falta reprochamos precisamente a los delincuentes. Recuerden la película "El secreto de sus ojos", en la que no sabe uno qué le conmueve más, si el delito de asesinato con violación cometido o la escena final del autor recluido de por vida por el marido de la víctima.

Señorías: no cometan el error de invertir la tendencia histórica de la decencia penal, que nos llevó a abolir los castigos corporales, la pena de muerte y la cadena perpetua.

III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

6. Desistan, por favor y por razón, de las penas perpetuas, y desistan también de las medidas de seguridad privativas de libertad perpetuas.

Ni como el estudiante de Derecho que todavía soy ni como profesional del mismo pensé nunca que tendría que reflexionar sobre si los internamientos de seguridad podían ser permanentes y sobre su limitación como virtud perecedera. Y es que, como demuestra la experiencia cotidiana, no hay como estar en trance de perder algo o a alguien para apreciarlo en su verdadera magnitud. Ésta es desde luego una de las aportaciones del Proyecto de Ley Orgánica: valorar el sabio garantismo de algunas de las regulaciones del vigente Código Penal, afanados como estamos en buscar sus déficits para tratar de superarlos. Una de tales garantías es la limitación de la duración de las medidas de seguridad que se imponen a inimputables a la duración de la pena imponible a un sujeto imputable por el mismo hecho. Así, por ejemplo, al inimputable que haya cometido un hecho típico y antijurídico de homicidio no se le podrá mantener internado más allá de los quince años. Si tras ese período "el internamiento continua siendo necesario para evitar que el sujeto cometa nuevos delitos", que es la fórmula que emplea el proyecto para justificar la prórroga de la medida (art. 98.3), quizás, a lo sumo, pueda imponérsele una medida de libertad vigilada de hasta cinco años – o, en casos excepcionales de hasta diez-. Y nada más.

Hacemos así las cosas, no prorrogamos *ad infinitum* el internamiento del inimputable, que quizás nos haría sentirnos más seguros, por razones éticas. Por razones de seguridad, en primer lugar, porque consideramos que una intromisión tan incisiva en la vida de las personas tiene que tener un final previsible. Un plazo y un plazo numérico. La libertad no puede hacerse depender de un evanescente y acientífico pronóstico de peligrosidad. Y, en segundo lugar, por razones de proporcionalidad. La supuesta o probable seguridad de unos no puede lograrse a costa de la segura privación de libertad de otros más allá de la medida que consideramos razonable para sujetos plenamente responsables. Si de progreso se trata - de progreso penal -, en el vistazo a la historia nos aterran esos encierros ilimitados de personas que cometieron hechos delictivos debido a su grave

alteración psíquica. Ilimitados y por si acaso.

El Proyectador no parece sensible a esta lección del pasado. Propone que el internamiento deje de tener que sujetarse en su duración a la extensión de la pena por el hecho cometido culpablemente y que además pueda prorrogarse sin cuento de cinco en cinco años. Ciertamente estas prórrogas no serán automáticas – faltaría más – sino que dependerán de que la persona siga siendo criminalmente peligrosa. De que pensemos que va a cometer nuevos delitos según el informe de especialistas. El problema es, dicho con crudeza, si existen especialistas al respecto: si podemos hoy predecir el comportamiento criminal con la mínima aproximación que exigirían los valores en juego – sobre todo la libertad -. Más bien lo poco que sabemos es que sabemos poco de pronósticos de peligrosidad. Como recoge el excelente trabajo de Martínez Garay "La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad" (Indret 2/2014), lo que revelan los escasos datos empíricos existentes de personas cuyo internamiento o prisión había sido prorrogado por razones de seguridad, por su peligrosidad, y que luego fueron puestos en libertad por razones de garantía, es un número extraordinariamente elevado de los denominados "falsos positivos": de personas que fueron positivamente calificados como criminalmente peligrosas y que no volvieron a delinquir.

Esta es una de las conclusiones que deparó la solución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al caso Baxstrom (Baxstrom vs. Herold, 383 U.S. 197), que por razones garantistas ordenó en 1966 la puesta en libertad o el ingreso en hospitales psiquiátricos ordinarios de 967 internos que tras cumplir su condena permanecían por su peligrosidad en establecimientos para enfermos mentales criminales en el Estado de Nueva York. Cuatro años después sólo veinticuatro de ellos habían tenido comportamientos agresivos; además, el seguimiento particular de 98 de las personas puestas en libertad deparó que sólo dos de ellos habían sido detenidos por actos violentos. Convergen en la idea de la pobre fiabilidad del pronóstico de peligrosidad los datos que se extraen de la decisión del Tribunal Constitucional alemán de, tras la reunificación, dejar en libertad a 33 personas que habían sido internadas por su peligrosidad en la República Democrática de Alemania: en los seis años siguientes a la liberación sólo ocho habían reincidido y de ellos sólo cinco con delitos violentos. Corroboran en su esencia estos datos dos importantes estudios realizados en Cataluña (sobre 163 agresores sexuales; publicado en 2007: "El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20") y en Madrid ("Informe sobre la eficacia de las predicciones de peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid», de 2012), en cuanto que revelan una elevada proporción de falsos positivos: 62% y 80% respectivamente.

No niego la incertidumbre que rodea indefectiblemente la imposición de toda medida de seguridad privativa de libertad. Pero es precisamente esa incertidumbre la que debe hacernos precavidos y poner límites a la privación de libertad por parte del poder público. Mantengan, Señorías, los límites que tenemos. Y háganlo también para la prisión, que no debe por ello ser permanente en función de un incierto pronóstico de peligrosidad criminal. Los experimentos, con gaseosa; nunca

desde luego con la libertad humana, que es lo más preciado que tenemos, lo que "hace al hombre sencillamente hombre" (STC 147/2000, FJ 3).

7. Considero, pues, que existen garantías que Sus Señorías no deberían suprimir, como es el límite y la proporción de las medidas de seguridad. Y considero también, pues no se trata sólo de no empeorar, sino también de mejorar, que ciertas instituciones existentes deberían suprimirse por razones garantistas, y no verse agrandadas, como es la de la medida de seguridad de libertad vigilada para los imputables que ya han cumplido su pena.

Esta institución ha sido muy criticada por la doctrina. No por capricho, sino por razones de principio. Por razones éticas. Si, dado lo que supone, la pena que se prevé y se impone a un determinado delito es la pena mínima eficaz y en tal sentido constituye la reacción máxima que nos permitimos frente al mismo, y ello es una exigencia del principio de proporcionalidad, resulta excesivo aumentarla más, aunque sea vistiéndola de color rosa, con un lazo que ponga "Medida de seguridad". Entre otras diecisiete posibilidades, según el Proyecto (art. 104 bis), impediremos a su destinatario salir de su lugar de residencia, o conducir, o le obligaremos a participar en un programa formativo.

Este exceso regulatorio data de 2010 y cabe calificarlo de exceso tímido: la medida de seguridad posterior a la pena se limita hoy temporalmente (cinco o diez años) y se acota a los delitos sexuales y de terrorismo. Pero, ay, maldita pendiente deslizante cuando de proveer seguridad se trata: ahora se proyecta para muchos más delitos y, en algunos supuestos, es ilimitadamente prorrogable (art. 104 ter, 2 del Proyecto).

IV. PROPORCIONALIDAD: LAS FALTAS.

8. Deseo seguir hablándoles del principio de proporcionalidad. Les recuerdo la raíz axiológica del principio, el valor que informa el principio: como la pena es una reacción tan contundente, tan opuesta al valor "libertad" que está en el frontispicio de nuestra Constitución, la vamos a administrar con suma cautela: sólo cuando sea necesaria; sólo la mínima eficaz; sólo cuando, valga el juego de palabras, la pena merezca la pena.

Es por ello de alabar, en principio, la idea del Proyecto de eliminar las faltas para convertirlas en infracciones administrativas. Lo malo es que otro grupo de faltas no desciende, sino que asciende en la escala represiva para convertirse en delitos. Ciertamente cuando, al oír esto, el ciudadano tuerce el gesto, el Proyectador le tranquiliza y le dice: "No se preocupe. Las convertimos en pequeños delitos: en delitos leves que van a tener la misma pena que tenían cuando su uniforme era el de falta".

Esta transformación sería aceptable si esta afirmación fuera enteramente cierta. Pero no lo es. La investigación del sistema regulatorio de los nuevos delitos leves depara alguna sorpresa. Veámoslo con un ejemplo. El hurto. La falta de hurto –

hurto de menos de 400 euros – tiene ahora una pena de localización permanente o de multa. En el futuro, si prospera el Proyecto en este punto, cuando el juez considere que tiene "escasa gravedad", merecerá una pena de multa, lo que no parece la mejor idea – lo de necesariamente multar al hurtador -; sin embargo esta atenuación, ahora más ambigua – "escasa gravedad" versus "cuatrocientos euros o menos" – no procederá si concurre alguna de las diez agravantes de los dos artículos siguientes, en cuyo caso la pena será de uno a tres años de prisión. Además, como se trata de delitos, el sujeto podrá ser detenido, cosa que ahora no es, salvo excepciones, posible para las faltas (art. 495 LECr.). Y en general se le podrá imponer una medida de seguridad, ahora excluidas para las faltas (art. 95.1.1ª CP). Y, en todo caso, se le podrá imponer una medida de libertad vigilada. Y se le podrá imponer además una pena accesoria (si por agravación la pena es de prisión). Y además podrá ver interrumpida la suspensión de que gozaba una pena anterior (art. 86.1.1 del Proyecto). Y la prescripción de su delito leve pasará de seis meses (prescripción actual para las faltas) a un año (art. 131.1.b del Proyecto).

Resulta curioso cómo con el señuelo de la proporcionalidad, de la invocación del Derecho Penal como *ultima ratio*, se llega a resultados tan desproporcionados. Y tan nocivos a otros efectos: seguiremos engordando la sobrepoblación penitenciaria, con el coste económico que ello supone y, sobre todo, anudado al mismo, con el coste de dificultar un tratamiento penitenciario digno y resocializador.

V. EL EFECTO DESALIENTO.

9. Existen otros aspectos de la reforma que son preocupantes para el principio de proporcionalidad. Son aspectos de muy distinta índole, que habría que repensar desde esa idea motora de pena mínima preventivamente eficaz. Por ponerles algún ejemplo, pendiente de una reflexión más serena: ¿creen realmente necesario agravar la pena del homicidio o del asesinato cuando es subsiguiente a una agresión sexual y depara ya un concurso real de delitos y la correspondiente agravación punitiva final? (art. 140.1.2ª del Proyecto); ¿debe ser delictiva la mera conducta de usar indebidamente uniforme, traje o insignia oficial? (art. 402 bis del Proyecto); y ahora a la inversa: ¿no debería en cambio constituir un delito leve el homicidio por imprudencia leve, que queda despenalizado en el Proyecto?

10. Mucho más dignos de insomnio que lo anterior son los diversos preceptos que desalientan el ejercicio de las libertades fundamentales de información y expresión, y de los derechos fundamentales de huelga y de manifestación. De lo que deseo hablarles ahora es del coste que supone desincentivar penalmente tales libertades y derechos y de la desproporción normativa a la que ello conduce.

La teoría del efecto desaliento de los derechos fundamentales ha sido acogida por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 136/1999, 11/2000) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, STEDH de 15 de marzo de 2011, asunto Otegi c. España). Sostiene esta doctrina que, aunque obviamente el legislador puede penar el exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales que sea lesivo para otros - piensen en el ejercicio violento del derecho de huelga o en

informaciones periodísticas calumniosas -, deberá hacerlo selectiva y prudentemente, máxime cuando sea borrosa la línea que separe lo lícito de lo ilícito, porque de otro modo lo que conseguirá es el desproporcionado e inconstitucional efecto de disuadir del ejercicio de los derechos fundamentales. Esto es por cierto lo que explica que en nuestro derecho sea tan baja la pena en los delitos de injurias o calumnias, o las reticencias judiciales a condenar por coacciones en el marco de un conflicto laboral.

En efecto, si es brumosa la frontera que separa el ejercicio de un derecho fundamental de su exceso nada menos que delictivo, la caída por el barranco, penal y mal señalizado, frenará los sanos paseos por la plaza pública que la democracia necesita de los ciudadanos. Lo que harán los ciudadanos es no ejercitar sus derechos fundamentales para no sufrir una pena. Y esta pasividad es la que podrá incentivar el Proyecto con alguno de sus nuevos delitos.

Lo hará probablemente el nuevo delito de resistencia a la autoridad, que pierde perfil: la violencia no tendrá que ser grave y, sobre todo, la resistencia no tendrá que ser activa (art. 550 del Proyecto). Peor será el nuevo tipo básico de desórdenes públicos, un Antonio López que pasa a ser un Antonio Saura: ya no hace falta para la tipicidad delictiva la finalidad de atentar contra la paz pública; se penará con la misma pena, no a los alborotadores, ni a sus inductores, sino a los que les "inciten" o "refuercen su disposición" (art. 557 PCP); la pena se agravará (uno a seis años), parece que a unos y a otros, cuando en el desorden público "se" - atención al impersonal - "llevaren a cabo actos de pillaje" (art. 557 bis, 1º PCP).o cuando alguno de los partícipes llevare armas de fuego (art. 557 bis, 4º PCP). Y también cuando la reunión o manifestación en la que se produce el desorden sea "numerosa" (art. 557 bis, 3º PCP). Además, va a constituir delito de desórdenes públicos la invasión en grupo de un establecimiento o local abierto al público que cause "una perturbación relevante en su actividad normal" (art. 557 ter PCP) y la difusión pública de mensajes o consignas que "inciten" a un delito de alteración del orden público o que "refuercen la decisión de llevarlos a cabo" (art. 559 PCP). Para completar este panorama desalentador se incluye como delito, en fin, el interrumpir el funcionamiento de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público y alterar con ello gravemente la prestación normal del servicio (art. 560 bis PCP).

11. Pero donde la porosidad de la frontera de la ilicitud alcanza su máxima expresión es en los delitos de incitación al odio. No les canso con la lectura de los abigarrados nuevos tipos penales, ejemplo de uno de los tres defectos primarios en los que según Jeremy Bentham ("Nomografía o el arte de redactar leyes") puede incurrir una ley: la voluminosidad, que puede manifestarse en el defecto secundario del embrollo. Pero no me resisto a presentarles algunos ejemplos.

En su redacción actual el artículo 510 CP castiga la provocación directa a la violencia contra determinados grupos, y también la indirecta, tipificando la provocación al odio y a la discriminación: nos preocupa que se anime a odiar porque el que odia podrá comportarse violentamente con el odiado. El nuevo 510 va a sancionar muchas cosas más: el fomento, la promoción o la incitación directa o

indirecta al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra determinados grupos. Reparen Sus Señorías en que basta para cometer el delito la incitación indirecta al odio, que a su vez es un escalón intermedio hacia la violencia; reparen en que, por si algo se queda en el tintero, basta, no con incitar, sino con fomentar o promover, y en que ya no se exige el odio, sino que el prelegislador se conforma con la hostilidad. O sea: que será delito el fomento indirecto a la hostilidad contra determinadas personas (art. 510.1.a PCP).

No para ahí la amorfa expansión. El mismo delito - penado con prisión de uno a cuatro años y multa - lo cometerá, no el que incite, fomente o promueva, sino el que simplemente facilite o difunda materiales que por su contenido sean idóneos para incitar, fomentar o promover. O sea: será delito el poseer, con la finalidad de distribuir, material que por su contenido sea idóneo para fomentar indirectamente a la hostilidad contra determinadas personas (art. 510.1.b PCP). Y como hay que meter por la ventana lo que salió por la puerta de la inconstitucionalidad (STC 235/2007), se reintroduce con matices el delito de negación del genocidio, que es un delito que lo único que sirvió es para recortar inconstitucionalmente la libertad de expresión y para dar altavoz y propaganda a algunos de nuestros más estúpidos ciudadanos. Será delito la negación del genocidio, o su trivialización, cuando de estos modos de favorezca, no ya la hostilidad, sino sólo "un clima de hostilidad" (art. 510.1.c PCP).

Sé que les estoy aburriendo con estas sutilezas relativas a los excesos expresivos. Pero no me resisto a finalizar mi relación sin mencionar la nueva propuesta de delito consistente en lesionar "la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito" de determinadas personas o grupo. Y también la mera posesión de material que por su contenido sea idóneo para la mencionada lesión de la dignidad (art. 510.2.a PCP).

Se desalienta así el ejercicio de ciertos derechos fundamentales penando su exceso a partir de una frontera borrosa. Y se desalienta aún más aumentando las penas por tal exceso: de uno a cuatro años de prisión y multa en los primeros supuestos (art. 510.1 PCP); de dos y medio a cuatro años de prisión - esto es: sin posibilidad de suspensión ordinaria - si se comete mediante tecnologías de la información (art. 510.3 PCP); y hasta seis años de prisión seis si el mensaje es idóneo para "crear un grave sentimiento de inseguridad" (art. 510.4 PCP).

VI. LA IGUALDAD.

12. Alguna afectación al principio de igualdad puede derivarse de la nueva regulación de la expulsión de extranjeros como sustitutiva de la pena privativa de libertad. Es ésta una institución debatida por su regusto insolidario – se pone en libertad en otro país a quien ha demostrado su peligrosidad en el nuestro con la comisión de un delito –, por su ocasional desproporción en casos de arraigo personal y familiar, y por su pobre efecto preventivo en otros supuestos, como cuando el delito tiene cierta importancia o se ha cometido a través de organización.

No se trata de entrar ahora en ese debate sobre la institución en sí, cuyo

presupuesto actual es que su destinatario es un extranjero sin residencia legal en España y por lo tanto susceptible de expulsión administrativa. Esta distinción penal entre personas pierde razonabilidad en el Proyecto, al aumentar el área de las personas expulsables a todos los extranjeros – incluidos, con ciertos matices, los ciudadanos de la Unión Europea -, en diferenciación poco justificable y contraria a cierta tendencia de los tratados internacionales de derechos fundamentales a equiparar las libertades de circulación y residencia de los nacionales y de los extranjeros con residencia legal.

VII. EL MANDATO DE RESOCIALIZACIÓN.

13. El mandato constitucional de resocialización (art. 25.2 CE) se concreta en diversas instituciones. Quizás las principales, las primeras que nos vienen a la cabeza, son dos: una oferta de formación y reflexión en el Centro Penitenciario donde se cumpla con la condena privativa de libertad, y lo que tradicionalmente se denominaba "rehabilitación", que fija un plazo para la vigencia de las consecuencias de la pena, de modo que el pasado delictivo, la pena cumplida, no sea una pesada mochila que siga estigmatizando al que cometió el delito. Ni penalmente, a través de la agravante – cada vez más agravante – de reincidencia; ni socialmente, a través del freo que supone la constatación de antecedentes penales.

El Proyecto es menos generoso con la rehabilitación que el Código vigente. Pondera menos el valor del olvido del delito, del otorgamiento pleno de una nueva oportunidad, y pondera más la seguridad: opta por ampliar la precaución de mantener más tiempo – bastante más tiempo – colgado del cuello del sujeto el cartel de ex delincuente. En los delitos graves el tiempo de cancelación de antecedentes penales se dobla de cinco a diez años (art. 136.1.E PCP), pudiendo alargarse hasta los quince, veinte o veinticinco (art. 136.2 PCP): un estigma de por vida y un aliento a todos los reparos que suscita la reincidencia en cuanto agravante sospechosa de *bis in idem* o de punición en función del autor y no del hecho cometido.

VIII. CONCLUSIÓN.

14. Quizás estén pensando, Señorías, que me mueve una especie de acracia que me lleva a criticar *per se* la iniciativa de reforma en cuanto proveniente del Poder Ejecutivo. Espero haber aportado argumentos que disipen esa duda, a los que añado el reconocimiento de las virtudes del Proyecto, entre las que, sin afán de exhaustividad, deseo mencionar la supresión de las faltas, el régimen procesal unificado para la suspensión y la sustitución de la pena, el desarrollo de los deberes de debido control de la persona jurídica para la evitación de los delitos en su provecho, la diferenciación entre la apropiación indebida y la administración desleal, el régimen más generoso de la libertad condicional, posible a partir del cumplimiento de la mitad de la pena, la nueva y más sensata regulación del delito de inmigración ilegal, o la tipificación expresa del matrimonio forzado.

Si no abundo más en estos méritos, que a su vez deben en cada caso ser matizados, es, por una parte, por dedicar el tiempo y las energías más a la mejora que al reconocimiento de la mejora. Se trata sobre todo de tener un buen ordenamiento penal: de comunicar lo que está mal para que el Proyecto mejore. No debe ocultarse por otra parte, en segundo lugar, la magnitud de los defectos expuestos, que lo son desde la perspectiva de análisis más importante del texto, que es la de los valores y principios constitucionales. Y desde tal perspectiva el Proyecto supone un enorme retroceso constitucional. Quizás el mayor en la agitada historia del Código Penal de 1995, que va camino de las treinta reformas.

Señorías: como ciudadanos aspiramos tanto a que protejan penalmente nuestros bienes cuando ello sea necesario como a que no se excedan en esa protección, de temido recuerdo histórico. Aspiramos a que la Constitución limite efectivamente la pena. Y por ello debe enmendarse el Proyecto sobre el que ahora deliberan: sin cadena perpetua, sin medidas de seguridad prolongables sin límite, sin libertad vigilada añadida a la pena, sin endurecer el régimen de lo que hoy constituyen faltas, sin desalentar el ejercicio de nuestros derechos fundamentales, sin expulsiones sustitutivas a los extranjeros con permiso de residencia, sin aumentar los plazos de cancelación de los antecedentes penales.

LOS DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

FRANCISCO JAVIER PAINO RODRIGUEZ
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

En el presente artículo se abordará la legislación penal relativa o que de alguna manera incide en los delitos de violencia intrafamiliar y de género desde la perspectiva de la regulación contemplada en el Proyecto de Reforma del Código Penal. Por ello, el artículo se centrará exclusivamente en analizar los cambios que la nueva regulación contempla y la problemática que la misma puede plantear a la hora de su aplicación práctica.

I. MODIFICACIONES RELATIVAS A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Como primer cambio hemos de mencionar que la llamémoslo "supuesta desaparición "de las faltas[1], ha supuesto la transformación de la antigua falta de amenazas y coacciones leves del art. 620-2 del Código Penal vigente en delitos englobados en los artículos 171-7[2] en el caso de las amenazas y 172-3[3] en el caso de las coacciones del Proyecto de Reforma, estableciendo algunas diferencias, eso sí, relativas tanto a la penalidad como a las consecuencias sobre el autor e incluso sobre la víctima:

1- La primera consecuencia es que una sentencia condenatoria por uno de estos delitos dejará antecedentes penales, lo cual no ocurría antes con las faltas. Y si bien

[1] Desaparición que salvo alguna excepción no es tal, toda vez que el legislador realmente lo que ha hecho es que ha transformado las faltas en delitos leves.

[2] Art. 171-7; "Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de éste artículo."

[3] Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de éste artículo."

es cierto que el art. 80-2[4] del Proyecto de Reforma establece que a efectos de la suspensión de la pena no se tendrán en cuenta las condenas por delitos leves, no podemos olvidar que las consecuencias de tener antecedentes penales se extienden más allá del ámbito penal, con especial incidencia en el ámbito de los extranjeros, cuyos antecedentes por delitos leves puede conllevar la no renovación de los papeles de residencia, o a nivel general impedir el acceso a determinados cargos públicos o funcionariado, que requieren no tener antecedentes penales.

2- La segunda consecuencia que se derivaba del anteproyecto de reforma parece que ha sido corregida en el último proyecto, y estribaba en que la transformación en delito no se había limitado a trasladar, por decirlo de alguna manera, el texto del art. 620-2 CP a sus nuevas ubicaciones, sino que al hacerlo había desaparecido el inciso final relativo a la violencia intrafamiliar, por lo que se había perdido la diferenciación de cuando la conducta se producía en el ámbito familiar del resto de amenazas y coacciones leves, con lo que perdía el carácter de derecho simbólico, que a mi juicio, es uno de los pocos aciertos que tiene la actual regulación de los delitos y faltas de violencia intrafamiliar.

El anteproyecto de reforma englobaba sin distinción alguna estas conductas dentro del resto de coacciones y amenazas leves en las que no se daba la relación del art. 173-2 CP, lo que por un lado plantearía las dudas de si cabrían apreciarse las agravantes genéricas del art. 22-4 y del art. 23, ambas del CP, y por otro, volvería a suscitarse el fantasma de la inconstitucionalidad de los preceptos de amenazas y coacciones contra la mujer por parte del marido, toda vez que se hacía desaparecer precisamente el argumento del que se valió el Tribunal Constitucional para avalar la constitucionalidad de los mismos, y que no era otro sino que el diferente tratamiento punitivo estaba avalado por una situación de desigualdad histórica de la mujer en su relación con el hombre, lo que justificaba un diferente tratamiento punitivo. La desaparición de las faltas de amenazas en el ámbito familiar conllevaría que no solo ya no existiría un diferente tratamiento punitivo, sino que ya no existiría un tipo penal específico de amenazas y coacciones leves intrafamiliares. La diferencia ya no es a nivel punitivo, sino en la consideración de que solo una de las conductas merecía ser específicamente tipificada como delito especial por razón de los sujetos, y no las demás. En todo caso, habrá que estar a la espera de ver cuál de las dos propuestas de reforma es la que finalmente prospera y acaba adoptando el legislador.

3- Como tercera consecuencia podemos mencionar que se ha incluido entre las posibles penas a imponer la pena de multa. Dicha pena ya se había considerado inadecuada para delitos intrafamiliares en que al final el perjudicado es no solo el autor, o en muchos casos ni siquiera el autor, sino el núcleo familiar en su conjunto y la propia víctima que ven menguados los ingresos familiares y en consecuencia, los suyos propios. A pesar de las limitaciones establecidas en el art. 84-2 de que no cabe la imposición de la multa cuando haya relaciones económicas derivadas de una

[4] "Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves,…"

relación conyugal, de convivencia, filiación o descendencia común, habrá que estarse a como se interpreta el término "relaciones económicas". El término relación gramaticalmente supone según la RAE "trato o conexión", y el término económico supone una referencia a la economía, la cual se define por la RAE como "conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo". Con ello, y según la redacción del texto no cabe imponer la multa cuando ya no hay relación conyugal pero si la obligación de pagar pensiones, da igual quién a quién, pero si se podrá imponer cuando exista relación de afectividad y convivencia pero por ejemplo haya separación de bienes o la víctima dependa para su subsistencia del sujeto activo y este se limite a proporcionar subsistencia pero no haya una relación económica, con lo que finalmente si podría repercutir en la víctima. Todo ello sin perjuicio de que siempre cabe la posibilidad de que la pena de multa puede repercutir en el resto del núcleo familiar, como por ejemplo, los hijos o personas dependientes que no son las víctimas directas.

También hay que lamentar en cuanto a la pena que se mantenga la imposición de que la pena de localización permanente deba cumplirse en domicilio separado y alejado del de la víctima, toda vez que estamos hablando de hechos de naturaleza leve, que no tiene que conllevar necesariamente por parte de víctima y victimario la voluntad de ruptura de la relación familiar, y que puede además dejar en situación de desprotección a la víctima (cuando por ejemplo esta es un menor o un anciano dependiente del autor de la conducta, o cuando incluso es ésta la que tenga que abandonar el domicilio familiar). Asimismo, el cumplimiento en domicilio alejado de la víctima puede incidir negativamente en la economía familiar común, pues puede conllevar el pago de hotel y de dietas que al final son sufragadas desde la economía familiar, con lo que nuevamente se está penando a la víctima conjuntamente con el victimario.

4- Como cuarta consecuencia hemos de mencionar que en virtud del art. 57-2 del Proyecto de Reforma, procede cuando la sentencia sea condenatoria la imposición obligatoria de la prohibición de aproximación por periodo máximo de un año, lo que no sucedía con las faltas, y que nuevamente conllevará graves consecuencias paras las víctimas cuando la ruptura no sea deseada o cuando haya una situación de dependencia. Nuevamente incide de forma negativa en la economía familiar cuando la ruptura no es deseada y la familia se ve obligada a mantener dos domicilios durante el periodo de vigencia de la pena.

5- La quinta consecuencia que se producía con el primer proyecto de reforma parece haberse corregido, y estribaba en que la desaparición de las amenazas y coacciones leves intrafamiliares había supuesto la desaparición de la no exigencia de denuncia previa, por lo cual al quedar integradas en las amenazas leves normales se exigía como condición objetiva de procesabilidad la denuncia del agraviado o su representante legal, lo que nos parece especialmente gravoso en el caso de los menores de edad o personas en una especial situación de riesgo como pueden ser enfermos o ancianos cuando no puedan considerarse como especialmente vulnerables. Esta condición puede tener especial importancia en aquellos supuestos de padres que amenazan a sus hijos menores, dada la especial dependencia emocional de éstos hacia los progenitores, y que puede conllevar que no denuncien,

y obviamente, no van a interponer denuncia los propios autores, con lo cual quedarían en situación de desamparo. Nuevamente habrá que estarse a ver cuál es la redacción definitiva que adopte el legislador para ver si mantiene o no la no exigencia de denuncia previa en los casos de violencia intrafamiliar.

6- Todo lo expuesto anteriormente puede conllevar como consecuencia que las propias víctimas dejen de denunciar estos hechos ante la instrumentalización que sufren por el aparato judicial, la poca adecuación a las necesidades reales de las víctimas y las gravísimas consecuencias que a veces éstas tienen que soportar[5], con lo cual esta legislación finalmente ayuda a la perpetuación de estos hechos leves que con el tiempo pueden desembocar en conductas mas graves según se deriva del funcionamiento de la rueda y los ciclos de la violencia.

7- Finalmente, se mantiene la consideración de las penas, a pesar de su mayor penalidad, como penas leves[6].

II. MODIFICACIONES POR LA NUEVA REDACCION DEL ART. 147-2 DEL PROYECTO DE REFORMA

1- Al desaparecer la falta de lesiones, y por tanto la separación entre lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico ya que actualmente todas las lesiones pasan a constituir delito de lesiones, por parte de algún autor[7] se manifiesta que se va a permitir que muchas conductas que actualmente se integran en el art. 148-4 o 5 CP se integren en el art. 153 del mismo cuerpo legal.

Comparto el hecho que la redacción del apartado 2 no hace especial referencia a la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico, sino a la menor gravedad de la conducta por el medio empleado o por el resultado producido. Entiendo que efectivamente, la necesidad o no de tratamiento se convierte en un criterio interpretador del resultado producido teniendo en cuenta que cuando no requieran dicho tratamiento se integren en este apartado dos sin perjuicio de que cuando lo requirieran también pueda integrarse tal y como hasta ahora viene sucediendo, pero ya deja de ser un criterio de aplicación imperativo. Lo que no comparto es que

[5] Para una información más amplia, véase Torres Rosell, Nuria en "La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género" en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2009, pág. 475 y ss.*

[6] En contra, Fernández Hernández, A y Olloquiegui Sucunza, I. en "Faltas de amenazas y Coacciones" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, págs. 108 y 111, los cuales manifiestan que han pasado a ser delitos de amenazas y coacciones con pena menos grave. Sin embargo, si miramos la pena prevista (multa de uno a tres meses) y en virtud del art. 33-4 CP que establece que son penas leves entre otras la multa de hasta tres meses, así como del art. 13-4 CP que establece que cuando una pena puede incluirse entre las menos graves y las leves se considerará leve, y siendo un dato objetivo carente de cualquier posibilidad de interpretación a estos efectos, obviamente es una pena leve.

[7] Galdeano Santa María, A. en "Maltrato. Art. 153" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, pág. 539

vaya a haber un incremento de conductas provenientes del art. 148-4 o 5, por una sencilla razón. El art. 148-4 y 5 no han sido modificados, y siguen haciendo referencia a las lesiones del art. 147-1 C.P., por lo que jamás las lesiones del art. 147-2 C.P. aunque requirieran tratamiento médico han tenido cabida en el art. 153 C.P.

Lo que actualmente existe en nuestro Código Penal vigente es una laguna, de manera que en el ámbito de la violencia intrafamiliar las lesiones que no requieren tratamiento se penan en virtud del art. 153 CP, y las lesiones que requieren tratamiento médico encuadrables en el art. 147-1 C.P. producidas sobre esposa, pareja o expareja o persona especialmente vulnerable, se penaban por el art. 148-4 o 5 C.P. Lo que no estaba previsto es la tipificación de las lesiones contra esposa o persona especialmente vulnerable de forma específica que requerían tratamiento pero que se encuadraban dentro de las de menor gravedad del art. 147-2 C.P., exactamente igual que las lesiones con tratamiento del resto de integrantes del núcleo familiar. Estas son las que podrán con la nueva reforma finalmente reconducirse al art. 153 C.P. al haberse equiparado las lesiones con tratamiento de menor gravedad a las lesiones sin tratamiento y al maltrato.

2- Por otro lado, no comparto tampoco la opinión de algunos autores[8] en cuanto a que la inclusión del apartado 4 del art. 147[9] del Proyecto de Reforma de requerimiento de denuncia previa como condición objetiva de procesabilidad para las lesiones leves y el maltrato contemplados en el art. 147-2 y 3 C.P. respectivamente plantee problemas de interpretación a la hora de determinar si la misma también es de aplicación en cuanto al art. 153- C.P.. La condición objetiva es la que ha de ser expresamente reseñada en el delito tipificado, ya que si no llegaríamos al absurdo que al no venir expresamente excluida en delitos como el homicidio o el terrorismo, los mismos requieren denuncia de los perjudicados.

A mi juicio, que el art. 153 CP no haga referencia a ninguna excepción no tiene nada que ver a una omisión involuntaria, como reseñan otros autores[10] sino a que no existe ninguna condición objetiva en dicho artículo, y por tanto no es necesaria una excepción a la misma. Es cierto que el art. 153 C.P. hace referencia al art. 147 CP, pero solo al apartado 2, y nunca al apartado 4 de dicho artículo que es el contempla esa condición. Por tanto entiendo que, en primer lugar no existe ninguna condición objetiva de denuncia previa, y en segundo lugar, que ni siquiera está sujeto a ningún problema de interpretación, que en todo caso, y a mayor abundamiento, atendiendo a meros criterios de interpretación histórica, lógico-sistemática y teleológica, se resolverían a favor de que no existe dicha condición.

[8] Acale Sánchez, M. y Gómez López, R. en "Maltrato. Art. 153" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, pág. 535 plantean que la inclusión expresa de una excepción a este apartado en cuanto a los delitos de violencia intrafamiliar "determina que las lesiones leves y los maltratos castigados en el art. 153 han de haber sido denunciados por la víctima".

[9] "Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

[10] Galdeano Santa María, A. en "Maltrato. Art. 153" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, pág. 540 y ss.

III. EL ART. 13-4:.

El 13-4 del Proyecto de Reforma establece que cuando la pena pueda considerarse al mismo tiempo como leve o menos grave, la misma se considerará en todo caso como leve:

Ignoramos las razones del legislador para introducir ésta, cuanto menos, peculiar interpretación a la hora de la consideración de la gravedad de una pena, ya que el mismo artículo prevé que cuando una pena pueda ser considerada como grave o menos grave, se considerará en todo caso, como grave. Puedo interpretar que la mente del legislador está en todas esas antiguas faltas que pasan a ser delito y cuya penalidad además ha sido incrementada, sin darse cuenta de que ello va a afectar a los delitos cuyas penas hasta ahora no han tenido problemas para considerarse como menos graves.

A la luz del art. 13-4 del Proyecto de Reforma, por poner un ejemplo las penas de los arts. 153, 171-4 o 172-2 todos ellos del C.P., cuando se llegue a una conformidad en Juicio Rápido (que no podemos olvidar que conlleva la reducción del tercio de dicha pena), nos encontraremos con que algunas de las penas pasarán a ser leves, y por tanto la consideración final de la pena impuesta por el delito es que el mismo será también leve.

Ello implica que varían los plazos de cómputo para la cancelación de antecedentes penales, que pasan de 2 años a 6 meses (art. 136 Proyecto de Reforma), y sobre todo para la prescripción de las penas, que pasan de los cinco años al año (art. 133 C.P.).

También conlleva que no cabe su apreciación a efectos de reincidencia en virtud del art. 22-8[11] del Proyecto de Reforma, por lo que el condenado en estos supuestos por delitos de violencia intrafamiliar será considerado como delincuente primario.

Finalmente, este tratamiento del reo como delincuente "primario" tiene también su reflejo de cara a la suspensión de la pena, puesto que en virtud del art. 80-2 -1º del Proyecto de Reforma la pena por delitos leves no se tendrá en cuenta a efectos de la suspensión de la pena.

IV. LA REGULACION DEL DELITO DE ACOSO INTRAFAMILIAR

Una de las dos grandes novedades a efectos de la violencia intrafamiliar es la tipificación "ex novo" del delito de acoso, en su regulación del art. 172 ter apartado 2, 3 y 4[12] como acoso en el ámbito familiar. El autor que suscribe ya se había

[11] "A los efectos de este número no se computaran los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves".

[12] Art. 172 ter; "1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2º

manifestado a favor de la tipificación de este delito, ya que a día de hoy existe un vacío normativo respecto de determinadas conductas de hostigamiento hacia la víctima que se venían resolviendo, mal y de manera absolutamente forzada, mediante la apreciación de una falta o delito continuado de coacciones. Y digo mal, porque la mayor parte de estas conductas, como son seguir a una persona, mirarla en su trabajo, mandarla cartas, mensajes o llamadas, en sí mismas consideradas no son constitutivas de ningún ilícito penal, con lo que la consideración que se viene haciendo de que la suma de todas ellas supone un delito continuado atenta contra lo dispuesto en el art. 74-1 C.P. que exige que cada una de las acciones infrinja un precepto penal. Asimismo, gran parte de esas conductas no conllevan el empleo de la "violencia" inherente al ilícito de coacciones, por lo que nuevamente su derivación a tal delito o falta es nuevamente cuestionable.

Por ello, hay que celebrar que por fin el legislador haya decidido cubrir ese vacío normativo, aunque no haya que celebrar tanto el texto del mismo y la forma en que se ha tipificado.

1- En primer lugar y a nivel general de la figura de acoso no está bien determinado cual es el bien jurídico protegido, que parece oscilar según la Exposición de Motivos del Proyecto entre la libertad y la seguridad jurídica por un lado y el derecho a la tranquilidad y el sosiego por otro.

Si nos atenemos a la conducta parece que el bien jurídico protegido estriba en la seguridad, en el derecho a sentirnos seguros y tranquilos, en el derecho al sosiego. Pero si nos atenemos a su ubicación dentro del Título VI relativo a los Delitos contra la Libertad y a la que creo que es una desafortunada expresión, "que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana", parece que el bien jurídico protegido es la libertad, puesto que el hostigamiento o acoso te tiene que impedir desarrollar tu vida de una forma normalizada, forzándote a alterarla y por tanto a elegir libremente tu quehacer diario que se ve condicionado por la conducta hostigante, aunque ese quebranto de la libertad venga producido precisamente por el previo quebranto del sentimiento de seguridad.

Y digo que me parece desafortunada la expresión "que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana" porque ya se establece por el legislador de qué manera se tiene que ver alterada el desarrollo de la vida cotidiana mediante un

---

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. Si se trata de un persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. 5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada."

catálogo de conductas que por un lado parece querer tasar las conductas que pueden integrar el tipo penal pero que finalmente acaba recurriendo a la que considero que es analogía "in malam partem" ante la imposibilidad, obviamente, de recoger todas las formas en que puede hostigarse a una persona, con lo cual consideramos que hubiera sido mejor no tratar de recoger dichas conductas y haberse centrado a efectos de tipificación en la finalidad del hostigamiento.

Por otro lado, hay que interpretar que se entiende por "alteración". Si por alteración basta con ese quebranto del derecho a la seguridad y tranquilidad, es innecesario que lo recogiera el tipo porque es inherente ese quebranto a la propia conducta de acoso.

Si por alteración entendemos que es necesario que se manifieste de forma objetiva en el comportamiento o conducta de la víctima y que se vea forzada a cambiar la misma por el acoso, es mi opinión que el tipo penal va a dejar fuera muchas conductas de acoso en que la víctima no puede alterar su conducta porque se ve imposibilitada a ello por circunstancias ajenas, o sencillamente, porque prefiere hacer frente a esa situación de acoso con un reafirmamiento de su conducta para no mostrar ante el sujeto activo que tiene miedo y que el acoso surte efecto. Si la víctima sufre acoso porque su expareja la sigue de casa al trabajo y de trabajo a casa, y también a llevar y a buscar al hijo menor de cinco años al colegio, y se ve imposibilitada de alterar su conducta porque obviamente tiene que trabajar para poder subsistir, y el niño tiene que ir al colegio ¿entendemos que ya no se produce el tipo porque no hay una alteración de la conducta, aunque la víctima esté aterrorizada?

También habría que plantearse en su caso si la alteración de la conducta es el resultado típico o es una condición objetiva de penalidad, a efectos de si cuando se produce la conducta pero no la alteración dicha conducta queda impune, o estamos ante una tentativa.

Desde mi punto de vista, dicha expresión es un error del legislador, que debería desaparecer del texto definitivo, al considerar que basta para que nos encontremos ante una situación de acoso con la conducta hostigante, produzca o no el resultado deseado por el autor[13] y en todo caso, indiferentemente a que se vea alterada la conducta, lo que en todo caso debería ser como ya ocurre en las amenazas cuando se cumple la condición, un subtipo agravado. En todo caso, considero que el bien jurídico protegido en el delito de acoso es la integridad moral, dentro de la cual y como una más de las múltiples facetas que ésta puede encuadrar englobaríamos el derecho a la tranquilidad y el sosiego.

2- Considero que va a presentar problemas a efectos del acoso intrafamiliar que en el apartado 3 del mencionado artículo ya resuelve el concurso con los concretos actos de coacciones y de amenazas que integren el acoso mediante

[13] Teniendo en cuenta que además y en todo caso, la producción de dicho resultado en última instancia no depende del sujeto activo sino del sujeto pasivo, quién es el que decidirá si altera o no su conducta y en cuya decisión confluirán circunstancias totalmente ajenas a la acción cometida por el autor.

concurso real, pero no se resuelve sin embargo la relación concursal con el delito de violencia habitual, lo que puede plantar graves problemas concursales y de "ne bis in idem", puesto que la misma sucesión de actos ya se tiene en cuenta para la consideración de dicho delito, y por tanto habrá que analizar:

-Cuando solo concurren delitos de amenazas y/o coacciones, habrá que determinar si nos encontramos ante un delito de acoso que exige además que hemos de penalizar individualizadamente cada amenaza o coacción o si por el contrario estamos ante un delito continuado de éstos.

-Si por el contrario, los delitos de amenazas y/o coacciones integran tanto sus respectivos delitos continuados como el delito de acoso.

-Si nos encontramos ante un concurso de normas entre el delito de acoso y el delito de violencia habitual, y por tanto se trata de determinar cuál de los dos tipos penales es de aplicación de manera excluyente al otro.

-O si por el contrario la conducta integra tanto los tipos del delito de acoso en el ámbito familiar como del de violencia habitual, y nos encontramos ante un concurso ideal.

-O sobre todo, cuando ya se ha penado primeramente por un delito de acoso, si posteriormente y ante nuevos hechos, puedo integrar ese delito de acoso dentro de la violencia habitual, y además, integrar en su caso los diferentes delitos de coacciones y amenazas ya englobados en el primero.

-Hay que diferenciar entre si el delito de acoso se ha integrado solo por delitos de coacciones y amenazas (en el caso de que interpretemos que cabe la integración del tipo de acoso solo mediante tales conductas), o si se ha integrado también por otras conductas ajenas a las coacciones o las amenazas.

-Hay que interpretar si tenemos que determinar la integración en un tipo u otro de violencia habitual o acoso al mismo tiempo, o si ya ha habido una condena por el segundo y se ha cometido una nueva serie de actos.

-También hay que tener en cuenta que el delito de acoso requiere denuncia previa como condición objetiva de procesabilidad, por lo que, si no la hay, ¿penamos por un delito continuado de coacciones o amenazas que no lo requiere y en su caso de violencia habitual? Y si hay denuncia, ¿penamos por el acoso y ya no por éstos?

-La problemática considero que no es nada fácil de resolver, y de mantenerse la redacción del tipo penal me atrevo a vaticinar una oscilante y nada firme interpretación jurisprudencial al respecto.

En todo caso, considero que no deberían haberse integrado dentro del delito de acoso las coacciones y las amenazas, ya que precisamente el acoso se caracteriza por la reiteración de conductas en principio no delictivas en su uso ocasional y que incluso pueden ser hasta de uso habitual en nuestras relación con los terceros, que

por su reiteración no deseada por la víctima acaban produciendo una situación de hostigamiento. La reiteración de coacciones o amenazas ya está resuelta por el delito continuado con lo que no tiene sentido su inclusión además en el delito de acoso, y una sola coacción o amenaza no añade nada al delito de acoso porque sería preciso que existieran multitud de conductas ajenas a dichos delitos para la integración del tipo penal.

V. LA REGULACION DEL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO

Se crea ex novo el art. 172 bis 1[14] de compeler a otra persona con violencia o intimidación a contraer matrimonio.

En el fondo el tipo penal lo único que hace es tipificar una forma muy concreta de coacciones o en su caso de amenazas, y de hecho la pena a imponer es prácticamente la misma, ya que apenas varías de los 6 meses y tres años de las coacciones a los seis meses a tres años y seis meses del matrimonio forzado. Entiendo que la justificación de la expresa tipificación de lo que ya es un delito obedece sobre todo a razones de un Derecho Penal simbólico que ofrezca la imagen de la lucha contra la explotación, según la Exposición de Motivos, de la mujer en las diferentes formas en que la misma es sometida. Yo entiendo sin embargo que el tipo penal es de aplicación con independencia del sexo del sujeto pasivo toda vez que el tipo no especifica que éste tenga que ser mujer, y por tanto, también podría ser un hombre. Imaginemos dos adolescentes, hombre y mujer, que son obligados por sus respectivos padres a contraer matrimonio por cuestiones de política familiar y de unión de las dos familias.

Como problemática concreta que puede resultar del presente tipo penal podemos mencionar la siguiente:

1- No se especifica, a diferencia de otros delitos como el de robo con violencia o las agresiones sexuales, por ejemplo, la relación concursal con los delitos que pudieran concurrir en función del resultado lesivo de la violencia utilizada para compeler a contraer matrimonio, o en su caso, por la consumación del matrimonio. Entiendo que la relación con la primera, aunque no se especifique, es la de concurso real, integrando el tipo lo que supone el maltrato, la amenaza o la coacción, pero no el resultado lesivo del mismo, y ello atendiendo a una interpretación teleológica y lógico sistemática en relación con preceptos similares como los ya mencionados delitos contra la propiedad, contra la libertad sexual o contra el orden público.

Mayores problemas parece que va a plantear la relación concursal respecto a los delitos contra la libertad sexual, ya que aquí la relación, dependiendo de las concretas circunstancias puede ser tanto de concurso real como de concurso medial, en este último supuesto cuando la contracción de matrimonio es la única

[14] "El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados."

vía para el sujeto activo del delito contra la libertad o indemnidad sexual de forzar el mantenimiento de las relaciones sexuales.

2- Mayores problemas entiendo que se van a plantear en su relación concursal con la trata de personas[15], donde puede quedar interpretado como un tipo privilegiado del mismo atendiendo a que regula una conducta mucho más específica[16] y que por tanto, si entendemos que nos encontramos ante un concurso de normas, se aplicaría el de matrimonio forzado. Yo entiendo en todo caso que la relación concursal si se interpretara que cabría entender el matrimonio forzado como forma de servidumbre, esclavitud o explotación sexual, sería la de concurso ideal, siempre y cuando sea el mismo sujeto el que transporta o realiza cualquiera de las conductas del delito de trata y el que además compele a la contracción del matrimonio.

3- A diferencia de los restantes delitos de violencia en el ámbito familiar, la violencia o la intimidación puede o no producirse por alguno de los sujetos que aparecen recogidos en el art. 173-2 C.P., y si bien lo más habitual sería que el sujeto o sujetos activos sean los miembros de la familia de la víctima, pueden ser terceras personas o incluso los integrantes del núcleo familiar al que se pretenda vincular conyugalmente a ésta, por ejemplo, con la compra de niñ@s a los que luego se les obliga a casarse con el comprador o con tercera persona[17]. Puesto que la violencia o intimidación es previa a la contracción del vínculo matrimonial, creo que no se deben plantear dudas que el resultado lesivo por la violencia que ejerce el sujeto activo que pasa a ser cónyuge no integraría ningún tipo de violencia intrafamiliar puesto que es previa a la existencia del vínculo, salvo que ya hubiera una relación de noviazgo.

No se contempla además ninguna agravante en cuanto a si el sujeto activo mantiene relación del art. 173-2 C.P. con la víctima, por lo que sí podría aplicarse la agravante genérica de parentesco del art. 23 C.P., y puesto que tampoco se hace referencia expresa al género de la víctima, también puede aplicarse la agravante genérica de discriminación de género, raza, etc. del art. 22-4 C.P., si concurriera.

Para mí, los mayores problemas interpretativos vendrán en cuanto a la violencia que se ejerza una vez se haya formalizado el contrato matrimonial forzado en el seno intrafamiliar, ya que teniendo en cuenta que no habría auténtico consentimiento matrimonial y que en consecuencia el matrimonio sería nulo, plantearía dudas acerca de si la violencia ejercida durante el periodo en que se fuerce el mantenimiento de dicho matrimonio, es o no violencia intrafamiliar, cuando además no hubiera una previa relación de pareja entre la víctima y el cónyuge.

[15] Art. 177bis 1- a y b tanto del C.P vigente como del Proyecto de Reforma.

[16] En el mismo sentido, Maqueda Abreu, María Luisa en "El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, pág. 561.

[17] Como ejemplo de estos dos últimos supuestos, el secuestro de 276 niñas en Nigeria el 14 de Abril de 2014 por el grupo terrorista Boko Haram, muchas de las cuales fueron forzadas a contraer matrimonio tanto por el propio grupo terrorista como por los compradores.

Para ello habrá que interpretar si es suficiente para integrar la relación del art. 173-2 C.P. que objetivamente haya existido una relación conyugal aunque sea forzada y la misma no proyecte sus efectos en el ámbito civil, o si es preceptivo por el contrario que para integrar el 173-2 C.P. el matrimonio despliegue todos sus efectos en dicho ámbito. Entiendo que el tema no es fácil de resolver, e incluso hay que tener en cuenta que la violencia la puede ejercer la víctima del matrimonio forzado tanto contra el cónyuge como contra otras personas del 173-2 C.P., pensemos por ejemplo, contra la madre enferma del cónyuge de la víctima del matrimonio forzado, que no intervino nunca en el delito que estableció el vínculo familiar. ¿En este supuesto nos encontramos ante un delito de violencia intrafamiliar o ante un mero delito contra la integridad física?

Yo entiendo que no cabe una respuesta única y que habrá que estarse a la casuística concreta, y que el elemento clave de la interpretación no debe estribar en la legalidad civil del matrimonio (aunque a priori sería quizás el criterio que otorgara una mayor seguridad jurídica de cara a futuras interpretaciones), sino en la aceptación o no del sujeto del vínculo del matrimonio forzado. Por tanto, cuando el sujeto activo del acto violento es también autor o partícipe del delito de matrimonio forzado actúa con la aceptación de la existencia del vínculo matrimonial, y por tanto, acepta que el acto violento se produce en el seno familiar. Por el contrario, cuando el acto violento lo realiza la víctima del matrimonio o persona ajena a la realización del matrimonio forzado, no existe la aceptación de ese vínculo, y la conducta no debería integrarse en los tipos penales de violencia intrafamiliar. Soy plenamente consciente que esta interpretación es altamente criticable primero porque aumenta la inseguridad jurídica, y segundo, porque hace recaer en el propio sujeto activo de la violencia la consideración de la existencia de uno de los elementos del tipo cual es la relación entre víctima y victimario. Pero por un lado considero que es la interpretación que más se adapta a criterios de justicia material, y segundo, es que en el fondo la subjetividad no es tal subjetividad, puesto que va a venir determinada por un dato objetivo, y es la participación del sujeto activo de la violencia en el delito de matrimonio forzado.

VI. EL NUEVO DELITO DE INJURIAS Y VEJACIONES INJUSTAS

Las injurias y vejaciones pasan a ser delito leve tipificado en el art. 173-4[18] Proyecto de Reforma, que en un primer momento planteaba la desaparición de la pena de localización permanente imponiéndose la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, lo que nuevamente podía suponer que la consecuencia del ilícito recayera sobre la víctima además de sobre el penado, o incluso solo sobre la víctima

[18] "Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal."

por lo ya expuesto anteriormente. En el último proyecto se ha corregido y se han incluido como pena la localización permanente limitando el uso de la multa pero en todo caso, con los mismos problemas relativos a ambas penas expuestos al hablar de las amenazas y las coacciones. Y nuevamente habrá que estarse a lo que el legislador finalmente tipifique ante las modificaciones que se están produciendo durante la tramitación.

Mencionar que aquí si es preceptiva la denuncia del agraviado o su represente legal como condición objetiva de procesabilidad para el caso de la injurias, y no así para las vejaciones. Siendo de lamentar, eso sí, que no se incluyera en el supuesto de menores o incapaces la posibilidad de denuncia del Ministerio Fiscal, especialmente para aquellos supuestos en que sin llegar constituir un delito de violencia habitual, si se produzcan injurias que excedan el digámoslo "uso habitual" de las mismas en una relación de familia y fuera conveniente ponerle fin en una fase inicial, y no esperar a que la conducta pueda derivar en supuestos más graves, o se produzcan consecuencias realmente gravosas para la víctima[19].

VII. CRITICAS POR LOS CAMBIOS NO INTRODUCIDOS POR EL LEGISLADOR EN EL PROYECTO DE REFORMA

Finalmente, no quiero terminar el presente artículo sin lamentar la oportunidad perdida por el legislador de aprovechar la reforma para corregir todos los errores de la actual legislación y que tanto se han puesto en evidencia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

-En primer lugar, se deberían haber unificado bajo un mismo capítulo todos los delitos de violencia intrafamiliar, que no solo cumpliría más eficazmente los fines de derecho penal simbólico, sino que facilitaría la interpretación y aplicación de los tipos penales por los profesionales del Derecho.

-Se debería haber definido y diferenciado correctamente la violencia intrafamiliar de la violencia de género, y haber incluida toda la violencia de género en la legislación sin distinción por un lado respecto al sexo sobre el que se vierta la conducta, y por otro y dentro de un mismo sexo, sin que la misma quede sujeta a la especial relación conyugal con el sujeto activo.

-Debería paliarse en lo posible la instrumentalización de la víctima y el incremento de la victimización secundaria y terciaria que la actual legislación produce. La víctima es apartada de decisiones tan trascendentales para sí misma como el de ser oída a efectos de la imposición de la pena de alejamiento, la cual se sigue imponiendo de forma preceptiva tanto de forma directa como pena, así como condición para la

[19] Pensemos por el ejemplo, en la madre que cuando pierde los nervios con la hija menor, la llama "gorda, fea, etc.…". A largo plazo, ello puede provocar graves problemas de autoestima. Antes de llegar a poder calificarlo como lesiones, a lo mejor es conveniente atajarlo cuando estamos en una fase inicial de meras injurias.

suspensión de la de prisión. La víctima es instrumentalizada por el aparato judicial convirtiéndose únicamente en el arma a utilizar contra el sujeto activo para lograr una condena, despojándola nuevamente del poder de decisión y hasta en algunas cuestiones trascendentales, de opinión, llegando a sufrir incluso una victimización mayor en el caso de las víctimas mujeres parejas o exparejas que el resto de víctimas de violencia intrafamiliar y por supuesto que víctimas de otros delitos diferentes.

-Se sigue sin resolver la problemática en torno al bien jurídico protegido, especialmente en relación al delito de violencia habitual del art. 173-2 C.P. con una jurisprudencia y una doctrina que van en dirección contraria, y que oscila entre un bien jurídico plural en torno a la paz familiar de la primera y la integridad moral de la segunda.

-Se debería, finalmente, permitir la mediación como un medio de resolver la problemática en torno a la violencia familiar y de género, no como un modo sustitutivo o alternativo de la pena, sino como un medio complementario a la misma[20].

[20] Sobre la realidad social de la violencia de género y la incapacidad de la actual legislación para dar respuesta satisfactoria a la misma así como sobre la mediación, véase Paíno Rodríguez, Francisco Javier en "La violencia intrafamiliar como realidad social y medidas jurídicas para combatirla", *en Anuario Alerta Informativa nº 3*, marzo 2014, Perú. Asimismo, sobre la mediación, véase Ríos Martín, Julián Carlos en V.V.A.A. "Justicia Restaurativa y mediación penal: análisis de una experiencia (2005-2008)", disponible en wwww.poderjudicial.es el 27 de Mayo de 2014.

ESCRACHES: ¿HACIA LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL?

VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

Los escraches, como forma de protesta social, surgen en un país sumido en un momento de profunda crisis económica, elevado índice de desempleo, y donde las medidas de austeridad adoptadas tanto por el Gobierno central como por los Gobiernos autonómicos han afectado severamente al funcionamiento de servicios básicos como la sanidad o la educación que han afectado a la mayoría de la población. La protesta social frente a las consecuencias de la crisis y a las políticas públicas ha ido evolucionando, quizás ante la absoluta falta de reacción de los poderes públicos frente a formas de protesta más clásicas, como las típicas manifestaciones o concentraciones, y cada vez la resistencia de los grupos afectados por decisiones que, consideran, violan sus derechos, son más organizadas[1].

Un grupo destacado dentro de las redes de movimientos sociales (junto, por ejemplo, al 15M, la Marea Blanca, la Marea Verde, las Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos, etc..) es la **Plataforma de Afectados por la Hipoteca** (inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior), que surgió en Barcelona durante el 2009 y aunque ahora cuenta con presencia en toda España y agrupa a personas que tienen dificultades para pagar su hipoteca o se encuentran en proceso de ejecución hipotecaria y a personas solidarias con su causa.

En su estrategia de movilización social para concienciar a la población y a los poderes públicos del problema que les afecta y exigir soluciones, esta asociación presenta una **Iniciativa Legislativa Popular** titulada "*Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social*", que fue aceptada en 2012.

En la web de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca se puede comprobar cómo esta campaña de escraches, no fue la dinámica inicial, sino que es la continuación de una serie de acciones de reivindicación que tuvo precedentes como

[1] Según los datos facilitados por el gobierno, en 2012 se celebraron más de 14.700 manifestaciones en toda España. Según la Delegación de Gobierno en Madrid, únicamente en esa ciudad hubo 3.419 manifestaciones en 2012, en 2013, la cifra ascendió a 4.354. En Barcelona hubo 3.287 manifestaciones en 2012 y en 2013 a 20 de junio había habido 1.918. (Informe Amnistía Internacional. España. El Derecho a protestar, amenazado).

el envío masivo de mails (se enviaron en total según la página más de un millón de mensajes[2]) a parlamentarios solicitando la aprobación de lo solicitado en la ILP[3].

"No podemos perder más tiempo. Hay vidas literalmente en juego y hay que actuar de manera inmediata. Por este motivo solicitamos a su grupo parlamentario que se comprometa por escrito a defender las demandas que contiene la ILP desde hoy mismo, a votar favorablemente en la tramitación de la ILP y en la posterior votación de la misma. Exigimos un posicionamiento claro. Sin rebajas ni concesiones de ningún tipo.

En caso de no recibir respuesta afirmativa, entenderemos que su partido renuncia a escuchar la voluntad de una incontestable mayoría. En ese caso, no tendremos otra opción que señalar públicamente a los diputados de su grupo parlamentario como responsables directos del sufrimiento y el dolor de miles de familias de este país" [4].

Sólo cuando el Congreso reformuló la Iniciativa Legislativa Popular y la procesó junto con el *Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores*, presentado por el gobierno, la PAH, considerando que la iniciativa del gobierno desvirtuaba la iniciativa popular, emprendió la organización de concentraciones pacíficas para transmitir su mensaje de protesta. La campaña denominada "**Hay vidas en juego**" solicitaba que representaran los intereses de las personas afectadas por las ejecuciones hipotecarias. Se trataba de concentraciones de un número no muy elevado de personas que se realizaron de forma pacífica ante las sedes del Partido Popular o cerca de los domicilios de sus políticos. La esencia del escrache consiste en apuntar directamente los mensajes acusadores contra la persona, levantando los velos que la institución, la organización, el cargo, etc, interponen habitualmente al discurso de la responsabilidad[5].[6].

[2] También tuvo una versión "en papel" con el envío de postales a diputados (http://nosomosnumeros.tumblr.com/)

[3] http://escrache.afectadosporlahipoteca.com/2013/02/08/campana-de-envio-masivo-de-mails-exige-al-ppque-vote-a-favor-de-la-ilp/

[4] El 6 de marzo de 2013, la PAH anuncia en Madrid su campaña de escraches para que se apruebe la ILP. "*Con esta campaña, que en Madrid se ha presentado la mañana del miércoles 6 frente al Congreso, la PAH divulga en territorio español el escrache, un tipo de activismo así nombrado en la Argentina de los años 90 y 2000 para señalar a los responsables de la represión durante la dictadura de la Junta Militar (…) se tratará en el caso español de un señalamiento completamente pacífico y sin insultos. Y efectivo: horas después del anuncio, y sin que se hubiera efectuado escrache alguno, los grupos parlamentarios de Coalición Canaria y Convergencia i Unió anunciaron que no presentarían enmiendas a la ILP*". https://www.diagonalperiodico.net/moviemientos/la-pah-anuncia-madrid-su-campana-escraches-para-se-apruebe-la-ilp.html

[5] PAREDES CASTAÑON, J.M. "Escrache: ¿es delito?", *Temas de aprendizaje y de experiencia*, http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2013/03/escrache-es-delito.html,

[6] En nuestro país, hemos contemplado escraches de muy diversa índole y muy diversa finalidad y con objetivos antitéticos o contrapuestos ideológicamente. Reuniones ante clínicas abortistas o ante teatros o cines en los que se proyectan obras que según los grupos reunidos ofenden sus sentimientos. Hasta el momento nadie había reaccionado antes estas situaciones aunque algunas veces sí que se habían producido graves alteraciones y peligro para las personas. MARTÍN PALLÍN, "El "escrache": ¿un delito o una forma de ejercitar derechos constitucionales?", *Diario La Ley*, nº 8090, 24 de mayo de 2013. También el cobrador del frack.

Este carácter pacífico de las concentraciones quedaba claro desde el principio. La Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH)[7], publicó un microsite en su web[8] donde proporciona un protocolo de actuación que invita a imprimir y repartir en las acciones y asimismo un kit de activismo en redes (kit de recursos gráficos o información sobre cómo montar una campaña en tu ciudad). Citando un párrafo literal del Protocolo de Actuación en los escraches de la PAH: "*Este documento contiene los criterios de actuación que seguiremos durante los escraches. Como siempre, todas las convocatorias de la PAH* ***son de carácter pacífico y rechazan cualquier agresión, verbal o física, que se pueda producir ya sea contra participantes en la concentración, contra trabajadores/as de los medios de comunicación, con los que siempre colaboramos e invitamos a cubrir nuestras acciones, o contra la persona a señalar.*** *Este texto se leerá y repartirá en forma de flyers entre los participantes antes de empezar la acción*".

Sin embargo, la respuesta del Partido Popular y de sus representantes fue furibunda.

El Ministerio del Interior emitió una circular urgente a todas las comisarías de policía en la que les daba instrucciones para que no permitieran concentraciones a menos de 300 metros de las viviendas de políticos y cargos públicos. La Fiscalía General del Estado distribuyó una circular a los fiscales en la que se refería de manera genérica a "situaciones de acoso al entorno personal de diversos representantes parlamentarios y otros cargos institucionales" y pedía que se informase a la Secretaría Técnica "de todos los acontecimientos de dicha índole que se produzcan en el territorio de su Fiscalía".

A pesar de las excepcionales medidas que trataban de impedir su celebración, se realizaron finalmente una serie de escraches, sin embargo, un número tan escaso —la prensa informa que fueron alrededor de 31— que nos debería hacer reflexionar sobre si las medidas adoptadas fueron eficaces en la represión de esta forma de protesta o si bien fueron desproporcionadas ante la escasa importancia del fenómeno, y los motivos que podrían ocultarse detrás de dicha desproporción.

Algunos de los escraches realizados que tuvieron más repercusión social e incluso algunos con transcendencia judicial fueron:

1—16 de marzo de 2013. Escrache en la calle a Carmen Rodríguez Maniega, diputada por Asturias del Grupo Popular [9]**.** Denuncia por acoso a las plataformas contra los desahucios.

[7] Nos referiremos principalmente a los escraches correspondientes a la campaña de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) "Hay vidas en juego", desarrollada en marzo, abril y mayo de 2013, con indicaciones a otros.

[8] http://escrache.afectadosporlahipoteca.com

[9] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_133315_73_1333154_1333154.next_page=/wc/fichaDiputado&idDiputado=348

2—19 de marzo de 2013. Escrache a Marcial Marin, consejero de Educación, Cultura y Deportes de Castilla-La Mancha [10] (escracheado en la Estación de Atocha) [11]

3—20 de marzo de 2013. Escrache en su casa a Esteban González Pons, diputado por Valencia [12]**.** Acuden tres furgonetas de la Policía Nacional y realizan 60 identificaciones por un posible delito de coacción. Esteban Pons, compara el escrache con la coacción que sufrían empresarios y políticos por parte de ETA, denuncia a varios miembros de la Plataforma y la PAH ha respondido querellándose contra él por injurias y calumnias.

La Juez no ve delito y archiva (AUTO. 21 agosto 2013 Juzgado de Inst. Núm.21 de Valencia / Diligencias Previas Nº1588/2013): "*Así lo señala en un auto en el que considera que las personas pertenecientes a la Plataforma de Afectados por las Hipotecas -hasta 25 o 30- que se concentraron ante el domicilio del dirigente 'popular' en el centro de Valencia "se limitaron a permanecer en el lugar durante un tiempo aproximado de hora y media", de forma "pacífica" y sin proferir amenazas o insultos hacia el denunciante ni su familia. Asimismo, indica que no se alteró el orden público, no se interrumpió la libre circulación de los vehículos por la calle y no se desobedeció las indicaciones de los agentes, por lo que la actuación de la mayoría de los participantes queda amparada en el "legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión*".

"*Dos participantes en el escrache ante la vivienda en Valencia del vicesecretario de Estudios y Programas del PP, Esteban González Pons, serán juzgadas por una supuesta falta de coacciones. Así lo ha decidido la juez que ha instruido la denuncia del dirigente popular, que acusó a miembros y simpatizantes de la plataforma de afectados por las hipotecas (PAH) de aporrear la puerta de su casa y asustar a sus hijos, que se encontraban en la vivienda, durante la protesta realizada el pasado marzo*". **González Pons finalmente retira la denuncia por el escrache:**

4—27 de marzo de 2013. Escrache a Dolors Montserrat Montserrat, diputada del Grupo Popular por Barcelona.

5—3 de abril de 2013. Escrache en las oficinas del ayuntamiento a Eva Durán Ramos, concejala en el Ayuntamiento de Madrid [13] y diputada por el Grupo Popular en el Congreso [14]

6—4 de abril de 2013. Escrache en su domicilio a María Luz Bajo Prieto, diputada del Grupo Popular por Madrid [15]**.**

[10] http://educa.jccm.es/es/consejeria-educacion/marcial-marin-consejero-educacion-cultura-deportes

[11] http://eldiadigital.es/not/78937/

[12] https://es.wikipedia.org/wiki/EstebanGonz%C3%A1lezPons

[13] http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Puente-de-Vallecas/D%C3%B1a.-Eva-DuranRamos?vgnextfmt=default&vgnextoid=6f694eea9dab3110VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnextchannel=3970ca5d5fb96010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD

[14] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/fichaDiputado&idDiputado=160

7—5 de abril de 2013. Escrache en su vivienda a Soraya Sáenz de Santamaría, vicepresidenta del Gobierno, diputada en el Grupo Popular por Madrid [16]**.** "*En la visita al domicilio de Soraya Sáez de Santamaría han participado algo más de doscientas personas. Han marchado tranquilamente por la calle gritando consignas, han llegado hasta la vivienda de la dirigente política del Partido Popular y algunos afectados por los desahucios han comentado megáfono en mano su situación personal*"[17].

8—6 de abril de 2013. Escrache a Ramón Luis Valcárcel, Presidente de la Comunidad Autónoma de Murcia [18]

9— 9 de abril de 2013. Escrache a Eloy Suárez Lamata, concejal portavoz del PP en el Ayuntamiento de Zaragoza y diputado en el Grupo Popular por Zaragoza [19]. "*La Delegación del Gobierno en Aragón ha iniciado expediente sancionador a 51 personas que el pasado día 9 participaron en Zaragoza en un escrache ante el domicilio del diputado del PP Eloy Suárez y que fueron identificadas por agentes del Cuerpo Nacional de Policía. El expediente sancionador se incoa por incumplir lo previsto en la ley de derecho de reunión y la ley de seguridad ciudadana*" [20]. Todas las propuestas de sanción, menos una, eran de 200 euros. También imponían a Pablo Hijar una multa de 1.500 euros al señalarlo como "portavoz" de Stop Deshucios y "organizador" del escrache. En total en el proceso la Delegación que dirige Gustavo Alcalde pretendía un castigo colectivo que Stop Desahucios valoraba en unos 11.500 euros sumando las 51 sanciones posibles. Además se abrió un proceso judicial en el Juzgado Número 10 de Zaragoza contra Pablo por "coacciones" -según catalogaba la fiscalía la participación del compañero en el escrache, al calor del atestado policial-. El pasado 9 de octubre el juzgado archivo la causa. Una vez archivado el proceso judicial la Delegación del Gobierno ha comunicado que reanuda el expediente sancionador con la propuesta inicial de 1.500 euros.

10—10 de abril de 2013. Escrache a Jesús Gómez Ruiz, Alcalde de Leganés y diputado de la Asamblea de la Comunidad de Madrid [21]

11—11 de abril de 2013. Escrache a Beatriz Rodríguez-Salmones Cabeza, diputada por el Grupo popular en el Congreso [22]

---

[15] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/fichaDiputado&idDiputado=250

[16] https://es.wikipedia.org/wiki/Soraya_S%C3%A1enz_de_Santamar%C3%ADa

[17] http://www.diagonalperiodico.net/global/esta-es-casa.html

[18] https://es.wikipedia.org/wiki/Ram%C3%B3n_Luis_Valc%C3%A1rcel

[19] https://twitter.com/eloysuarezl

[20] http://www.20minutos.es/noticia/1785247/0/expediente-escrache/diputado-pp-zaragoza/eloy-suarez/

[21] https://es.wikipedia.org/wiki/Jes%C3%BAs_G%C3%B3mez_Ruiz

[22] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/fichaDiputado?idDiputado=212

12—12 de abril de 2013. Escrache a Jesús Posada, Presidente del Parlamento, diputado por Soria [23]

13—13 de abril de 2013. Escrache a José Cruz Pérez Lapazarán, diputado en el Congreso por Navarra[24]

14—14 de abril de 2013. Escrache en su casa a Santiago Lanzuela Marina, diputado del Grupo Popular por Teruel. El Juzgado de Instrucción número 2 de Teruel ha abierto diligencias previas tras recibir una denuncia del diputado del PP por Teruel al Congreso, Santiago Lanzuela, sobre el escrache que tuvo lugar en las proximidades de su domicilio en Cella (Teruel) el pasado día 14 de abril. **El juez archiva las diligencias abiertas por el escrache a Santiago Lanzuela:** El juez, que hace referencia a sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (105/1990 y 85/1992, entre otras), considera que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 de la Constitución, los límites permisibles de la crítica son "más amplios" si ésta se refiere a personas que por dedicarse a actividades públicas están expuestas a un riguroso control de sus actividades y manifestaciones.

15—19 de abril de 2013. Escrache a Cristóbal Montoro, Ministro de Hacienda, diputado del Grupo Popular por Sevilla[25].

16—10 de mayo de 2013. Escrache en el salón del automóvil de Barcelona a Mariano Rajoy, Presidente del Gobierno, Presidente del PP y diputado del Grupo Popular por Madrid [26] (último escrache de la campaña de la PAH).

Aunque, en algunos de estas concentraciones, grupos concretos o manifestantes individuales han protagonizado incidentes violentos, la mayoría de los actos han sido absolutamente pacíficos. Sin embargo, se ha denunciado reiteradamente el uso excesivo de la fuerza y de malos tratos por parte de agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad durante las actuaciones relacionadas por las protestas; denuncias éstas que no han conseguido que se lleven a cabo investigaciones internas y judiciales adecuadas sobre los hechos denunciados.

La policía ha sometido a comprobaciones colectivas de identidad a manifestantes pacíficos durante las manifestaciones o incluso antes de ellas, y también se ha informado de un aumento de las multas administrativas impuestas a personas por asistir a protestas o reuniones similares[27].

---

[23] https://es.wikipedia.org/wiki/Jes%C3%BAs_Posada

[24] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/fichaDiputado?idDiputado=224

[25] https://es.wikipedia.org/wiki/Crist%C3%B3bal_Montoro

[26] https://es.wikipedia.org/wiki/Mariano_Rajoy

[27] **Interior difunde una Instrucción que ordena identificar y detener a quienes hagan escrache a políticos:** "*Contra quienes ejercen actos de hostigamiento y acoso a miembros de Partidos Políticos, sedes de partidos, etc. Se procederá en primer lugar a identificar para sanción a quienes participen en estos actos, con arreglo a la Ley de Seguridad Ciudadana o bien, si se tratará de actos constitutivos de delito se procederá a la detención de dichas personas conforme a la legislación vigente*", *dice la Instrucción a la que ha tenido acceso Europa Press. En esa misma nota de apenas un párrafo y firmada*

La retórica del Partido Popular, cuyos representantes han sido destinatarios de los escraches, ha sido la estigmatización de los movimientos sociales que promueven las protestas, se les han denominado Nazis, Filoetarras, Kale Borrokas, comunistas y se ha calificado el conjunto de protestas como acoso intolerable[28].

Varios de los "escrachados" o sus familiares, cohabitantes de la vivienda en cuyas cercanías se realizaron las concentraciones, acudieron a los tribunales. A continuación analizaremos las resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre estos acontecimientos.

1. Resoluciones judiciales

—**Resoluciones de la jurisdicción penal**: en las que se analiza si los escraches pueden ser considerados delitos.

Las reacciones valorativas frente a los escraches en las ocasiones en las que se han pronunciado los órganos jurisdiccionales penales coinciden en afirmar que no existe actividad delictiva alguna.

---

por la Dirección Adjunta Operativa que dirige Eugenio Pino "se ruega máxima difusión". http://www.eldiario.es/politica/Interior-Instruccion-identificar-escrache-politicos_0_115838770.html

[28] Por ejemplo, en Gandía (Valencia), el alcalde declaró que la PAH copiaba métodos "nazis" cuando 50 miembros de la Plataforma se manifestaron pacíficamente ante la sede del Partido Popular en la zona para pedir apoyo a la ILP sobre los desahucios. El alcalde declaró ante los medios de comunicación: "Cuando he visto que iban a hacer un escrache, después de ver todo lo que han hecho con los políticos, he pensado que por ahí no vamos a pasar. No vamos a permitir que nos amenacen. Los escraches lo que hacen es utilizar métodos que han sido utilizados por dictaduras, estos métodos han sido utilizado por los nazis para señalar a los judíos". Especialmente preocupante fue la declaración de la Delegada de Gobierno en Madrid, Cristina Cifuentes, cuando se refirió personalmente a la portavoz de la PAH. Ada Colau, vinculándola a "grupos filoetarras" y acusándola de apoyar a dichos grupos. La delegada comparó las acciones de protesta de la Plataforma con acciones de lucha callejera (kale borroka). "No es solamente un grupo que esté apoyando a las personas desahuciadas, sino que están siguiendo una estrategia política… radical". Cifuentes ha acusado a la portavoz de la PAH, Ada Colau, de haber apoyado a Bildu, a Sortu y a otros grupos "filoetarras" y de emprender una "estrategia política radical" a partir del movimiento antidesahucios. "*Ada Colau y las personas que están en la plataforma antidesahucios han manifestado su apoyo, en determinadas ocasiones, a Bildu, a Sortu y a esos grupos que a mi modo de ver y el de muchos españoles tienen que ver con entorno de ETA*". Por su parte, el consejero de Justicia y portavoz del Gobierno de la Rioja publicó el 4 de abril de 2013 el siguiente tuit: "Nazis, comunistas, franquista… Ahora…Ada Colau". Cuando se preguntó por la protesta de la PAH al presidente de la Comunidad de Madrid dijo a los medios de comunicación que confiaba en que "las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado actúen con rotundidad en estos casos". La presidenta de la Comunidad de Castilla-La Mancha y secretaria general del Partido Popular, María Dolores de Cospedal, declaró también que "no se consigue nada acosando", y calificó esa forma de protesta de "nazismo puro". En Cataluña, el presidente de las Nuevas Generaciones del Partido Popular en Sant Cugat, miembro también del equipo dirigente del partido en Cataluña, publicó el 6 de mayo de 2013 el siguiente tuit: "Hasta que la PAH no se desvincule de grupos radicales y partidos del entorno de ETA su mensaje no tendrá la validez que buscan. Van por mal camino". El presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, ha calificado de "antidemocrático" el "acoso" al que miembros de la Plataforma Antidesahucios (PAH) están sometiendo a diputados en sus domicilios y ha defendido las medidas del Ejecutivo para "conciliar" la "difícil situación" que viven muchos ciudadanos con la necesaria "seguridad jurídica".

En este sentido, el **Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrelavega de 20 de abril de 2013, sobreseimiento libre en relación con el escrache de Stop desahucios frente al domicilio del Alcalde de Torrelavega**, estima que no existen indicios de que se cometiera delito o falta alguno ni de injurias, ni de amenazas ni de coacciones. Se argumenta que los arts. 20 y 21 CE legitiman a las personas denunciadas para manifestarse contra los desahucios "en cualquier lugar público como puede ser la calle, ante la puerta de su domicilio (…) siempre que, como ha sido el caso, lo hagan pacíficamente"; añade que "es servidumbre de todo cargo público, en un régimen democrático (art. 1.1 CE) soportar pacientemente las molestias que le puedan causar este tipo de actos " (…) "de modo que la protección del honor (de las personas con cargos públicos) disminuye y la de la intimidad, aunque no totalmente, se diluye" y recoge a continuación la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a tenor de la cual en tales casos quedan amparadas por las libertades de expresión e información, no sólo las críticas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras "que puedan molestar, inquietar o disgustar". En una línea muy parecida el **Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 10 de mayo de 2013**, en virtud del cual se archivan las actuaciones iniciadas con motivo del escrache celebrado delante del chalet de la vicepresidenta del gobierno.

—Resoluciones judiciales administrativas

Desde distinta óptica a la penal, la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia sobre el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de reunión y manifestación en un plano previo, es decir, sobre la legitimidad de la prohibición preventiva de una reunión, en un momento anterior, por tanto, a que ésta se pueda realizar, en cuanto a si su prohibición respeta en el caso concreto las directrices constitucionales que se establecen en el art. 21.2 CE a efecto de la limitación del derecho de reunión y manifestación pacífica y sin armas.

Las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 218/2013 y 219/2013, de 16 de abril —también la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 355/2013, de 20 de mayo— 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. Estas resoluciones asumen la posición de la Administración y del Ministerio Fiscal y consideran que semejante medida resulta proporcionada en el caso concreto pues, de llevarse a cabo las concentraciones propuestas, se hubiera producido una extralimitación del derecho de reunión y una injerencia injustificada en el derecho a la intimidad personal y familiar de los representantes políticos. Así se afirma que "para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión es preciso que existan razones fundadas —lo que implica una exigencia de motivación— para concluir que el ejercicio del derecho de reunión, como se ha proyectado por el organizador,

producirá una alteración del orden público con peligro para personas y bienes, o bien "la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4)""[29].

Sin embargo, son **numerosísimas las multas** que se vienen imponiendo desde que aumentaron las protestas sociales. Se han incrementado las sanciones administrativos impuestas por participar en manifestaciones, justificadas, en general, sobre la base de la alteración del orden público o la desobediencia a órdenes de la policía: por ejemplo, desobedecer la orden de abandonar una concentración o manifestación que no se ha notificado, aunque no se haya producido ninguna alteración del orden público.

¿Cómo debemos valorar entonces esta situación? Empecemos por analizar los derechos enfrentados.

El derecho a la libertad de reunión pacífica, junto a los derechos, estrechamente relacionados, a la libertad de asociación y de expresión, que puede ser ejercido por personas, grupos y asociaciones y que constituye los cimientos de una sociedad democrática pues supone que los ciudadanos puedan expresar su opinión, está consagrado en el **art. 21 de la Constitución Española**, y en numerosos **Tratados de Derechos Humanos** en los que España es parte[30], que implican la obligación de respetar, proteger y realizar estos derechos, es decir, de garantizar que sus propios agentes no los violan y que estos derechos no son objeto de restricciones, salvo las que sean demostrablemente **necesarias y proporcionadas para un fin legítimo permitido**. Los Estados firmantes también están obligados a proteger el ejercicio de estos derechos frente a la injerencia de terceros, y a garantizar que las personas dentro de su jurisdicción pueden ejercer estos derechos en la práctica.

Conforme a la interpretación del **Tribunal Constitucional**[31] —que coincide con el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**—, la libertad de expresión no se limita a las informaciones o ideas que son favorablemente acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino que lógicamente se extiende también a las que chocan o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población; y ello por cuanto el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son inherentes a toda sociedad democrática.

El ejercicio del derecho a la libertad de reunión consagrado en el art. 21 CE se realiza mediante la **LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión**, que contiene una definición de los distintos tipos de reunión y establece los requisitos legales para

[29] En idéntico sentido SSTC 566/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 42/2000, de 14 de febrero, FFJJ 2 y 5; 193/2011, de 12 de diciembre, FFJJ 3,4 y 5.

[30] como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. También está contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[31] ha definido el derecho de reunión como "la manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones".

ejercer este derecho. La **LO 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana,** que capacita a las fuerzas de seguridad para emprender acciones dirigidas a mantener en orden público durante manifestaciones o reuniones (para proteger su celebración, para disolverlas cuando hayan sido prohibidas, para realizar controles de identidad y establece las infracciones y sus sanciones acciones para mantener o restablecer la seguridad pública, especialmente en el caso de alteraciones causadas por grupos de personas o de situaciones de inseguridad pública grave). La Ley también prevé que, al ejercer sus funciones de indagación o prevención, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, podrán requerir a las personas que se identifiquen y podrán realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública, si el conocimiento de la identidad de esas personas fuera necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad pública.

Las restricciones a la libertad de reunión pacífica, no supondrán una restricción inadmisible de un derecho fundamental si:

—están establecidas en la ley;

—tienen como finalidad proteger ciertos intereses públicos (la seguridad nacional o la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud o la moral públicas) o los derechos y libertades de otras personas; y,

—son demostrablemente necesarias para lograr ese fin.

Las autoridades podrán disolver una manifestación por varios motivos, entre ellos que se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, o que los asistentes utilicen uniformes paramilitares (art. 5 LO 9/1983) y podrán prohibirlas si existe riesgo (art. 10 LO 9/1983) o en su caso proponer una modificación de fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación, teniendo en cuenta que es importante que las autoridades muestren un cierto grado de tolerancia ante la alteración inevitable que las manifestaciones suponen. Las reuniones son un uso tan legítimo del espacio público como las actividades comerciales o el tráfico de vehículos y personas. El derecho a la libertad de reunión y de manifestación pacífica significa que los manifestantes deben poder tener una oportunidad real de trasmitir pacíficamente su mensaje a las personas a las que va dirigido, especialmente cuando esas personas son representantes públicos. Por ello, como norma general, las reuniones deben poder celebrarse de manera que puedan ser vistas y oídas por el público destinatario. Si se impone alguna restricción respecto al momento, el lugar o la manera de celebrar una reunión, deben ofrecerse alternativas razonables[32].

[32] El Tribunal Constitucional ha resuelto que, para prohibir una concentración, no basta la mera sospecha o posibilidad de que se produzca una alteración. "Quien adopta esta decisión debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión (…) que la concentración producirá (…) el referido desorden público (…) Si existen dudas sobre la producción de estos efectos, una interpretación sistemática del precepto constitucional lleva a la necesaria aplicación del principio de favor libertatis y a la consiguiente imposibilidad de prohibir la realización de la concentración". Respecto a las limitaciones que pueden imponerse al derecho de manifestación, el Tribunal Constitucional ha declarado que las restricciones

Las medidas tomadas por las autoridades para **imponer una restricción general** de todas las manifestaciones en las cercanías de las residencias y sedes de políticos clave e instituciones superan lo que se considera admisible en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque la justificación esgrimida para la prohibición era proteger los derechos de otras personas, la prohibición era tan amplia que, en la práctica, impedía a los manifestantes hacer llegar sus protestas a los políticos a los que iban dirigidas. Además, una prohibición generalizada no es conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad y restricción mínima.

El art. 21 CE y la LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión, establece que de forma previa a la celebración de una manifestación debe **notificarse** a la autoridad competente (por escrito, con una antelación de 10 días, por causas extraordinarias —no establecidas legalmente— 24 horas). El Tribunal Constitucional ha aclarado que no constituye una solicitud de autorización, sino simplemente una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de derechos y bienes de terceros[33].

Pero, las **reuniones espontáneas** pueden surgir como una respuesta inmediata a un evento desencadenante, en el que organizador (si lo hay) puede incumplir el requisito de la notificación previa, por ejemplo, porque no haya tiempo material para ello. El poder celebrarlas es, sin embargo, esencial, ya que la demora necesaria para poder notificar con 24 horas de antelación debilitaría el mensaje que se desea expresar. En España, no obstante, no existe ninguna disposición relativa a las reuniones espontáneas. Sobre esta base, las protestas que no se hayan notificado a las autoridades dentro de los plazos estipulados pueden ser disueltas y quienes participaren en ellas pueden ser sancionados con cuantiosas multas. Esto convierte el requisito de la notificación en un requisito de autorización. Organizaciones internacionales (por ejemplo, recientemente Amnistía Internacional) denuncian esta situación y considera que debe contemplarse expresamente la posibilidad de la exención del requisito de notificación previa en el caso de las manifestaciones espontáneas. Los organizadores y los participantes no deben ser objeto de procedimientos penales o procedimientos administrativos que den lugar a la imposición de multas por no cumplir el requisito de notificación o por participar en esas protestas. Y en ese sentido se pronuncia el TEDH[34] que ha manifestado que "La

---

no pueden ser absolutas, y tampoco pueden obstruir el derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre él. El Tribunal ha afirmado también repetidamente que la libertad de expresión y de información abarca no sólo las críticas inofensivas o inmateriales, sino también las críticas que puedan molestar u ofender, especialmente cuando se refieren a alguien que ocupa un cargo público.

[33] Sin embargo, el Tribunal Supremo ha resuelto que el incumplimiento del periodo de preaviso de 10 días (salvo en circunstancias excepcionales y urgentes) otorga a las autoridades la facultad de prohibir una manifestación

[34] El TEDH ha manifestado que el hecho de que la policía disuelva reuniones espontáneas pacíficas "exclusivamente por la ausencia de notificación previa, sin que los participantes incurran en conducta ilegal, constituye una restricción desproporcionada de la libertad de reunión pacífica". Según esto, el mero hecho de que la manifestación no se haya notificado no otorga a los agentes la

libertad de participar en una reunión pacífica es de una importancia tal que una persona no puede ser sancionada ni siquiera con el grado más bajo de sanciones disciplinarias por participar en una manifestación que no ha sido prohibida, siempre que esa persona no cometa un acto reprensible"[35].

La realidad es que la **represión de baja intensidad** está haciendo mucho daño. Se dice que los movimientos están perdiendo fuerza, pero es que la gente tiene miedo a las consecuencias que sufren. Se han impuesto numerosas multas no sólo a organizadores de protestas pacíficas, sino también a personas que simplemente participaban en la manifestación o concentración, que desalientan la protesta puesto que muchas personas que sufren problemas económicos a causa de la crisis en general y no pueden pagar multas[36]. Esto genera una situación grotesca, en la que quienes intentan ejercer sus derechos fundamentales y protestar para reclamarlos son sancionados por hacerlo (especialmente en los casos en los que no se ha demostrado que las personas en cuestión hayan cometido infracciones consistentes en alteración del orden o infracciones penales reconocibles, sino que se han limitado a participar en una reunión no notificada). Estas multas constituyen un **castigo arbitrario**, en la medida en que se impone por ejercer el derecho a la libertad de reunión pacífica.

Las palabras del Sindicato Unificado de Policía evidencian esta realidad al criticar la **Instrucción del Ministerio de Interior que les impone identificar a los ciudadanos que participen en los escraches:** "*Proteger a los políticos amenazados o a cualquier otro ciudadano, sí, pero identificar sin haber cometido una infracción y proponer detenciones es una barbaridad", ha subrayado el portavoz del sindicato mayoritario de la Policía. Ha recordado que la misión de las fuerzas de seguridad del Estado es proteger a cualquier persona que se sienta amenazada, sea político o no, y evitar que se perpetren actos delictivos contra ella. Sin embargo, la instrucción de Interior supone "retorcer" la ley de Seguridad Ciudadana porque "si no se está cometiendo ningún delito ni ninguna infracción administrativa, identificar a los ciudadanos y proponerlos para sanción es hacer una lectura torticera" de esa normativa*[37].

autoridad de ordenar a personas que actúan pacíficamente a que abandonen un espacio público y por tanto tampoco la de multarles por desobediencia si no cumplen esa orden.

[35] En su reciente informe sobre España, elaborado tras su visita al país en junio de 2013, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa manifiesta su preocupación por el creciente uso de las sanciones administrativas contra participantes en manifestaciones. El Comisario subraya que la imposición de esas medidas a las personas que participan en manifestaciones espontáneas o no notificadas puede constituir una vulneración de su derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica.

[36] Algunas personas que han participado de manera especialmente activa… p. 24

[37] http://www.publico.es/actualidad/452853/el-sup-critica-la-orden-de-interior-de-identificar-a-los-que-participen-en-los-escraches-de-la-pah

Responsabilidad penal

A pesar de la airada reacción de un sector de la población, destacando representantes del PP, que afirma que los escraches son actividades delictivas (varias) debemos afirmar que no se puede calificar genéricamente el escrache como un comportamiento constitutivo de ninguno de los delitos que se han afirmado públicamente que se producen sin hacer una interpretación muy forzada de los tipos y sin violentar, por tanto, los principios de legalidad, de ofensividad y de prohibición de exceso[38]-[39].

Desde el punto de vista del Derecho penal español, la actividad reivindicativa delante del domicilio o de la persona de alguien podría tener trascendencia penal en tres supuestos:

1.- **Conductas violentas**, (por ejemplo, coacciones (art. 172 CP)) **o intimidatorias** (amenazas condicionales, art. 169 CP)

Está claro si la conducta consistiese en —por ejemplo— encerrar a la persona escrachada en su casa, impidiéndola salir, constituiría un delito de coacciones o de detención ilegal (dependiendo de la intensidad y duración de la privación de libertad ambulatoria). Si consistiere en zarandear o golpear (o herir o matar) a la persona escrachada daría lugar a los correspondientes delitos de malos tratos, lesiones u homicidio. En el Código penal español violencia quiere decir violencia física: actuaciones, mediante fuerza, en el cuerpo de la víctima. Si a la víctima no se le pone la mano encima (directamente o a través de instrumentos) no hay violencia en el sentido legal del término.

Pero incluso en algunos de estos supuestos, una vez afirmada la tipicidad penal, cabrá 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

[38] Con base en la jurisprudencia del TC y del TEHD sobre el efecto desaliento y en el peso que, a la luz de aquélla, debe jugar este extremo como elemento de enjuiciamiento en el marco del principio de prohibición de exceso "ante un acto comunicativo cercano al legítimo ejercicio de la libertad de expresión (el juez) no debe olvidar que las exigencias derivadas del principio de legalidad devienen aún más reforzadas por su conexión con el derecho fundamental, lo que proscribe la interpretación extensiva —no ya analógica— de la norma penal y, por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los tipos", en CUERDA ARNAU, M.L., "Libertad de expresión y crítica política a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Teoría y Derecho,* 2013, nº 13, pp. 216 y ss y p. 225, asimismo en ese sentido RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 67 y ss.

[39] **Tampoco, las asociaciones de jueces aprecian delito en los escraches a políticos:** "*Tanto Pablo Llarena, de la mayoritaria y conservadora Asociación Profesional de la Magistratura (APM), como Joaquim Bosch, de la progresista Jueces para la Democracia (JpD), como Ángel Dolado, de Foro Judicial Independiente (FJI), rubrican que "no es delito por sí mismo" manifestarse frente a la puerta de la casa de un político. Opinión compartida por otros juristas. José Luis González Armengol, de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria (AJFV), pone alguna objeción más y cree que no se puede "intimidar" a un cargo público marchando hasta su domicilio*"

http://www.infolibre.es/noticias/politica/2013/03/30/las_asociaciones_jueces_aprecian_delito_los_escraches_1799_1012.html

caso concreto la conducta y, con ello, eliminar su antijuridicidad[40]. Es, pues, en este terreno principalmente, en el de la discusión sobre la eventual aplicación de la eximente del art. 20.7 CP[41], donde habrán de cobrar relevancia —en su caso, y en función de la entidad 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 (carácter público del afectado, asunto de trascendencia pública, encaje en el marco de la crítica política, etc.).

Las amenazas son delitos contra la libertad, las amenazas condicionales anuncian la realización de un mal si no se realiza una conducta no debida. Mal en el sentido penal tiene que ver con el aviso de una violencia inminente (te mataremos, te secuestraremos, te lesionaremos a ti o a tus allegados, porque sabemos dónde vives si no haces lo que nosotros te pedimos) Es decir, en cualquiera de su modalidades, los delitos de amenazas precisan de dicho mensaje intimidatorio, que promete la inminencia de un acto de violencia[42]. Las amenazas tienen que ser expresas, objetivas y susceptibles de producir una efectiva turbación y posible paralización de la toma de decisiones. La persona amenazada tiene que sentirse inmersa en un marco concreto de privación de libertad que por su exteriorización

[40] Dado que lo que garantiza el art. 21 CE es el derecho de reunión pacífica y sin armas, la aplicación del art. 20.7 CP en este contexto no podría admitirse en referencia a conductas claramente violentas o en las que se vea implicado el uso de armas, pues en tales casos —justamente por no tratarse de una reunión pacífica y sin armas—se estaría por fuera de la esfera de tutela constitucional del derecho y por consiguiente no cabría aducir su legítimo ejercicio a efecto de justificación de la conducta. Cabe pensar, sin embargo, en comportamientos que reuniendo los requisitos típicos de los correspondientes delitos o faltas (por ejemplo, una injuria) pudieran resultar compatibles con el concepto de reunión pacífica y sin armas, y respecto de los cuales entonces fuera posible plantearse su justificación con base en el legítimo ejercicio del repetido derecho fundamental y en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En la ya mencionada STC 2/1982, de 29 de enero, se debate precisamente la posible inclusión en el ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de pensamiento y del derecho de reunión y manifestación de una conducta que había sido sancionada como una falta de coacciones, y si bien el Tribunal Constitucional concluye aquí que el derecho fundamental no comprende la posibilidad de realizar las actuaciones enjuiciadas, tal decisión no se apoya en la consideración no pacífica de la reunión —lo que la excluiría directamente de la órbita de protección del art. 21 CE— sino en la consabida premisa que niega la existencia de derechos ilimitados y en la consiguiente necesidad de que la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación resulten limitados por la preservación de otros valores constitucionales (en el caso de referencia, la dignidad de la persona y la integridad moral). En todo caso, aun cuando se estimara, como hacen algunos autores, que la delimitación que establece el art. 21 Ce en el sentido de que la reunión sea pacífica y sin armas excluye la comisión de cualquier infracción penal —algo que entiendo que restringiría en exceso el marco del ejercicio del derecho fundamental y se conciliaría mal con el principio favor libertatis que debe regir en esta materia— es claro que podría darse entrada a la aplicación de la eximente del art. 20.7 CP en relación con el derecho a la libertad de expresión (art. 20 Ce), del que, como se ha repetido ya, aquel otro derecho es una variante, y que, por razones evidentes —se trata de un asunto de relevancia pública, el destinatario de la protesta es un cargo público, etc.—, resultaría igualmente susceptible de invocación en los supuestos estudiados.

[41] No obstante, reconduciendo los casos de ejercicio legítimo de un derecho constitucional directamente al ámbito de la atipicidad, por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 91 y ss

[42] PAREDES CASTAÑON, J.M. "Escrache: ¿es delito?", *Temas de aprendizaje y de experiencia,* http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2013/03/escrache-es-delito.html,

sea razonablemente creíble. Lo verdaderamente determinante consiste en que el destinatario pueda llegar a percibir que el amenazante es capaz de cumplir lo que anuncia.

Es aquí desde luego donde los mensajes que equiparan los escraches a la lucha callejera terrorista constituyen una burda manipulación: aquellas conductas de grupos afines al movimiento abertzale vasco venían acompañadas muchas veces, al menos de forma implícita, por la posibilidad de que llegase hasta la violencia, bien por parte de los integrantes del grupo o bien por parte de acciones armadas de ETA. Por lo tanto, nada tienen que ver.

La conducta de escrache es una conducta de naturaleza meramente comunicativa: se trata, en efecto, de lanzar mensajes y avisos acerca de que una determinada persona que vive o se encuentra en el lugar o en sus cercanías ha realizado o realiza —según los promotores de la iniciativa—. El estacionamiento frente a un domicilio es molesto, a veces muy incómodo para quien soporta el escrache, e incluso puede ser injusto, pero no se puede dar el salto al derecho penal sin comprobar si se contiene los elementos constitutivos del delito de coacciones y amenazas.

La expresión de la disidencia o el reproche a un parlamentario por su actitud o la de su partido ante una determinada cuestión, es un fin legítimo que se ejercita en una sociedad democrática. Un parlamentario al que se reconoce su inmunidad más allá del recinto de las sedes parlamentarias, tiene que admitir que es un ciudadano con una connotación especial y que está expuesto a reclamaciones de esta naturaleza que no son sino una forma de ejercitar el derecho de petición. En otros países, con mayor solera democrática el ciudadano puede satisfacer sus demandas acudiendo a las oficinas donde los parlamentarios atienden las quejas. Si esta práctica se generalizase en nuestro país los escraches carecerían de sentido. Cuando el político señalado ha accedido a dialogar con los reunidos las tensiones originadas por las pretendidas amenazas se han desvanecido, desmontando las tesis criminalizadoras[43].

2.- Algunos sectores han tratado de incardinar estas conductas en el ámbito de los **delitos contra la intimidad**. Nuestro vigente CP integra en este Titulo los **delitos de descubrimiento y revelación de secretos y el allanamiento de morada**. Es evidente que las manifestaciones de protesta ante domicilios no pueden incluirse en los elementos del tipo objetivo de estos delitos[44].

[43] MARTÍN PALLÍN, "El "escrache": ¿un delito o una forma de ejercitar derechos constitucionales?", *Diario La Ley*, nº 8090, 24 de mayo de 2013.

[44] Sostiene que "el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, consagrado por el artículo 18 de la Constitución, debe hoy interpretarse en un sentido amplio y abierto, que proscribe cualquier tipo de afectación a la esfera familia, aunque no suponga propiamente una entrada en el domicilio. Así resulta de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo, cuya interpretación en los derechos fundamentales vincula a los países, como España, que forman parte del Consejo de Europa. Desde su conocida sentencia López Ostra de 1994, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado en numerosos pronunciamientos que "el artículo 8 del Convenio (equivalente al artículo 18 de nuestra Constitución) protege el derecho del individuo al

3.- Como mucho podría acercarse a un **delito contra el orden público**: se trataría en este caso de un delito contra un interés supraindividual, de naturaleza política, relativo al uso indebido del espacio público por parte de los manifestantes, es decir, que es necesario que implique un uso del espacio público, en un caso concreto, de tal índole que impida el ejercicio de libertad por parte de terceros. De cualquier modo, el eventual delito contra el orden público nada tendría que ver con la libertad del político escrachado sino con intereses generales, en que la plaza o calle que se constituyan en lugar de acción permanezcan libremente disponibles para el uso de todos.

Desde estos parámetros garantistas, que son los que deben regir la interpretación en Derecho penal, no cabe entender que concentrarse pacíficamente ante el domicilio de un político —o ante la sede de un partido— pueda ser una **alteración del orden público** "con el fin de atentar contra la paz pública" que exigen, entre otros elementos típicos, los desórdenes públicos del art. 557 CP, o a 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. 495 CP

En relación con **los convocantes u organizadores de la protesta**, descartado con carácter general que el hecho de concentrarse ante un domicilio particular adquiera de suyo naturaleza delictiva, decae también la viabilidad del delito de reunión ilícita que castiga a los "promotores o directores de cualquier reunión o manifestación" celebrada "con el fin de cometer algún delito" (art. 514.1 en relación con el art. 513.1 CP)[45]. Ello al margen, nuevamente, de aquellas hipótesis concretas en las que la convocatoria sí que cumpliera tal exigencia típica o bien los mismos sujetos no hubieran tratado de impedir por todos los medios a su alcance la concurrencia de "personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso" (art. 514. 1, inciso segundo, en relación con el art. 513.1 y 2), o "convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida", pero únicamente en este último caso en la medida en que quedara probado —algo ciertamente improbable a priori, a la vista de las pautas que se suelen seguir en los escraches— que lo anterior se hace con la intención de "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública" (art. 514 CP).

---

respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, concebido no solamente como el derecho a un espacio físico sino también como el derecho al goce y disfrute, con total tranquilidad, de dicho espacio, por lo que las violaciones de este derecho no solamente se concretan en ataques materiales y corporales, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también en ataque inmateriales o incorpóreos, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias". LOZANO CUTANDA, B., "Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente", *Estudios de derecho judicial*, nº 137, 2007, págs. 169-206.

[45] Autos del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 12 de abril de 2013 y de 10 de mayo de 2013.

Posibilidades de lege ferenda

Las autoridades han realizado numerosas declaraciones sobre la supuesta necesidad de imponer restricciones adicionales a la celebración de manifestaciones, por medios que incluyen la **modificación de la legislación pertinente**. En 2013, el Gobierno inició un procedimiento para reformar el Código penal y para introducir un Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la Seguridad Ciudadana. Ambos textos afectan al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de reunión.

La legislación penal es sin duda la más dura de las restricciones de derechos que un Estado puede legítimamente acometer. Ahora bien, para que tal restricción sea efectivamente legítima, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. El **Proyecto de Ley de Reforma del Código penal** introduce cambios importantes con relación a los delitos de atentado contra la autoridad y alteración del orden público, así como la introducción de figuras delictivas nuevas, que describen comportamientos fácilmente identificables por quienes sigan la actualidad, puesto que no se trata sino de algunas acciones no violentas de protesta social llevadas a cabo en el último año. Debemos analizar la propuesta legislativa pues puede abarcar conductas que están protegidas por el derecho internacional de los Derechos Humanos, en particular el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica.

Como punto de partida, el concepto de orden público, en tanto que justificación para la restricción de derechos, incluido en los Principios de Siracusa: "la suma de reglas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios fundamentales sobre los que está fundada la sociedad. El respeto de los derechos humanos es parte del orden público".

1—El **tipo de desórdenes públicos** del art. 557.1 CP se ve considerablemente modificado por el Proyecto de Ley de Reforma del Código penal. Actualmente para que se den los requisitos del tipo se exige que se actúe en grupo con la intención de atentar contra la paz pública y que dicha actuación cause un resultado grave. En la propuesta de reforma no es necesario actuar en grupo, pues incorpora como típicas actuaciones individuales amparadas por el grupo, que o bien ejecuten actos de violencia sobre personas o cosas (sin exigir resultado concreto lo que nos lleva a preguntarnos: ¿incorporaría, por ejemplo, la quema de banderas?) o amenazando con llevarlos a cabo (castigándolo con la misma pena que el hecho consumado).

2—La nueva redacción del delito de invadir u ocupar despachos, oficinas o establecimientos no requiere que exista la intención de atentar contra la paz pública, un elemento esencial para que se considere cometido el delito en la redacción vigente del art. 557 CP, considerando que la alteración de su actividad normal —aunque no se produzcan actos o amenazas de violencia o daño— debe considerarse una forma atenuada de desorden público. Esta conducta parece encajar con los actos de protesta que han venido repitiéndose en las sucursales de algunos bancos para protestar por la falta de negociación por parte de las entidades ante los desahucios.

3—Se añade un nuevo apartado al art. 557 CP, en virtud del cual se impondrá la misma pena a quienes "actúen sobre el grupo o sus miembros incitándolo a realizar actos violentos, o bien reforzándolos en su disposición a ello". Si se pretendía castigar la provocación a los desórdenes públicos podía haberse recurrido a los mismos términos que se utilizan en otros tipos penales. No se determina la naturaleza de los actos que supondrían de entidad suficiente para reforzar la disposición de un grupo o sus miembros de llevar a cabo actos violentos.

4—La nueva tipificación del delito de interrumpir líneas de telecomunicaciones o de trasporte público de manera que altere su funcionamiento normal no requiere que se causen daños, como sí se requiere para que se considere delito conforme al art. 560 vigente. En este caso la conducta parece subsumir la campaña "Tomemos el metro" que supuso la detención de algunos trenes del Metro de Madrid por usuarios que protestaban por las que entendían abusivas subidas de precio.

5—El nuevo art. 557 bis, tipo agravado de desórdenes públicos, supone una aplicación extensiva sin suficiente justificación, al alcanzar "cuando alguno de los partícipes portare un arma u otro instrumento peligroso". Resulta desproporcionado que el mero porte de un arma o instrumento peligroso, sin que se requiera que los mismos hayan sido efectivamente utilizados para cometer el acto o facilitar su comisión, suponga un incremento tan sustancia de la pena que puede alcanzar de los tres a los 6 años de prisión.

También prevé el tipo agravado cuando el desorden público tenga lugar en el contexto de manifestaciones o reuniones numerosas o con ocasión de ella (independientemente del número de personas que participen en ellas) a diferencia de los que prevé el actuar art. 557 que lo limita únicamente a eventos que congreguen a un gran número de personas o cuando el desorden público pueda poner en peligro a los presentes.

6—En el art. 559 se penaliza "la distribución o difusión por cualquier medio de mensajes o consignas que inciten a la comisión de un delito de alteración del orden público del art. 557 bis o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo". La vaguedad de términos utilizados en el articulado da lugar a un margen de interpretación tan amplio que resulta incompatible con las exigencias de previsibilidad y precisión inherentes al principio de legalidad.

7—Desaparece, sin explicación alguna, previsto actualmente en el art. 559 CP, aplicable a "quienes perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos".

8—También se modifica el delito de **atentado a la autoridad**. Se modifica el texto del art. 550 en tres sentidos: se rebaja el límite mínimo de las penas; desaparecen los adjetivos "activa" y "grave" al referirse a la resistencia que según el art. 550 constituye atentado, lo que puede suponer su aplicación a supuestos de desobediencia leve o de resistencia pasiva; y finalmente se incluyen entre las autoridades que pueden ser sujeto pasivo a los Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal.

9—Se elimina la categoría de las faltas, que actualmente recoge las perturbaciones leves de la paz en el contexto de actos públicos o reuniones, al igual que la falta de respeto a la autoridad o sus agentes o la desobediencia leve a sus órdenes. Su eliminación del CP no supone su licitud sino que pasarían a integrar infracciones administrativas de la futura Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana castigadas con fuertes multas —más severas que las que se impondrían por vía penal, donde el juez tiene que tener en cuenta las circunstancias económica y personales de cada individuo a la hora de imponer la sanción— y con menos garantías procesales que los procedimientos penales, pues en vía penal se necesita determinar la culpa de acuerdo con un nivel probatorio y tras procedimientos acusatorios en los que ambas partes son escuchadas en condiciones de igualdad. En vía administrativa se presupone la veracidad de la declaración policial y corresponde a la persona que se enfrenta a la multa rebatir dicha declaración.

El **Anteproyecto de Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana** omite la obligación de las autoridades de proteger las manifestaciones, establecida en el art. 16 de la vigente. También incrementaría las sanciones de una manera tal que probablemente tendría un efecto considerable en las multas impuestas por las infracciones relativas a la participación en manifestaciones lo que reforzaría el efecto disuasorio para muchas personas que desean ejercer su derecho a la libertad de reunión pacífica y de expresión y que tendría un impacto más negativo en la capacidad de movilización social.

Según este texto, serían infracción grave las reuniones o manifestaciones que no se hayan notificado y tengan lugar en "infraestructuras críticas" o sus cercanías (no se determinan), aunque no causen alteraciones del orden. Si interfieren con el funcionamiento normal de estas "infraestructuras críticas", la infracción será muy grave y la multa ascendería entre 30.000 y 600.000 euros. También serán infracciones graves, las alteraciones del orden provocadas por reuniones no notificadas celebradas ante el Congreso o el Senado o ante las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, aunque no se encuentren reunidos en esos momentos.

También estipula multas por acciones que podrían incluir formas de protesta que han sido reconocidas por los tribunales como una forma de libertad de expresión, por ejemplo, las declaraciones realizadas en cualquier medio con el fin de injuriar o calumniar a las instituciones públicas, autoridades, agentes de la autoridad o funcionarios públicos, la falta de respeto y consideración debida a la autoridad o a sus agentes, y las ofensas o ultrajes a España, a las comunidades autónomas y entidades locales o sus instituciones, símbolos, himnos o emblemas. Tipificaciones contrarias a las obligaciones contraídas por España en virtud del derecho internacional que señala que los Estados no deben prohibir la crítica de instituciones como el ejército o la administración; y resultan especialmente preocupantes las

prohibición de la falta de respeto por la autoridad o la falta de respeto por banderas y símbolos y la protección del honor de funcionarios púbicos[46].

[46] Se pretende castigar con una sanción de hasta 1.000 euros, el uso de imágenes de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que atente contra su derecho al honor. Aunque el Director General de la Policía ha manifestado que esta disposición propuesta va a dirigida a los ciudadanos particulares más que a los medios de comunicación. Amnistía Internacional subraya que el derecho a la libertad de expresión, que incluye el derecho a recibir y difundir información, no se aplica únicamente a los periodistas profesionales sino a todas las personas; además el captar imágenes de la policía con cámaras o teléfonos móviles ha ayudado en ocasiones a difundir información sobre el uso excesivo de la fuerza por parte de la policía y, por consiguiente, puede ser una contribución importante para que los agentes de policía rindan cuenta de sus actos.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

MANUEL OLLÉ SESÉ
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION.

La modificación legislativa del principio de justicia universal (artículo 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, pretende certificar la defunción de la aplicación de este principio en España, aunque no parece que esté consiguiendo sus ansiados propósitos. Este principio es el que ha permitido en España la persecución judicial de graves delitos, como el genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra, cometidos fuera de nuestras fronteras terrestres, marinas o aéreas, con independencia de la nacionalidad de sus víctimas y víctimas. Casos como los denominados *Pinochet, Scilingo, Sahara, El Salvador, Jesuitas, Guatemala, Tibet, Guantánamo* o *Vuelos de la CIA* son exponentes de la aplicación de este principio en España, de sus logros, de sus dificultades y de los cambios normativos que se fueron produciendo.

La comunidad internacional, después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, decidió que estos crímenes internacionales por su especial gravedad y porque nos afectaban a todos, debían ser perseguidos y que jamás podían quedar impunes. Sin embargo, estos delitos, en su inmensa mayoría, permanecían y permanecen en la más intolerable impunidad, al no ser perseguidos en los Estados donde territorialmente se cometían. Esta impunidad obedecía especialmente al definido carácter político de estos delitos, en los que los gobernantes de turno, de *iure* o de *facto,* participaban de diferentes formas en el diseño y ejecución de los mismos y, por tanto, propiciaban, tanto si gobernaban como si habían cesado en sus funciones, la inefectividad de la justicia, mediante diferentes métodos de ingeniería de impunidad, como el dictado de leyes de amnistía o los decretos de indulto a modo de escudo protector frente a los crímenes cometidos.

Las obligaciones, nacionales e internacionales, de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar, se incumplían sistemáticamente en las jurisdicciones domésticas. Las víctimas de estos crímenes internacionales de primer grado, que afectaban al corazón de los Derechos Humanos quedaban, una y otra vez, desamparadas y sus autores gozaban del bienestar judicial. Este derecho a la reparación de las víctimas, hoy configurado como un auténtico Derecho Humano, tampoco podía ser exigido ante la inexistencia de tribunal penal internacional alguno. No se olvide que el derecho a la reparación no se puede escindir, sino todo lo contario, del derecho a la verdad, a la justicia y a la garantía de no repetición.

En la actualidad, no todos los casos pueden ventilarse ante la Corte Penal Internacional (CPI). El acceso a su tutela se encuentra con importantes limitaciones que impone su Estatuto, en función de la fecha de comisión de los hechos, del crimen concreto cometido, de los Estados que sean parte, de la voluntad del fiscal o del carácter complementario que tiene la CPI respecto de las jurisdicciones internas. Dicho de otra forma, no todo crimen internacional puede ser juzgado en la CPI. Se puede afirmar, además, que la Corte Penal Internacional pretende, precisamente, gracias a su carácter de complementariedad, que sean los Estados, donde ocurrieron los hechos, quiénes los juzguen.

El problema, como se ha adelantado, a pesar de la vigencia del principio de interdicción la impunidad, es cuando no se juzgan en el lugar de comisión de los hechos y se producen las citadas situaciones indeseadas de ilícita impunidad. En estos casos, el único escenario posible para investigar y enjuiciar estos crímenes extraterritoriales es acudir al principio de justicia universal. Principio que no fue inventado por ningún juez español. Progresivamente, desde sus sólidos orígenes en el siglo XVI para la persecución de la piratería, se fue consolidando como un principio de Derecho internacional.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA HASTA LA REFORMA DE 2014.

España, desde 1985 (Lo 1/1985) venía aplicando el principio de jurisdicción universal pacíficamente y con el aplauso social. Eso sí, se trataban de delitos de otra naturaleza, como el tráfico de drogas, falsificación de monedas o corrupción. Delitos que, por su carácter transnacional, debían perseguirse extraterritorialmente por ser interés común de la comunidad internacional.

A partir de 1996, los tribunales españoles aplicaron el principio universal a la persecución de determinados crímenes, donde el referido componente político contagiaba extremadamente el desarrollo de los procedimientos judiciales, como los referidos casos *Pinochet, Argentina, Guatemala, Tibet, Couso, Guantánamo, Sahara, Jesuitas* o *Gaza*, entre otros.

El efecto fue doble. Por un lado, España se sumaba al sistema internacional de promoción, defensa y protección de los Derechos Humanos, al desarrollo del Derecho penal internacional y reconocía ese verdadero Derecho Humano emergente para las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos, como es su derecho a la reparación, otorgándoles la necesaria tutela judicial al exigir la responsabilidad penal de los autores de esos crímenes. Pero, por otro lado, a medida que la lista de estos casos iba aumentando en la Audiencia Nacional, fue ese marcado carácter político de estos delitos, el que favoreció, desde la injerencia política de los Estados afectados por los casos, que se fuera minando al principio de justicia universal en España.

Los Estados a cuyos ciudadanos nacionales se estaban enjuiciando en España presionaron, desde el primer momento, al ejecutivo español correspondiente para evitar que esa justicia dispensada por el Derecho internacional, a través de las

jurisdicciones nacionales, fuera efectiva. Estos Estados coaccionadores ignoraban deliberadamente que el Derecho internacional cuando protege Derechos Humanos traspasa los blindajes de las soberanías estatales.

Estas conminaciones hicieron mella en el poder ejecutivo, pero no en el judicial. Los gobernantes, incómodos ante esta situación, ningunearon el Derecho internacional y fueron limitando calculadamente la aplicación del principio de jurisdicción universal en España. Primero en el año 2003. Después en el 2009, bajo el impulso diplomático de China, afectada por los casos *Tibet* y *Falun Gong*, de Israel preocupada por el caso *Gaza* y de Estados Unidos que no soportaba que España tratara de enjuiciar a los responsables de los casos *Couso*, *Vuelos de la CIA* y *Guantánamo*. Y, por último, no es difícil adivinar que la actual muda legislativa de 2014, obedezca a motivos ajenos al Derecho.

III. LA REFORMA DE 2014.

Los elementos objetivos que anteceden a la LO 1/2104 -las órdenes de detención internacional con fines de extradición, decretadas por la Audiencia Nacional, contra el ex presidente chino Jiang Zemin y el ex primer ministro Li Peng, por el genocidio del Tibet- acreditan que la verdadera causa motivadora de la reforma fue estrictamente económica e impuesta por China.

Significados ministros del gobierno de España -y ahí están las videotecas y hemerotecas- no han dudado en proclamar que la causa de esta reforma ha sido la amenaza china respecto de la deuda comprada a España. China, de esta forma, se convirtió en el mejor cliente de España, para vendernos una ley de su conveniencia y a la carta en la que se canjeaban Derechos Humanos por impunidad. Los antecedentes de la tramitación parlamentaria "exprés" al imponerse un trámite de lectura única y sustrayéndola, a pesar de la importancia de la misma, de todo debate parlamentario interno y externo de instituciones y expertos, demuestran, además, que el gobierno español trabajó el encargo normativo, *made in china*, con un plazo perentorio para complacer al gigante asiático.

Esta afirmación respecto del genuino propósito que subyace en el cambio legislativo queda corroborada por la Disposición Transitoria Única de esa ley de reforma, al ordenar el sobreseimiento de todas las causas desde el momento de su entrada en vigor hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma. Es insólito -además de una flagrante vulneración del derecho al proceso debido- que en un Estado de Derecho, el ejecutivo, utilizando el poder legislativo, invada al poder judicial con la finalidad de cambiar el resultado de los procedimientos judiciales en curso, obligándole a cerrar todas y cada una de las causas que se estén instruyendo en la Audiencia Nacional.

Nuestro ejecutivo, con este sobreseimiento penal general pretendía, además, obtener una añadida rentabilidad política, esto es, contentar especialmente a Israel, Estados Unidos o Marruecos al revenderles, con permiso de China, una ley confeccionada a medida también de los procedimientos que les afectan a estos tres

Estados, para impedir la continuación de los mismos en los que nacionales de esos Estados son protagonistas imputados o acusados.

La cuestión nuclear de la modificación de la ley radica en la restricción del ejercicio jurisdiccional universal a la presencia de determinados requisitos de conexión con el hecho delictivo, confundiendo de forma alarmante la esencia del principio universal con otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley penal. En síntesis y con carácter general, a partir de ahora, la ley exige la presencia, de forma acumulativa o alternativa de diferentes elementos de conexión para cada ilícito penal: que el responsable del delito sea español o extranjero con residencia habitual en España, que la víctima sea española, o que se hubiere denegado la extradición de un extranjero por parte de las autoridades españolas. Me referiré, por lógicas razones de espacio, al insólito régimen jurídico que establece el texto legal para los crímenes más discutidos.

En primer lugar, para la persecución de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, nuestros tribunales sólo tendrán jurisdicción cuando el presunto autor sea español o extranjero con residencia habitual en España; o alternativamente cuando el procedimiento judicial se dirija contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por nuestras autoridades. Requisitos que no parecen que sean muy probables que en la praxis puedan concurrir, lo que hace, desde la perspectiva del Derecho interno español, prácticamente imposible la aplicación de la justicia universal en España para estos tres crímenes. Los tres condicionantes, además de ser contrarios al Derecho internacional, carecen de sentido lógico. Sin perjuicio de que España desde siempre puede perseguir a todo español que cometa un delito en el extranjero (principio de personalidad activa). La nueva ley llega al absurdo de exigir que el extranjero tenga residencia habitual en España, lo que garantiza la impunidad de presuntos genocidas o criminales de guerra o de lesa humanidad que disfruten plácidamente de sus vacaciones en España o vinieran de visita turística o profesional.

En segundo lugar, por ejemplo, en el caso de la piratería marítima, la reforma provoca un reenvío a los tratados internacionales ratificados por España, de tal forma que, de acuerdo con la Convención de Ginebra del Mar y la Convención sobre el Derecho del Mar, la jurisdicción española será potestativa tanto para apresar a barcos piratas como para detener a las personas e incautarse de los bienes que se encontraren a bordo cuando esas navíos naveguen por alta mar o en lugares no sometidos a jurisdicción de ningún Estado. Y, en todo caso, al amparo de nuestra legislación interna en concordancia con el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, España será siempre competente para el enjuiciamiento de actos de piratería cometidos contra buques españoles (principio de territorialidad).

Y, en tercer lugar, otro de los problemas de mayor impacto no solo jurídico sino social, es el relacionado con el tráfico de drogas cuando este delito se está ejecutando en aguas jurisdiccionales internacionales próximas a nuestras costas. Ahora, con la metamorfosis legal, sólo podrán ser perseguidos por las autoridades judiciales españolas los denominados *narcobarcos* cuando enarbolen pabellón

español, el procedimiento se dirija contra un español o cuando esa nave que transporta el alijo de droga tenga como destino España.

Estos tres requisitos alternativos son los que han desencadenado el sobreseimiento de diferentes causas incoadas en la Audiencia Nacional. Es incontestable que este discurso legislativo, lejos de disuadir al criminal, puede ser un atractivo para la criminalidad organizada. Bastaría con navegar con una nave de pabellón extranjero y evitar la presencia de marineros españoles a bordo para eludir la jurisdicción española, salvo la existencia de sólidas pruebas, lo que no es fácil, de que los *narcobarcos* se dirijan a territorio español.

La reforma, en esa suerte de limitaciones, introduce una preocupante inquietud. A las víctimas españolas de los citados crímenes se les impide el acceso a nuestros tribunales, salvo que concurran los rígidos requisitos impuestos por la norma, lo que no parece muy viable. De esta forma, diplomáticos, políticos, trabajadores, empresarios, religiosos, sanitarios, cooperantes, periodistas, militares en misiones humanitarias o turistas, entre otros, que fueran víctimas, fuera de nuestras fronteras, de genocidios, de crímenes de guerra, de lesa humanidad o de torturas quedaran en el más absoluto desamparo judicial en España. En este aspecto, el nuevo articulado establece una suerte de víctimas españolas de primera y de segunda categoría, al privilegiar a las víctimas del terrorismo, respecto de las de los otros delitos, de tal forma que los tribunales españoles podrán ejercer la jurisdicción respecto del delito de terrorismo cometido fuera de nuestras fronteras por el mero hecho de que la víctima sea española, lo que supone una evidente discriminación en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los impulsores de la mudanza legal confiaron ciegamente en que los jueces españoles aplicarían sumisamente la ley y archivarían los diferentes procedimientos judiciales, sin embargo, no contemplaron que esos mismos jueces, sí aplicarían la ley, pero no la desacertada norma que se les ponía encima del estrado, sino el Derecho internacional cohesionado con el sistema normativo interno, como manifestación legítima del Estado de Derecho y que, además, la interpretarían de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional que desautoriza el nuevo texto legal. La ley no puede modificar a su antojo los tratados internacionales, que también forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, añadiendo requisitos o soslayando la obligación de persecución, que muchos de éstos no contemplan.

Este ejercicio judicial ha provocado un efecto perverso en el alumbramiento legislativo deficientemente mal calibrado. Se pretendía que la recién nacida criatura, por un lado, devorara todos los procedimientos judiciales políticamente molestos y, por otro lado, permitiera la continuación de esos procedimientos cómodos en los que se ventilan delitos de carácter trasnacional. El resultado, por el contrario, es significativo y desconcertante, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional. Los casos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra afortunadamente siguen abiertos, mientras que los procedimientos de tráfico de drogas cometidos a bordo de *narcobarcos* en aguas internacionales han sido sobreseídos, lo que ha provocado la excarcelación de casi una cincuentena de

presuntos narcotraficantes. El agua utilizada para apagar el incendio chino ha provocado una grave inundación.

El nuevo articulado, en definitiva, ignora deliberadamente que la justicia universal es tan título jurisdiccional, como el territorial, el de personalidad activa o el de protección. Olvida intencionadamente que es un principio -no de creación nacional- sino derivado del Derecho internacional y basado en un interés -no nacional- sino supranacional que posibilita a los tribunales nacionales ejercer la justicia penal, en representación de la comunidad internacional, para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves. Niega a sabiendas que es un principio solidario y que la finalidad de este eficaz principio solidario es la lucha contra la impunidad.

También omite que la naturaleza de estos crímenes, al menos de los de primer grado, reviste carácter de *ius cogens.* Crímenes que se fundamentan en el Derecho internacional convencional o consuetudinario, que lesionan los bienes jurídicos más importantes o valiosos para la Comunidad internacional. Afectan a toda la comunidad internacional y determinan la responsabilidad individual de sus autores.

Estos crímenes gozan del carácter de *ius cogens* y, por tanto, producen obligaciones *erga omnes*: Obligación de perseguir, procesar o extraditar; imprescriptibilidad; exclusión de toda impunidad incluido la de los jefes de Estado; Improcedencia de la obediencia debida; y la aplicación tanto en tiempos de paz o de guerra; inderogabilidad incluso bajo los estados de excepción; y la aplicación del principio de Justicia Universal.

La Ley, por tanto, choca frontalmente con el Derecho internacional pretendiendo modificar tratados internacionales y, además, vulnera la Constitución española. No se olvide, la vigencia del art. 27 Convención de Viena: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno". Y también el art. 26 de la misma Convención: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y deber ser cumplido por ellas de buena fe" y el art. el 96.1 de la Constitución española que impide modificar los tratados salvo que se haga de acuerdo a lo previsto en los tratados o en las normas generales de Derecho internacional. La ley no puede cambiar a su antojo los tratados internacionales, añadiendo requisitos y condiciones que éstos no adoptaron.

El nuevo artículo 23.4 LOPJ tampoco puede contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional por la que se determinó la naturaleza de este principio universal y estableció su carácter puro o absoluto y concurrente (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre y 645/2006, de 20 de junio).

España, en los últimos 18 años, gracias a la efectiva aplicación del principio de justicia universal, ha sido pionera en la defensa de los Derechos Humanos. La *marca España* creció fuera de nuestras fronteras con este valioso activo, donde desde los tribunales españoles se exportaba una imagen solidaria de una difícil y discutida realización de justicia cuando se cometían crímenes supranacionales de estas características que lesionaban, en definitiva, intereses de toda la comunidad

internacional. El prestigio de España en el desarrollo del Derecho penal internacional y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales respecto de las graves violaciones de los Derechos Humanos de las víctimas y su derecho a la reparación fue un referente internacional.

La rentabilidad de la justicia universal no se mide por juicios celebrados, sino por efectos y consecuencias producidas. Entre otros ejemplos, la justicia española contribuyó decisivamente, gracias al procedimiento seguido respecto del genocidio guatemalteco en la Audiencia Nacional, a que fuera posible la investigación judicial y posterior enjuiciamiento de Ríos Montt en Guatemala, como recordaba recientemente la presidenta del Tribunal centro americano que le condenó por crímenes de genocidio y de guerra.

Los tribunales españoles también favorecieron, con la instrucción del caso contra los responsables de la dictadura militar argentina, el destierro de las dos leyes de impunidad, la *Ley de Punto Final* y de la *Ley de Obediencia Debida,* que impedían la acción de la Justicia en la República Argentina.

España, igualmente, en el caso de la masacre de los Jesuitas en El Salvador, demostró que no va a ser cómplice de teatros judiciales o de juicios farsa y maquillados, al demostrar, siguiendo la doctrina de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los juicios fraudulentos carecen de validez y legitimidad.

España, gracias al principio universal, ha coadyuvado indirectamente al fortalecimiento de la justicia en los países donde se cometieron hechos que permanecían en la impunidad, al provocar una reacción positiva en esos Estados que iniciaron investigaciones judiciales. No se olvide que la finalidad última de la justicia universal es combatir la impunidad, y esa batalla no sólo se produce con el enjuiciamiento de los responsables de estos crímenes internacionales sino también complementando y, por tanto, colaborando a que el enjuiciamiento sea posible en otros lugares, como el de comisión de los hechos.

Tal vez se haya agotado una primera fase en el desarrollo de este principio jurisdiccional siempre inmerso en la polémica política, social, doctrinal y jurisprudencial. Busquemos el consenso necesario para que este remedio de Derecho internacional se reserve para facilitar, no para impedir, la persecución de los crímenes internacionales de primer grado, los de mayor gravedad para la comunidad internacional, de acuerdo con los bienes jurídicos que protege y sin limitaciones artificiales. Exploremos, desde la necesaria anuencia internacional, como poner este valioso instrumento al servicio de la CPI, ante la escasa efectividad de ésta y las dificultades en la investigación evidenciadas de su fiscalía, para formar un sistema de colaboración internacional en la persecución de estos graves crímenes internacionales. Y, en el ámbito de la Unión Europea, acordemos sistemas de cooperación entre todos los Estados miembros, aprovechando las políticas afines y comunes para la persecución de estos crímenes que gozan del carácter de *ius cogens*.

En definitiva, la nueva ley confunde deliberadamente el principio de justicia universal puro con criterios extraterritoriales de la aplicación de la ley penal, contraviene el Derecho internacional y desacredita internacionalmente a España en la defensa de los Derechos Humanos y de la dignidad de las víctimas de graves crímenes internacionales.

EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: ACIERTOS, DESACIERTOS Y PROYECTOS DE REFORMA*

MARÍA TERESA REQUEJO NAVEROS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La lucha contra el fenómeno de la trata de seres humanos se vincula al fin de la esclavitud. De hecho, los primeros instrumentos internacionales que señalan la necesidad de hacer frente a esta práctica son los que aluden a la erradicación de la esclavitud y a la trata de blancas. Así, la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra en 1926 y modificada en Nueva York en 1953 aludía tanto a la esclavitud como a la trata de esclavos, entendiéndola como todo acto de traslado o comercio de esclavos. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ya declaró la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos en cualquiera de sus formas, no es hasta las últimas décadas del siglo XX cuando la trata de seres humanos adquiere el auge que actualmente tiene, fundamentalmente por dos motivos. En primer término, es en esas fechas cuando la protección y tutela de los derechos humanos alcanza el protagonismo de que actualmente goza. En segundo lugar, la concurrencia de factores tales como la globalización, la creciente desigualdad entre países ricos y pobres, y el avance de las nuevas tecnologías genera un incremento sin precedentes del fenómeno de la trata, convirtiéndose en un negocio tan lucrativo como el tráfico de drogas o de armas. De hecho, conforme a las estadísticas de que se disponen, dos millones y medio de personas en el mundo son víctimas de trata, siendo el 80% de las mismas mujeres, y el 50% menores.

El delito de trata de seres humanos se introduce por primera vez en nuestro Código penal con motivo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, que inserta un Título de nueva creación, el VII bis, rubricado "De la trata de seres humanos". En dicho Título, integrado por un artículo único, el 177 bis, se tipifica la conducta referida sancionando con penas de cinco a ocho años de prisión a quien, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare con la finalidad de imponerle trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre, mendicidad, explotación sexual –incluyendo pornografía–, o extracción de sus órganos corporales.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I *Iusmigrante (Ius puniendi* e inmigración irregular), DER 2011-26449, financiado por la Secretaría de Estado de Universidades.

Con la tipificación del delito de trata de seres humanos se pretende hacer frente a aquellas conductas en que se priva al ser humano de su libertad y su dignidad utilizándolo como una mercancía, cosificándolo, y sometiéndolo a prácticas propias de la esclavitud. La introducción del precepto, que supone el cumplimiento por parte de España de los compromisos internacionales adquiridos en la materia, no significa, como a continuación veremos, que las conductas que integran la trata de seres humanos estuvieran completamente exentas de protección penal. Por otra parte, y habida cuenta del creciente interés internacional en la adecuada persecución del fenómeno de la trata, el Proyecto de Reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013, modifica de nuevo el citado precepto, adecuándolo a las novedades impuestas por la regulación internacional en la materia, concretamente por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (en adelante, la Directiva 2011 o la Directiva), modificaciones a las que me referiré en lo que sigue.

II. LA REPRESIÓN PENAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS ANTES DE LA LO. 5/2010

Hasta la introducción del art. 177 bis, la trata de seres humanos se perseguía fundamentalmente a través de los delitos de inmigración clandestina tipificados en el art. 318 bis, ubicado dentro del Título XV bis, relativo a los Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Dicha regulación se completaba con lo dispuesto en el ya derogado art. 313.1 CP, ubicado entre los Delitos contra los derechos de los trabajadores, que aludía a la promoción o favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la UE. Y, aunque al menos era un intento de tutela de este tipo de conductas, lo cierto que ni daba una cobertura legal adecuada al fenómeno de la trata de seres humanos, ni cumplía con los compromisos internacionales adquiridos por España. La acción del artículo 318 bis sancionaba –y sanciona– con pena de prisión de 4 a 8 años a quien promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE. Si en la realización de las conductas descritas concurrieran violencia, intimidación o engaño, o se hubiera abusado de una situación de vulnerabilidad de la víctima o se hubiera puesto en peligro la vida, salud o integridad de las personas, las penas pueden imponerse en su mitad superior. Este panorama legislativo se completaba con el ya derogado párrafo segundo del mismo precepto, que establecía penas de 5 a 10 años de prisión si el fin del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas.

La persecución de los actos constitutivos de trata de personas a través de la acción tipificada en el art. 318 bis, ponía de manifiesto la confusión que había entre las conductas de trata de seres humanos y las de inmigración clandestina, no necesariamente coincidentes. La consumación del delito de inmigración clandestina tipificado en el art. 318 bis se produce con la introducción del inmigrante ilegal en España o en otro país miembro de la UE, mientras que en la trata el delito se perfecciona con la captación y desplazamiento de una persona en contra de su voluntad para someterla a algún tipo de explotación, y ello con independencia de la

procedencia de la víctima o de la legalidad o ilegalidad con que es introducida en un país. Cierto es que ambas situaciones pueden converger, en el sentido de que la captación y transporte de la persona sin su consentimiento suponga además la introducción del inmigrante ilegal en el país. Pero igual de cierto es que son conductas que pueden darse de forma independiente la una de la otra. Así, puede ocurrir que la víctima que se capta y desplaza a España sin su anuencia no tenga la condición de inmigrante ilegal, por pertenecer, por ejemplo, a un país miembro de la UE. E incluso que la víctima de trata sea española, se la capte en España y se la explote en España. Ello dejaba por tanto fuera del ámbito de aplicación del art. 318 bis tanto los supuestos de trata interna, como aquéllos en los que las víctimas fueran españolas o pertenecieran a otro país miembro de la UE.

Asimismo, la presencia de medios comisivos en el delito de trata, tales como el engaño, la violencia o el abuso de situaciones de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, pone de manifiesto que en este delito la acción se comete sin la anuencia de la víctima, lo que no tiene porqué suceder en el delito de inmigración clandestina, en el que en muchas ocasiones el propio inmigrante querrá entrar ilegalmente en España y habrá consentido válidamente en ello. A este respecto, ambas situaciones, aquellas en las que concurría el consentimiento de la víctima, y aquellas en las que no, se insertaban en el art. 318 bis, previéndose tan sólo la imposición de la pena en su mitad superior caso de que mediaran los medios comisivos descritos, lo que tiene relación directa con otra de las diferencias que hay entre el delito de trata de seres humanos y la inmigración clandestina, como es la cuestión del bien jurídico protegido, pues son conductas que tutelan objetos de protección diversos.

Así, el delito de inmigración clandestina protege el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, y el delito de trata de seres humanos tutela la dignidad y la libertad de las personas. A este respecto, es preciso notar que el bien jurídico consistente en la protección de los intereses migratorios del Estado tiene carácter colectivo, de forma que concurrirá un solo delito de inmigración clandestina no importa el número de personas que se introduzcan ilegalmente en el país. La dignidad y la libertad son por el contrario bienes jurídicos individuales, de forma que cuando estemos ante un caso de trata de seres humanos, habrá tantos delitos de trata como víctimas. Resultado de lo anterior es que con la regulación precedente, en los casos en que se producía un supuesto de trata, no sólo no se tenía en consideración la libertad y dignidad humanas como objeto de protección, sino que además se hacía caso omiso del número de personas que eran víctimas del delito.

A mayor abundamiento, el delito de inmigración clandestina se consuma sin necesidad de que junto con la acción concurra requisito ulterior alguno, mientras que en los supuestos de trata, con la acción típica –además de los medios comisivos– han de confluir las finalidades de explotación descritas en el tipo. En la trata de seres humanos siempre está presente la finalidad de someter al tratado a algún tipo de explotación, situación que en la regulación anterior sólo se contemplaba en el tipo agravado del derogado párrafo segundo, y además ciñéndose únicamente a la explotación sexual, dejando fuera del ámbito de

aplicación del precepto otros fines de explotación igualmente relevantes y contenidos en la normativa internacional. Luego, por una parte, la finalidad de explotación sexual debía tenerse en cuenta tanto si era un caso de trata de personas como de inmigración clandestina, e independientemente de la concurrencia o no de los medios comisivos –y, por lo tanto, de la posible anuencia del inmigrante–; y, por otro lado, no se otorgaba consideración alguna a la presencia de cualquier otro tipo de explotación.

Así las cosas, podemos concluir por lo tanto, que el art. 318 bis daba cobertura sólo de forma fragmentaria al fenómeno de la trata, siendo por tanto alabada por la mayoría de la doctrina la introducción del art. 177 bis en nuestro texto penal.

Los motivos que habitualmente se esgrimen para explicar la inadecuada protección de la trata de seres humanos hasta la tipificación del art. 177 bis son dos. En primer lugar, todas las reformas penales que tuvieron lugar en el marco de la inmigración ilegal, partiendo de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se hicieron desde un enfoque defensista por cuanto la inmigración ilegal venía siendo vinculada al incremento de la delincuencia. Se erigía por tanto como objetivo de la política criminal el tipificar aquellas conductas tendentes a impedir el favorecimiento de la inmigración ilegal, obviando en consecuencia las acciones en las que el inmigrante se convierte en víctima. En segundo término, y en lo que a los instrumentos internacionales en la materia se refiere, la lucha contra la trata de seres humanos se relacionaba tradicionalmente con la delincuencia organizada, de forma que no es hasta el Convenio de Varsovia de 2005 cuando se empieza a intensificar la protección del delito de trata de seres humanos centrándose en la víctima, desvinculándolo de forma expresa de la delincuencia organizada.

III. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

No es hasta una época relativamente reciente en el tiempo cuando empiezan a surgir instrumentos internacionales tendentes a combatir la trata de personas, debiendo destacar en primer lugar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, firmado en Palermo el 12 de diciembre de 2000 (en adelante Protocolo de Palermo), que complementa las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. El Protocolo define en su art. 3 a) la trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Añade a este respecto el precepto que la explotación incluirá como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Esta definición, que se mantiene en otras normas

internacionales también dirigidas a combatir el fenómeno de la trata, sirve de base para la tipificación del delito en nuestro país.

Junto a la definición de trata de personas, el Protocolo de Palermo hace alusión en su art. 3 b) a la ineficacia del consentimiento otorgado por la víctima cuando éste haya sido obtenido a través de alguno de los medios comisivos referidos; así como a que cuando la acción se realice sobre un niño –entendiendo por tal al menor de 18 años– se considerará trata aún cuando no concurran los medios comisivos anteriormente aludidos. Por último, y respecto del ámbito de aplicación del Protocolo, el art. 5 lo circunscribe a aquellos supuestos en que los delitos tengan carácter transnacional y supongan la participación de un grupo delictivo organizado, lo que parece dejar fuera de su ámbito de aplicación tanto la trata interna, como aquellos supuestos en que la trata no se lleve a cabo en el marco de la delincuencia organizada.

Tras el Protocolo de Palermo, se publica en el ámbito de la UE la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (en adelante la DM 2002). Su art. 1 define la trata de forma casi coincidente al concepto que de dicho fenómeno ofrece el Protocolo de Palermo, si bien, por una parte, concreta cuándo estamos ante una situación de vulnerabilidad, al afirmar que ello tendrá lugar cuando la persona no tenga una alternativa real y aceptable salvo la de someterse a la trata, y, por otra parte, omite la mención del tráfico de órganos entre las finalidades de explotación. Asimismo, además de establecer la necesidad de que la acción descrita se castigue con sanciones penales efectivas, la DM 2002 incluye una serie de supuestos de agravación disponiendo que el delito de trata se sancionará con penas máximas privativas de libertad no inferiores a 8 años cuando se cometa en alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando se ponga en peligro de forma deliberada o por negligencia grave la vida de la víctima.

b) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable.

c) Cuando el delito se cometa mediante violencia grave o haya causado a la víctima daños particularmente graves.

d) Cuando se cometa en el marco de una organización delictiva.

Asimismo, la DM 2002 introduce la responsabilidad de las personas jurídicas, determinando los criterios de imputación y requisitos que han de concurrir para ello, y otorga al legislador nacional la posibilidad de optar entre sanciones bien de carácter administrativo, bien de carácter penal.

Por su parte, en el año 2005 se publica el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, firmado en Varsovia el 16 de mayo del año mencionado (en adelante Convenio de Varsovia o el Convenio). El Convenio es el primer instrumento internacional que de forma expresa desvincula la persecución de la trata de personas de la delincuencia organizada, al disponer en su art. 2 que se

aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, estén relacionadas o no con la delincuencia organizada. El art. 4 del Convenio define la trata de forma prácticamente coincidente al Protocolo de Palermo, y apela a su tipificación cuando la acción sea cometida dolosamente en el art. 18. A este respecto, debe ser destacado que el Convenio no se circunscribe a la tipificación de la trata, sino que en sus artículos 19 y 20 establece que los Estados miembros deberán tipificar la utilización de los servicios que son objeto de explotación cuando quien los usa conoce que la persona es víctima de trata, así como las acciones relativas a los documentos de viaje o identidad, incluyendo tanto el fabricar los documentos de forma fraudulenta, como el procurarlos o aportarlos, como toda conducta consistente en retener, sustraer, alterar, dañar o destruir los mencionados documentos.

Por otro lado, y en la estela de la DM 2002, el Convenio de Varsovia establece la responsabilidad de las personas jurídicas, que no tiene porqué ser necesariamente penal, pues también se da la opción de que sea establecida por vía civil o administrativa, e incluye un catálogo de circunstancias agravantes cuando los hechos son cometidos poniendo en grave peligro a la víctima, bien deliberadamente, bien por imprudencia grave, cuando la infracción haya sido cometida contra un niño, cuando haya sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones, o cuando haya sido cometida en el marco de una organización delictiva.

Como novedad, el Convenio hace mención expresa de la reincidencia internacional, al señalar en su art. 25 que se podrán tener en cuenta las condenas firmes pronunciadas por otra Parte por infracciones cometidas con arreglo al Convenio; así como, conforme a su art. 26, a la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas que hayan tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello.

Ya tras la introducción del delito de trata en el acervo punitivo, ha visto la luz la Directiva 2011, por la que se sustituye la DM 2002, y que no ha sido aún traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, el Proyecto de Reforma del Código penal, de 20 de septiembre de 2013, modifica el art. 177 bis en los términos previstos por la Directiva. La Directiva establece en su Preámbulo que se adopta un concepto más amplio de lo que debe ser considerado trata de seres humanos que la DM 2002, incluyéndose otras formas de explotación. Se tiene en cuenta además, conforme establece en su art. 1, una perspectiva de género para mejorar la prevención del delito y la protección de las víctimas. Con respecto al concepto de trata, de nuevo se sigue en lo esencial lo ya dispuesto por el Protocolo de Palermo, si bien se hace referencia a la explotación estableciendo unos supuestos que como mínimo habrán de considerarse como tal –y entre los que de nuevo se incluye la extracción de órganos–, permitiendo por tanto, la inclusión de otras modalidades de explotación no previstas de forma expresa. Con respecto a las sanciones, el art. 4 de la Directiva dispone que el delito de trata se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos 5 años, añadiendo que esa duración máxima será de al menos de 10 años en determinados supuestos agravados, coincidentes con los recogidos en la DM 2002. Del mismo modo, se hace referencia a la responsabilidad

de las personas jurídicas, que podrá ser penal o de otro tipo, al embargo y decomiso de los instrumentos y productos de las infracciones cometidas, y al no enjuiciamiento de las víctimas de trata que hayan sido obligadas a cometer actividades delictivas.

IV. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL CÓDIGO PENAL Y EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013

1. La acción típica

La acción típica del delito de trata de seres humanos se define en el tipo penal con los términos captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar, en la línea marcada por los distintos instrumentos internacionales atinentes al fenómeno de la trata. Esta definición de las modalidades comisivas ha sido objeto de crítica por resultar excesivamente amplia, al incluir acciones muy genéricas y diversas entre sí.

Durante el proceso de creación del art. 177 bis, la descripción de la acción típica se ha abordado desde una doble perspectiva. Para ello hemos de tener en cuenta tanto el texto del Anteproyecto de modificación del CP de 2008, como el del Proyecto de 2009. Así, en el AP de 2008, la acción típica se definía de forma coincidente a como finalmente ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, haciendo mención de las distintas modalidades típicas referidas *supra*. Descrita así la acción típica, el CGPJ en su Informe sobre el AP de 2008 señaló que, para justificar la mayor gravedad del delito, todas las conductas debían girar en torno o tener como hilo conductor la idea de tráfico de personas, pues es eso lo que atribuye un juicio de desvalor a las acciones típicas, ya que la esencia del delito de trata de personas es precisamente la comercialización del individuo. A este respecto, el Informe añadía que si tales conductas no tenían relación dolosa con el tráfico de personas, las sanciones deberían ser mucho menos graves de acuerdo con el principio de proporcionalidad de las penas. Así las cosas, el CGPJ indicó que la conducta central debía ser el tráfico, y que las modalidades restantes de acción debían ser descritas como formas concretas de traficar con personas. En cumplimiento de tal previsión, el Proyecto de Reforma del CP de 2009 describía la acción típica haciendo alusión al que traficare con personas mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento, de forma que las conductas sólo tendrían relevancia penal en cuanto modalidades de tráfico.

No obstante, en la redacción final del precepto, y en la línea de lo propuesto por una enmienda del Grupo socialista en la que se entendía que había que suprimir el requisito del tráfico por no tener nada que ver con la trata de seres humanos –nada más añadía la motivación–, se volvió al texto propuesto por el AP de 2008, quedando redactada la acción típica en los términos expuestos.

La cuestión no está exenta de problemas. Así, la doctrina mayoritaria considera que, habida cuenta de la elevada penalidad señalada para el delito –de 5 a 8 años de prisión en su tipo básico–, es preciso hacer una interpretación restrictiva del precepto, de forma que conductas como, p.e., la de alojar, no den lugar a la

imposición de una pena de esa envergadura si no es un alojamiento que tenga lugar en el marco de un proceso en el que se esté comerciando con la persona. Y para este tipo de exégesis, se propone, en la línea de lo apuntado por el Informe del CGPJ, precisamente el que toda la acción típica gire en torno al tráfico, de manera que las distintas modalidades comisivas, si no son formas de tráfico, si no suponen el comerciar con el ser humano, no tengan relevancia penal conforme al art. 177 bis.

No obstante, hay un sector doctrinal que se opone a la mención del tráfico como verbo típico nuclear de la trata, al entender que la redacción propuesta por el Proyecto de 2009 puede tener efectos perniciosos, en tanto en cuanto puede generar lagunas de punibilidad. En este sentido, la consideración de las conductas típicas como modalidades de tráfico, podría dejar sin castigo al captador que a su vez explota a su víctima, por cuanto no ha realizado ningún acto de tráfico en sentido estricto.

A este respecto, si bien es cierto que toda restricción en la interpretación de las acciones típicas deberá realizarse con la mayor de las cautelas de forma que no se produzcan lagunas de punibilidad, también lo es que es necesario acotar el ámbito de lo punible, por cuanto la pena señalada al precepto es muy elevada. Y en la estela de lo anteriormente apuntado, resulta a mi juicio lo más correcto el interpretar el elenco de conductas referidas en el tipo en torno a la idea de comercio o tráfico. ¿Qué pasaría entonces, con ese sujeto que capta a su víctima para explotarla, p.e., sexualmente, sin comerciar o traficar con ella? Pues que a mi entender podría ser sancionado por un delito contra la libertad y/o por un delito de explotación sexual, sin necesidad de recurrir al art. 177 bis, siendo así el elemento del tráfico o traslado como previo a la posterior explotación, el que nos permite identificar los supuestos de trata de seres humanos, sin que tenga porqué producirse laguna de punibilidad alguna, al ser posible aplicar otros preceptos del CP que pueden dar cobertura al ilícito cometido.

Ya respecto de cada una de las acciones típicas mencionadas en el tipo, hemos de tener en cuenta que el fenómeno criminal de la trata, tal como señalaba el Proyecto de reforma del CP de 2009, se configura como un delito complejo o de tracto sucesivo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas.

De todas ellas, la captación, conducta esencial del delito de trata, sin la que no tendrían lugar las conductas restantes, supone el inicio del proceso de la trata, al implicar la extracción de la persona del ámbito en el que vive en contra de su voluntad, para introducirla en el ámbito de dominio del captador o traficante, anulando su autonomía y su capacidad de decisión. Si bien es cierto que basta para la consumación del delito la realización de cualquiera de ellas, pues son conductas independientes, también lo es que siempre se precisa captación.

El transporte, traslado, alojamiento y acogimiento son acciones intermedias que pueden tener lugar entre la captación de la víctima y su final explotación. Con respecto al transporte y traslado, son conductas coincidentes que suponen el desplazamiento de la víctima desde su captación hacia otro lugar en que se hace efectiva su situación de desarraigo y se facilita su mejor explotación. Dicho

movimiento puede ser tanto dentro de la misma región o ciudad, como a un país –e incluso continente– distinto. No obstante, un sector doctrinal sostiene que ambas acciones deben interpretarse en un sentido diverso, de forma que, mientras transportar quede para los supuestos de desplazamiento a que acabo de referirme, trasladar se interprete en el sentido de trasladar el dominio, esto es, traspasar el control sobre una persona mediante su venta, alquiler o permuta, por ejemplo. La interpretación propuesta obedece a que nuestro legislador obvia una de las acciones típicas recogidas por la DM 2002 y la Directiva, como es la de la transferencia de control sobre la persona. La inclusión de tal modalidad comisiva en el elenco de conductas que se designan a la hora de conceptuar la trata, responde al hecho de que la transferencia de control sobre la persona es un acto paradigmático de la trata, pues supone la entrega de la víctima a través de los distintos intermediarios que pueden ser parte en este proceso, pasando de las manos del captador a las del traficante –a las de otros traficantes si procede– y por último a las del explotador. Más aún, y ya en el marco de la explotación misma, la acción descrita puede cubrir los supuestos de transferencia entre explotadores, transferencia que por otra parte no tiene porqué implicar un cambio de ubicación de la víctima, que puede continuar ejerciendo la actividad para la que está siendo explotada en el mismo sitio, pero bajo el dominio de un nuevo explotador. Estamos por tanto uno de los mayores exponentes de la cosificación de la persona. Dado que, ante su no inclusión en el elenco de conductas típicas, tales acciones podían quedar exentas de tutela, la mayoría de la doctrina las ha venido reconduciendo a supuestos de traslado. No obstante, la ausencia de incriminación de la transferencia de control de la persona representa una laguna de punibilidad que debe ser resuelta por el legislador. Así las cosas, el legislador nacional, en el Proyecto de reforma de Código penal de 20 de septiembre de 2013, siguiendo lo establecido por la Directiva y en aras a solventar los conflictos interpretativos que pudieran suscitarse en orden a dar cobertura a este tipo de situaciones, incluye de forma expresa la transferencia de control sobre la persona entre el abanico de las acciones típicas de la trata.

En cuanto al alojamiento y acogimiento, también acciones prácticamente coincidentes, se entiende que son actos en los que se da cobijo a la víctima durante su proceso de transporte y hasta que se entrega para su explotación, pues no han de entenderse dichas conductas como el alojamiento o acogimiento que puede tener lugar durante la actividad de explotación, ya que es el acto que determina el final de la trata.

La inclusión del verbo acoger junto al de alojar, ha resultado muy controvertida por cuanto son acciones que, como ya he señalado, tienden a solaparse. No obstante, es preciso dilucidar sobre qué tipo de supuestos puede proyectarse este acogimiento, dado que el Proyecto de Reforma del CP de 2013 suprime del catálogo de acciones típicas el alojamiento, manteniendo en todo caso el acoger. Así las cosas, y dada la similitud entre ambas acciones típicas, podemos entender que lo que el legislador pretende con esto es eliminar la duplicidad de conductas, optando por la de acoger, cuyo significado ha de integrarse entonces en el mismo sentido que el verbo alojar, como hospedar o aposentar.

La última fase del *iter* delictivo de la trata se concreta en la recepción, lo que se produce cuando se hace entrega al victimario de la víctima previamente captada. La recepción marca tanto el final del proceso de trata como el comienzo de la actividad de explotación para la que la víctima fue captada. En este último sentido, la inclusión del verbo recibir y el hecho de que muchas veces quien recibe sea el explotador, permite sancionar al receptor además de por la correspondiente explotación, por el delito de trata.

1. Los medios comisivos

El delito de trata de seres humanos se configura como un delito de medios comisivos determinados, en tanto la acción típica ha de realizarse concurriendo violencia, intimidación o engaño, o con abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad. Se distinguen así, en función del medio comisivo utilizado, tres modalidades de trata. La trata forzada, cuando se emplea violencia o intimidación, la trata fraudulenta, cuando el medio comisivo es el engaño, y la trata abusiva, cuando se recurre al abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Esto pone de manifiesto que la captación de la víctima siempre se lleva a cabo o sin el consentimiento de la víctima, o habiendo otorgado ésta su anuencia de forma viciada. De hecho, el art. 177 bis, en su tercer apartado, señala que el consentimiento de la víctima de trata será irrelevante cuando se haya empleado alguno de los medios comisivos referidos. Si bien esta previsión se encuentra en los instrumentos internacionales de lucha contra la trata de seres humanos, lo cierto es que resulta superflua, pues todo consentimiento obtenido con el recurso a medios violentos, intimidatorios, fraudulentos o propios de una situación de abuso será considerado siempre viciado.

Por su parte, el párrafo 2 del art. 177 bis dispone que, cuando las acciones se lleven a cabo sobre menores de edad con fines de explotación –entendiendo por menor de edad, tal como disponen los distintos instrumentos internacionales, al menor de 18 años–, seguiremos estando ante un supuesto de trata aunque no concurran los medios comisivos descritos. A este respecto, la prestación de consentimiento por parte del menor de edad nunca sería válida por cuanto carece de la capacidad para ello.

A la hora de describir los medios comisivos, el legislador, si bien ha seguido lo dispuesto en los instrumentos internacionales, no se ha limitado a hacer una traducción literal de los mismos, haciendo una selección de medios acorde con nuestra tradición jurídica. Así, evita el legislador incluir en el tipo penal medios comisivos tales como el uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro y el rapto, situaciones fácilmente reconducibles al uso de violencia e intimidación; o el fraude, que se asimila al engaño. Sí obvia, no obstante el legislador, la introducción del medio comisivo consistente en la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, ya presente en la descripción que de la trata hacía el Protocolo de Palermo. Si bien esta última circunstancia podía reconducirse al abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad basado en la dependencia de la víctima respecto de

quien ostenta el control sobre ella, lo cierto es que su inclusión permite aceptar sin lugar a dudas como medio comisivo de la trata aquellos casos en los que quien tiene el dominio sobre la víctima la vende al tratante a cambio de una contraprestación económica. En este sentido, el Proyecto de Reforma del CP de 2013, cuya Exposición de Motivos hace mención expresa de la Directiva 2011, introduce entre las modalidades comisivas del tipo el que la acción típica se lleve a cabo mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyere el control sobre la víctima, disipando así toda duda que pudiera surgir respecto de su eventual inclusión en el abuso de una situación de vulnerabilidad.

Si bien el tipo no dispone en qué momento han de concurrir los medios comisivos descritos, y a la luz del amplio elenco de acciones típicas, lo normal será que el medio comisivo de que se trate tenga lugar en el momento de la captación de la víctima, pues como ya he señalado es cuando su capacidad de autodeterminación se ve anulada. Pero ello no obsta a su concurrencia durante otras fases del proceso de trata. De hecho, es muy habitual que medios comisivos como el abuso de una situación de necesidad o la intimidación aparezcan en momentos posteriores a la captación. Así, puede ocurrir que la víctima sea captada mediante una oferta de trabajo estable y aparentemente acorde a la legalidad. Accediendo la víctima a esta oferta, y siendo trasladada por el captador a un país extranjero, se encuentra en el momento de llegar al lugar de destino con que ni tiene regularizada su situación, ni hay tal contrato de trabajo. Y a ello se suma que, normalmente, ni la víctima conoce a nadie en el país de destino, ni tiene con qué pagar la deuda contraída para sufragar el viaje, quedando profundamente desarraigada. En ese momento el tratante aprovecha su desvalimiento y la situación de necesidad en que se ha situado a la víctima para someterla a su dominio, muchas veces además de forma coactiva. Pero en esos casos, no obstante, el medio comisivo del engaño habrá estado presente en la captación, pues es ese engaño el que hace que el tratado entre en la esfera de dominio del tratante y favorece la posterior coacción o abuso. Lo que importa, en todo caso, es que la doblegación de la voluntad de la víctima se haya llevado a cabo con la concurrencia de alguno de los medios comisivos descritos.

La violencia o fuerza física ha de ser idónea para doblegar la voluntad contraria de la víctima, lo que supone que la víctima debe oponerse o resistirse a su captación. No se trata, empero, de que haya que ponderar la resistencia ejercida por la víctima a efectos de valorar la suficiencia de la violencia, pero sí de que conste la voluntad en contrario de la víctima, de forma que haya tenido que concurrir tal fuerza física para conseguir captarla o trasladarla.

La intimidación o fuerza psíquica ha de entenderse como todo influjo psicológico en el que se anuncie a la víctima la causación de un mal futuro, con entidad suficiente para causar miedo en la víctima y así someter su voluntad. Como siempre que concurra el elemento intimidatorio, ha de valorarse, desde un prisma objetivo, la idoneidad de la intimidación ejercida para causar ese temor o constreñimiento psicológico de la víctima; y, desde una perspectiva subjetiva, las circunstancias personales que concurran en la víctima y que puedan hacerla más receptiva o

susceptible al influjo del autor. Debe ser tenido en cuenta a este respecto el carácter transnacional del delito de trata, en tanto en cuanto la víctima puede provenir de un país donde las tradiciones culturales y/o religiosas sean muy diversas a las de países con culturas como la nuestra.

El engaño debe ser el propio del delito de estafa, en el sentido de que tenga la suficiente entidad como para inducir a error a la víctima, atrayéndola hacia el tratante de forma que su voluntad resulte viciada, obteniendo así su consentimiento para acabar introduciéndola en el área de dominio del captador. A diferencia de lo que ocurre en los dos supuestos anteriores, aquí no estamos ante un supuesto de anulación de la voluntad de la víctima, sino ante un caso en el que dicha voluntad está manipulada. Del mismo modo que con la intimidación, la presencia del engaño ha de valorarse desde una doble perspectiva, objetiva, por cuanto la simulación de la realidad ha de tener entidad suficiente como para inducir a error al hombre medio; y subjetiva, atendiendo a la formación y cultura que pueda tener la víctima que es objeto de engaño. Así, el engaño habrá de ser tal que, de haber conocido la víctima la realidad de lo ofertado, nunca hubiera aceptado. De las múltiples variaciones que puede adoptar el engaño como medio de captar a la víctima, la más común es la de la oferta del contrato de trabajo, conforme a la cual se capta a la víctima en su país de origen mediante una oferta de trabajo falsa, facilitándola todo lo necesario para el viaje, y una vez que llega al país de destino se la priva de toda su documentación y se la somete a alguna de las situaciones de explotación previstas en el tipo. A este respecto, también cabe el engaño no ya sobre el trabajo en sí, sino sobre las condiciones en que va a desempeñarse.

Las tres modalidades de abuso descritas en el tipo tienen como elemento diferenciador de las anteriores que en ellas no se recurre al medio comisivo como forma de doblegar o vencer la voluntad de la víctima, sino que basta con el aprovechamiento de la situación en que la víctima se encuentra para conseguir cualquiera de las acciones que conforman el tracto del delito.

En el caso del abuso de una situación de necesidad o de vulnerabilidad, lo cierto es que son situaciones abusivas prácticamente coincidentes, pues ambas tienen lugar cuando la víctima reviste una especial fragilidad por los motivos que sea, y ello es deliberadamente aprovechado por el captador para someterla a su esfera de poder. No obstante el legislador español ha optado por incluir ambas –y así se mantiene en el Proyecto de Reforma de CP de 2013–, por lo que, aun siendo solapables, pueden intentar matizarse la circunstancias que dan lugar a sendas situaciones. Así, normalmente se asimila la situación de necesidad con las condiciones socioeconómicas en que se encuentre la víctima. Se entiende que hay tal necesidad cuando la víctima está en situación de pobreza extrema, desamparo o desarraigo, marginación, conflicto armado, o persecución por su condición religiosa, política o sexual. En el caso de la situación de vulnerabilidad, habitualmente se identifica con circunstancias físicas o psíquicas de la víctima, como pueden ser la enfermedad, drogadicción, estado de gestación, supuestos de alteración mental o situaciones asimilables a la incapacidad. Se incluyen también en esta modalidad comisiva aquellos casos de revictimización, en los que la víctima de trata o explotación, cuyo estado de necesidad y vulnerabilidad es indudable, es sometida a

un nuevo proceso de trata o a una nueva situación de explotación. En estos casos, no basta con la mera concurrencia de tal situación de necesidad o vulnerabilidad en la víctima, sino que es preciso tanto que el autor la aproveche de forma deliberada e injusta, como que la víctima no tenga otra alternativa real y viable más que someterse a la explotación. En esta línea, el Proyecto de Reforma del CP de 2013, también en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva, introduce de forma expresa la definición de la situación de vulnerabilidad y necesidad, entendiendo que se produce cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Así, si en el supuesto de hecho se comprueba que la víctima pudo elegir una opción distinta a la de someterse a la explotación, no podrá sostenerse que su voluntad se ha visto doblegada y no estaremos ante un supuesto de trata de seres humanos.

En cuanto a la situación de superioridad, se refiere a un supuesto de desequilibrio de fuerzas entre autor y víctima, en el que el autor se aprovecha de la situación de inferioridad de la víctima para perpetrar el delito. No basta, en este sentido, cualquier situación en que la víctima esté posicionada en situación de inferioridad respecto del victimario, sino que, de la misma forma que en supuestos anteriores, es preciso que *ex ante*, y desde una perspectiva tanto objetiva como subjetiva, ese desnivel tenga la entidad suficiente para dar lugar a la trata. Y tal desigualdad puede generarse en contextos muy diversos, como pueden ser una relación laboral, docente, de dependencia económica, una relación jerárquica, e incluso en el marco de una relación familiar, de amistad o de vecindad.

2. Las finalidades de explotación

El delito de trata de seres humanos debe ser cometido con dolo, no estando tipificada la comisión imprudente del mismo. El dolo del autor deber abarcar tanto la realización de la acción típica mediando alguno de los medios comisivos descritos en el tipo, como el que dicha acción forme parte del proceso en que se manifiesta el fenómeno de la trata. No obstante, no basta con la mera presencia del dolo, sino que el tipo exige, junto con la acción típica, la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en la presencia de alguna de las finalidades descritas en el art. 177 bis, como son:

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La extracción de órganos corporales.

Esta enumeración, realizada conforme a un sistema de *numerus clausus,* permite configurar el tipo como un delito mutilado de dos actos. Así, basta con la realización de cualquiera de las acciones típicas realizada con el fin de cometer alguna de las conductas de explotación referidas para que se consume el tipo delictivo, sin que sea preciso que se lleve a cabo la finalidad de explotación perseguida. De hecho, si

tal finalidad de explotación llegara a concretarse, estaríamos ante otro delito distinto que, en aplicación de la cláusula concursal contenida en el art. 177 bis 9, se castigará separadamente.

Respecto a las finalidades de explotación mencionadas, el tipo reproduce prácticamente lo dispuesto en los instrumentos internacionales relativos a la trata, si bien incorpora la mendicidad. Se ha criticado, no obstante, que no se hayan incluido otras finalidades, como la utilización de la víctima para cometer delitos, la realización de adopciones ilegales, la concertación de matrimonios ilegales o la utilización de la persona para experimentación clínica o farmacéutica. No obstante, el Proyecto de Reforma del CP de 2013, en aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2011, sí incluye en la lista de finalidades de explotación aquélla conforme a la cual se pretende utilizar a la persona para realizar actividades delictivas, que hasta la fecha muchos autores vienen insertándolo en el marco de los servicios forzados. En concreto, la Directiva, en su Considerando 11, entiende que tal situación se da cuando se explota a una persona para que cometa, p.e., carterismos, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica.

La trata laboral incluye la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o mendicidad. A la hora de integrar estos conceptos, resulta de utilidad el recurso a la normativa internacional. Así, el Convenio núm. 29 sobre Trabajo Forzoso u Obligatorio de la OIT define en su art. 2 el trabajo forzoso como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente", concepto que conjuga la presencia de una amenaza con la ausencia de la anuencia de la víctima.

Por esclavitud o conductas similares a la esclavitud, conforme dispone el art. 1 de la Convención de la ONU sobre Esclavitud de 1926, se entiende "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos", que denota una situación aún más opresiva que la de los trabajos o servicios forzados, por cuanto, mientras en éstos aún puede haber una mínima capacidad de negociación por parte del explotado, en la esclavitud el dominio del victimario es absoluto. En cuanto a las prácticas similares a la esclavitud, se entiende que son las siguientes:

a) La servidumbre por deudas: cuando el deudor se compromete a pagar sus deudas con la prestación de sus servicios personales o los de alguna persona sobre la que tenga autoridad, y los servicios prestados o no se aplican al pago de la deuda, o no se define su naturaleza y duración.

b) La servidumbre de la gleba, cuando una persona está obligada por ley, costumbre o acuerdo a vivir y trabajar en una tierra que no es suya, y a prestar a su propietario, con remuneración o sin ella, determinados servicios, sin que tenga la libertad de cambiar de condición.

c) Todos aquellos casos de matrimonio o cesión forzados, en los que, sin que medie el consentimiento de la mujer, se la prometa o entregue en matrimonio a cambio de una remuneración del tipo que sea, se la cede o vende, o se la transmite con la herencia a un tercero.

d) Cuando, con remuneración o sin ella, se entrega a un menor de 18 años por sus padres o tutores para que se explote su trabajo o su persona.

La mendicidad por su parte hace referencia a aquellos supuestos en que se obliga a la persona a mendigar o pedir limosna, con lucro para un tercero. Lo habitual en estos casos es que la persona obligada a mendigar tenga que hacerlo en las condiciones establecidas por el explotador, deba conseguir una cantidad mínima cada día, y, en caso de no conseguirlo, sea castigada por el explotador. La servidumbre, conforme el Informe explicativo del Convenio de Varsovia, alude a aquellas situaciones en que una persona vive y trabaja en la propiedad de otra, realizando determinadas actividades, remuneradas o no, y sin posibilidad de cambiar su situación. Son casos en que la víctimas trabajan prácticamente sin horario, estando a disposición del explotador, con una remuneración escasa, en caso de haberla, y sin días de descanso ni libertad para abandonar la casa sin permiso del explotador.

La trata sexual, considerada la modalidad de explotación con mayor proliferación, se refiere tanto a los supuestos de explotación de la prostitución ajena, como a la explotación otro tipo de actividades de la víctima que también tengan naturaleza sexual, entre las que se encontrarían, por ejemplo, la pornografía –tanto la participación en la elaboración de la misma como en la realización de espectáculos de esa naturaleza–, como los supuestos de servidumbre sexual cuando, por ejemplo, se encargan o compran esposas. No es necesario, por lo tanto, que el beneficio que reporte la explotación sea económico, bastando con cualquier ventaja aún de tipo personal.

A la hora de precisar qué se entiende por explotación sexual, surgen a nivel internacional dos posturas enfrentadas, que discuten si puede ser objeto de explotación todo tipo de prostitución, o tan sólo la prostitución forzada. Así, un primer sector considera que por explotación sexual hay que entender la explotación de todo tipo de prostitución, tanto si es forzada como si no, y ello porque aún siendo una actividad voluntaria, es en todo caso una manifestación de la violencia de género y nunca expresión de la libertad sexual de la mujer, pues siempre vendrá ligada a la violencia, la marginación, las dificultades económicas, y la cultura sexista. Por otra parte, un segundo grupo sostiene que es preciso distinguir la prostitución coactiva de la libremente ejercida, otorgando validez a la decisión voluntaria de ejercer la prostitución y legalizando dicha actividad de forma que se eviten los abusos de terceros. Dada la imposibilidad de llegar a un acuerdo, la ONU decidió referirse tan sólo a la explotación sexual, sin dotar de contenido a la misma, de forma que cada Estado deberá decidir qué contenido otorga a aquélla.

Para determinar cuál es el contenido que el legislador nacional concede a la explotación sexual en el marco de la trata, hay que partir de la incriminación, en el

art. 188.1, último párrafo CP, de la explotación lucrativa de todo tipo de prostitución, aunque sea consentida, con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. No obstante, dada la elevada penalidad prevista por el legislador a esta conducta, se han alzado posturas doctrinales que proponen acotar el ámbito de lo punible exigiendo un plus de lesividad mayor que el que deriva del mero lucro patrimonial del ejercicio de la prostitución. En la misma línea, y partiendo de que no toda ganancia proveniente de la prostitución puede convertir por sí sola a quien la percibe en autor de un delito, el TS ha hecho una interpretación restrictiva del precepto, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de las situaciones de necesidad, superioridad y vulnerabilidad

b) Que quien obtenga el rendimiento económico de la actividad sexual conozca las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución

c) Que la ganancia económica sea un beneficio económico directo

d) Que la percepción de la ganancia sea fruto de algo más que un acto aislado, siendo exigible reiteración.

Los requisitos descritos han de ponerse además en relación con los supuestos en que normalmente los tribunales aplican este precepto, a saber, los casos en que el sujeto activo abusa de una situación de vulnerabilidad o necesidad provocada por un tercero, y los casos de prostitución acuartelada, en que se somete a la víctima a condiciones en el ejercicio de la actividad que se puede entender que se está abusando de una situación de vulnerabilidad o necesidad.

Todo lo anterior apunta a que el TS considera que en realidad el legislador lo que hace es sancionar la explotación de la prostitución en cuyo ejercicio aparentemente concurre la anuencia de la víctima, cuando en realidad está viciada por mediar una situación de necesidad o vulnerabilidad. Si a ello además unimos que esa situación de necesidad o vulnerabilidad es uno de los medios comisivos de la trata, parece que la opción del legislador es integrar la explotación sexual con la prostitución de tipo coactivo cuando se trata de adultos y de toda clase cuando se trate de menores. De esta forma, la explotación sexual a que se refiere el art. 177 bis, será aquella en la que concurra alguno de los medios comisivos previstos en el tipo, incluyendo el abuso de una situación de necesidad o vulnerabilidad en los términos expuestos.

Se incluye por último en el tipo la finalidad de explotación de la persona para traficar con sus órganos, acción que, por su parte, también fue creada *ex novo* por el legislador en la LO 5/2010, introduciendo el art. 156 bis en el acervo punitivo. Se trata con ello de evitar aquella explotación dirigida a lucrarse mediante la venta de órganos humanos, si bien se echa en falta, tanto en la dicción del art. 177 bis como

en el propio art. 156 bis la mención de los tejidos humanos, también susceptibles de ser vendidos y trasplantados.

1. Los tipos agravados

El art. 177 bis, en sus apartados 4 a 6 establece una serie de supuestos agravados en atención bien a la víctima, bien al autor.

Así, en atención al sujeto pasivo, el apartado 4 del art. 177 bis dispone que se aplicará la pena superior en grado –esto es, de 8 a 12 años–, cuando se ponga en grave peligro a la victima, la víctima sea menor de edad, o sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Basta con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias descritas para que tenga lugar la agravación de la penalidad. La pena prevista podrá imponerse en su mitad superior si concurre más de una de las circunstancias referidas.

El grave peligro para la víctima habrá de ponderarse tanto desde la perspectiva de los bienes jurídicos potencialmente afectados, como del mal que se cierne sobre los mismos, siendo apreciable el supuesto de agravación sólo cuando el peligro tenga una entidad importante y se proyecte sobre la vida y la salud o integridad física de la persona, más allá de la afectación que la finalidad de explotación perseguida pudiera suponer para tales objetos de protección. En este sentido, tanto la DM 2002 como la Directiva 2011, aluden a la producción de un riesgo para la vida creado de forma deliberada o negligente. Así, no sólo se limita el bien jurídico que ha de resultar afectado para la apreciación de la agravante, sino que además se describe de tal forma que cabría la apreciación de la agravante aún si el peligro fuera ocasionado de forma imprudente. No queda claro a este respecto, dado el silencio del legislador, si cabría apreciar la concurrencia de la agravante en caso de producirse tal riesgo de forma imprudente, si bien el hecho de que no se mencione de forma expresa tal posibilidad debería interpretarse en el sentido de que sólo se aprecie el tipo agravado si la creación de tal riesgo es dolosa, incluyendo el dolo eventual.

Con respecto a la minoría de edad, por menor de edad se considera al que aún no tiene 18 años, tal como disponen los distintos instrumentos internacionales sobre el particular.

En cuanto a la especial vulnerabilidad de la víctima, el propio tipo agravado establece que debe provenir de enfermedad, discapacidad o situación. En todo caso, tal vulnerabilidad ha de tener la suficiente entidad como para justificar la aplicación de la penalidad prevista en este tipo agravado.

A estos efectos, resulta de suma importancia tener en consideración que alguna de las situaciones de agravación descritas coinciden o pueden coincidir con los medios comisivos que han de acompañar a la acción típica, particularmente con las situaciones de abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, de forma que es preciso evitar violaciones del principio de *non bis in idem*, procediendo sólo la

A estos efectos, resulta de suma importancia tener en consideración que alguna de las situaciones de agravación descritas coinciden o pueden coincidir con los medios comisivos que han de acompañar a la acción típica, particularmente con las situaciones de abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, de forma que es preciso evitar violaciones del principio de *non bis in idem*, procediendo sólo la aplicación del tipo agravado cuando la situación de vulnerabilidad no haya sido ya considerada para la apreciación del tipo básico. En este sentido, si la captación de la víctima se ha producido aprovechando su vulnerabilidad por estar, p.e., enferma, no procederá aplicar la circunstancia de agravación.

Este primer supuesto agravado en atención a la víctima va a ser previsiblemente, y a la vista de lo dispuesto en el Proyecto de Reforma del CP de 2013, objeto de modificación. La nueva redacción del tipo agravado hace alusión a la existencia de un peligro para la vida o integridad física o psíquica, quedando por lo tanto claro cuáles son los bienes jurídicos que deben ser puestos en peligro a la hora de la apreciación de la agravante. Del mismo modo, los supuestos de agravación de las letras b) y c) quedan fusionados en una sola letra, que se refiere a la víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o minoría de edad.

En cuanto a la agravación por el sujeto activo, el párrafo 5 del art. 177 bis dispone que se impondrá la pena superior en grado, además de la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, en caso de prevalimiento por parte del autor de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. El fundamento de la agravación reside en la incidencia que la corrupción en el sector público tiene en el fenómeno de la trata, siendo muchos los casos en los que hay funcionarios públicos implicados en tal entramado. Para integrar los conceptos de autoridad, agente de ésta o funcionario público habrá que estar a lo dispuesto por el art. 24 CP, así como a lo que la jurisprudencia ha entendido tradicionalmente por estos términos. Esta pena se impondrá en su mitad superior si además concurre con alguna de las circunstancias del aptdo. 4.

Completa la agravación en atención al sujeto activo lo dispuesto en el art. 177 bis 6, conforme al cual se sancionará con la pena superior en grado además de la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena si el culpable pertenece a una organización o asociación de más de dos personas, incluso transitoria, que se dedicase a la realización de estas actividades, esto es, a la trata de seres humanos. La circunstancia de agravación se justifica en atención a la importante presencia de la delincuencia organizada para la comisión del delito de trata de seres humanos, que facilita la comisión reiterada del delito, con el consiguiente riesgo para el bien jurídico protegido.

Si además concurre alguna de las circunstancias del apartado 4, la pena se impondrá en su mitad superior. Por último, si el sujeto pasivo es el jefe, administrador o encargado la pena también se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar a la superior en grado, lo que nos lleva a una pena de 12 a 18 años de prisión. Y en todo caso se elevará a la superior en grado si además concurre alguna de las circunstancias del aptdo. 4 o la del número 5.

2. Otras novedades

Por último, el Proyecto de Reforma del CP de 2013 incorpora en un nuevo apartado en el art. 177 bis, el número 12, una nueva consecuencia jurídica a la comisión del delito de trata de seres humanos, como es la posibilidad de imponer al penado la medida de seguridad de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Nada dice la Exposición de Motivos al respecto, más que se amplían los supuestos en los que, tras la pena de prisión, dicha medida puede imponerse. El contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada, que se incorpora al CP tras la LO 5/2010, se concreta en el art. 106 CP. La particularidad de esta medida es la posibilidad de imponerla al sujeto imputable, con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad, y con base en un pronóstico de peligrosidad criminal que se valora en función de la gravedad del delito cometido.

LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL PROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO PENAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCION.

El presente artículo pretende ser un análisis crítico de la libertad condicional en el marco del sistema jurídico vigente y del que se refleja en el Proyecto de Reforma de Código penal elevado al Consejo de Ministros por el Ministro de Justicia el 20 de septiembre de 2013 (en adelante PRCP 2013) de cara a su tramitación parlamentaria (se trata de la última de las muchas versiones del conjunto de modificaciones proyectadas por el actual Ministro de Justicia para el vigente texto punitivo durante la presente legislatura). Es este un proyecto de enorme calado que afecta a muchas instituciones tanto de la Parte General como de la Parte Especial del Derecho penal. La elección de la libertad condicional como objeto de estudio responde, además de a la necesidad de limitar el ámbito del presente trabajo, a la importancia que este instituto tiene en el actual sistema penitenciario. Y es que, como habrá ocasión de comprobar, la libertad condicional juega o debería jugar un papel esencial en la finalidad reeducadora y de reinserción social a las que deben orientarse las penas privativas de libertad de acuerdo con el art. 25.2 CE. Sin embargo este instituto, ya en el contexto el derecho vigente, se encuentra lejos de cumplir satisfactoriamente esa función y el PRCP 2013 no hace sino aumentar y en ocasiones de forma irreversible esta distancia. Por otro lado el régimen de libertad provisional previsto para la pena de prisión permanente revisable no conjura, ni mucho menos, los riesgos de inconstitucionalidad y de vulneración del CEDH de semejante medida sancionadora. Parece oportuno por tanto poner de relieve estos y otros problemas en un momento en el que el PRCP 2013 continúa siendo, como su propio nombre indica, un proyecto susceptible de modificación.

El estudio de la libertad condicional requiere entonces del análisis de las normas que rigen la ejecución de la pena de prisión en nuestro ordenamiento jurídico. En el contexto del PRCP 2013 este examen tendrá que ser ampliado para abarcar también una nueva pena privativa de libertad que se prevé en el mismo y que es la prisión permanente revisable. Para entender y valorar el régimen vigente y el proyectado sobre esta materia, habremos pues de adentrarnos en el examen de las normas que rigen la ejecución de estas dos penas privativas de libertad en lo que a libertad condicional se refiere lo que obliga, al menos en lo que respecta a la primera, a un estudio de distintas normas que la regulan como son el Código penal, la LOGP y en el Reglamento que la desarrolla (en adelante RD 190/1996) y de las modificaciones que al respecto se prevén en el referido proyecto de reforma.

Es preciso advertir ya desde este momento, que el PRCP 2013 no se limita a introducir algunas novedades en el vigente régimen de libertad condicional de la pena de prisión así como a crear un nuevo sistema de regulación de esta institución para los supuestos en que se impone la pena de prisión permanente revisable. La reforma va más allá pues redefine la naturaleza y el régimen de libertad condicional llegando con ello a desvirtuar, al menos en parte, la esencia del sistema penitenciario en el que la misma se integra que es progresivo y de individualización científica. En este sentido, el pre legislador, reproduciendo en muchos casos el articulado de Códigos penales de otros países de la Unión Europea, niega que la libertad condicional constituya un cuarto grado penitenciario o una forma de cumplimiento de la pena de prisión, aumenta en exceso la rigidez de criterios para su concesión (poniendo más el acento en la gravedad de los hechos cometido por el sujeto que en su potencial rehabilitador) y expande las consecuencias negativas de su revocación. A este respecto, el proyecto se adscribe a la línea del endurecimiento de las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad que se ha reflejado en reformas penales previas como las operadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, *de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas* y la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código penal.

Para explicar en qué consisten los cambios proyectados y porqué se dice que tales son o pueden ser sus implicaciones, resulta necesario analizar en primer lugar parte de la historia así como de algunas de las características esenciales del vigente sistema penitenciario del que forma parte el régimen actual de libertad condicional. Seguidamente se procederá al estudio de la regulación vigente de esta institución para examinar y valorar después las modificaciones proyectadas sobre la misma. Por último se llevará a cabo un examen crítico del proyectado régimen de libertad condicional en relación con la pena de prisión permanente revisable.

II. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL COMO UN SISTEMA PROGRESIVO Y DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA.

1. Los sistemas progresivos.

Los sistemas progresivos supusieron un salto cualitativo en la evolución de los sistemas penitenciarios que se desarrollaron en el siglo XVIII momento en el que la pena de prisión adquirió entidad autónoma, se generalizó su uso y se le asignaron funciones que iban más allá de la mera retención y custodia del penado. Y los sistemas progresivos alcanzaron este logro porque concebían el tiempo de privación de libertad del individuo en un medio institucionalizado como un proceso de preparación del mismo para su vuelta a la vida en sociedad. Incorporaron así una finalidad verdaderamente rehabilitadora que superaba el planteamiento moralizante de los sistemas que los precedieron los cuales aspiraban trasformar internamente al recluso a través del arrepentimiento y la expiación del daño provocado por su delito. No obstante, el objetivo resocializador no respondía únicamente a un determinado planteamiento ético o ideológico inspirado en el ideal humanitario que debía estar presente desde entonces en el sistema punitivo, sino

que siempre obedeció también a razones de eficacia y utilidad: planteamiento este que no se debe perder de vista en los tiempos presentes en los que el legislador parece entender que el éxito de un sistema penal, sobre todo en lo que respecta a la ejecución de penas privativas de libertad con las que se castigan delitos de especial gravedad, es directamente proporcional a la intensidad de su rigor punitivo lo que constituye un error.

Desde la primera experiencia del sistema progresivo en el presidio de San Agustín de Valencia en torno a 1836, obra del Coronel Montesinos, se han sucedido muchas variantes de este sistema penitenciario pero es posible encontrar al menos tres elementos comunes a las mismas como los que se explican a continuación.

Por un lado, el tiempo de privación de libertad se divide en periodos que van desde el inicial que es el más duro o restrictivo de los derechos del penado hasta el final, en el que el mismo puede terminar de cumplir su condena en libertad siempre que respete una serie de condiciones (este último periodo de cumplimiento sería el que hasta hoy se concibe, de acuerdo con un sector al que me adscribo, como el de libertad condicional).

Asimismo, el paso de un periodo a otro se decide en función del tiempo transcurrido, de la evolución del penado y de su comportamiento. La buena conducta o los méritos demostrados permiten pasar a un periodo más ventajoso y más cercano a la meta que es la libertad. En caso contrario, el penado no disfrutará de esa progresión y deberá permanecer en el mismo periodo o incluso retroceder a otro más desventajoso y a la vez más alejado de la fase final en la que podrá cumplir su pena en libertad sujeto a una serie de condiciones. De este modo se castiga o se premia al recluso como forma de motivar su positiva evolución hacia la vida en libertad durante el tiempo que está privado de libertad.

Por último, es de destacar que en los diferentes periodos, en la medida en que su carácter más o menos restrictivo de los derechos del penado lo permita, se realizan actividades orientadas a la reinserción social. El trabajo en condiciones dignas se combina con tratamientos terapéuticos y formación.

Pese a su éxito, los primeros sistemas progresivos se caracterizaron por su escasa flexibilidad a la hora de determinar la progresión del penado por los distintos periodos tras su ingreso en prisión. La rigidez descrita fue superada por el sistema de individualización científica que la opinión mayoritaria considera una variante del sistema progresivo. Las particularidades de este sistema son las siguientes: en primer lugar permite, dentro de ciertos límites, que el recluso pueda ser inicialmente clasificado en cualquiera de los periodos o grados de cumplimiento de la pena; asimismo, hace posible que el penado no tenga que pasar por todos los periodos hasta llegar al último sino que su progresión se puede acortar bien eliminado el tránsito por alguno de los periodos o abreviando la duración prevista inicialmente para cada uno de los mismos; por último, prevé un tratamiento y un régimen individualizado de cumplimiento para cada recluso en atención a sus circunstancias personales, a sus necesidades y a su potencial de reinserción y con independencia del periodo en el que se encuentre. Es decir, que una nota esencial

del sistema progresivo y de individualización científica es dar peso al potencial rehabilitador del sujeto y no hacer que la ejecución de la pena de prisión que haya de cumplir esté solo condicionada por la gravedad de los hechos cometidos.

De los progresivos ha sido el sistema de individualización científica el que terminó por imponerse tanto en Europa como en EEUU durante el último cuarto del siglo XX por los positivos resultados que su imposición trajo consigo: se trata de los únicos sistemas que hacen al menos posible la reinserción del penado y ello se traduce en un menor índice de reincidencia en comparación con los sistemas anteriores. La actual legislación penitenciaria española se adscribe en principio al mismo con las particularidades que se analizan seguidamente. No obstante, como ya se ha apuntado y como habrá ocasión de comprobar, de un tiempo a esta parte, nuestro régimen penitenciario se ha ido alejando de lo que caracteriza al sistema progresivo y de individualización científica y el PRCP 2013 sigue esa línea de distanciamiento con especial intensidad en lo que respecta a la regulación de la libertad condicional.

2. El vigente sistema penitenciario español: supuestamente un sistema progresivo y de individualización científica.

2.1. Consideraciones generales

Tanto la LOGP y como el RD 190/1996 que regulan la ejecución de la pena de prisión presentan características de los sistemas progresivos y también de su variante denominada sistema de individualización científica. Ello se desprende el art. 72.1 LOGP que establece que "*las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados*". En consonancia con lo afirmado, la referida normativa diferencia distintos grados o etapas de cumplimiento de la pena de prisión a las que les asigna un régimen de vida y actividades más o menos restrictivas de los derechos del penado. En la última etapa o grado de esa escala, que es la libertad condicional de acuerdo con un planteamiento doctrinal que comparto, se prevé el cumplimiento de la pena en libertad con una serie de condiciones. Por otro lado, rige con ciertas limitaciones que van en aumento el principio de flexibilidad que afecta a la clasificación inicial del penado en los distintos grados, a su progresión o regresión a través de los mismos y al concreto régimen de cumplimiento de pena que se le asigne con independencia del grado en el que se encuentre clasificado.

2.2. El principio de flexibilidad y su crisis

Como ya se advirtió, en el sistema penitenciario español rige el principio de flexibilidad que constituye la particularidad esencial del sistema de individualización científica como variante de los sistemas progresivos. Esta flexibilidad responde a la idea de aumentar las posibilidades de reinserción del penado permitiendo una clasificación en grado y un progresión a través de los distintos grados en la que se tenga más presente su potencial de reinserción que la gravedad de los hechos por los que haya sido condenado, lo que se puede traducir, entre otras cosas, en una clasificación inicial en el tercer grado o en un acceso al mismo sin necesidad de cumplir rígidos o extensos márgenes temporales. Se trata de fomentar la

motivación de aquéllos sujetos que puedan ser recuperables para el cuerpo social precisamente para evitar que el exceso de la duración de la prisión en determinadas condiciones, como son las del encierro efectivo y extenso en el medio penitenciario, tenga efectos irreversibles sobre los mismos que hagan de la pena de prisión una pena inhumana e incompatible con la reinserción y se traduzcan a la postre en mayores índices de reincidencia.

Esta flexibilidad que incorpora el sistema penitenciario español en coherencia con su condición de sistema de individualización científica, se advierte en distintas posibilidades que ofrece la normativa vigente. Dentro de las mismas, se prestará especial atención por la incidencia que tiene sobre el régimen de libertad condicional, a la clasificación inicial en el grado penitenciario.

En este sentido, el art. 72.3 LOGP permite que el penado, en atención a sus características personales, familiares, historial delictivo y necesidades de tratamiento, detectadas tras su observación, pueda ser clasificado inicialmente en cualquiera de los tres grados <<*…salvo el de libertad condicional…*>>. No obstante, la clasificación en el tercer grado exige haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito teniendo en cuenta lo establecido en el art. 72.5 y 6 LOGP. Este precepto permite dar por cumplida la responsabilidad civil en aquellos casos en los que la falta de capacidad económica del penado impida una satisfacción plena en términos económicos. Para ello se tiene en cuenta, entre otras cuestiones, los esfuerzos efectivamente realizados por el mismo en atención a su capacidad económica así como las posibilidades de cumplimento futuro de tal responsabilidad que se puedan apreciar. Por otro lado, el Código penal establece una limitación para la clasificación inicial en tercer grado a través de los denominados "periodos de seguridad". En este sentido, el art. 36.2 CP, contiene las precisiones que seguidamente se analizan.

Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. El precepto, tras la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, no obliga al juez sentenciador a imponer esta limitación respecto de la clasificación inicial del penado en estos casos, como sí hacía la LO 7/2003, de 30 de junio, sino que le faculta a ello. Por su parte, en estos supuestos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Por otro lado, cuando duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y consecuencia de la comisión de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o delitos de agresión, abuso sexual, prostitución y corrupción cuando la víctima fuese menor de trece años, la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma. La reforma de la LO 5/2010, de 22 de

junio, estableció esta limitación que el Juez o tribunal sentenciador tiene la obligación de observar sin que el Juez de Vigilancia penitenciaria pueda establecer el régimen general como ocurre en los supuestos analizados en el párrafo anterior.

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se pone de manifiesto que la referida limitación se estima conveniente por la extrema gravedad de los delitos a los que afecta. Al margen de la arbitrariedad que supone considerar de extrema gravedad a determinados grupos de delitos como los de terrorismo, delincuencia organizada y ciertas infracciones contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, excluyendo otros muchos que podrían considerarse igualmente graves, lo cierto que es que la regulación vigente reduce la flexibilidad del actual sistema penitenciario acercándolo a los sistemas progresivos originarios en los que prevalece la gravedad de la pena impuesta sobre las posibilidades de reinserción del penado, como criterio para determinar su régimen penitenciario.

Por otro lado, en relación con el cálculo de la mitad de la condena impuesta, es preciso tener en cuenta las reglas concursales de los arts. 76 y 78 CP, tras la reforma de LO7/2003, de 30 de junio, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, cuya aplicación puede implicar en ocasiones la imposibilidad de acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

En cualquier caso, en tales supuestos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente la aplicación del régimen general de cumplimiento. No obstante, cuando se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II del CP, esa posibilidad solo será aplicable al tercer grado penitenciario cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de condena, y a la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de condena. Eso significa que en casos de concurso real de delitos de terrorismo cuando un sujeto ha sido condenado a 40 años de prisión y la mitad de la suma de sus condenas es superior a ese límite máximo de cumplimiento de condena, tiene necesariamente que permanecer 32 años en el centro penitenciario sin acceder al tercer grado y 35 para poder aspirar a la libertad condicional.

Estas limitaciones al principio de flexibilidad desvirtúan en cierto modo un sistema penitenciario como el vigente que supuestamente es progresivo y de individualización científica. Se prevén supuestos en los que se puede prescindir de dos de los cuatro grados en los que se estructura el sistema penitenciario, de manera que cuando el sujeto recupera la libertad tras haber cumplido su condena, no ha tenido contacto alguno con la sociedad fuera del medio penitenciario lo que dificulta cuando no imposibilita su reinserción social. Por otro lado, en tales circunstancias, ya no es el potencial de reinserción que tenga el sujeto lo que va a primar a la hora de determinar las condiciones de la ejecución de la pena de prisión que haya de cumplir, sino que va a tener mucho más peso la gravedad de los hechos que el mismo haya cometido. En estas condiciones las posibilidades de reinserción

se tornan en algunos casos inexistentes si tenemos en cuenta que, de acuerdo con algunos sectores, el encierro efectivo que se prolonga por encima de los quince años provoca efectos irreversibles para en el sujeto que dificultan cuando no imposibilitan su recuperación para la vida libre en sociedad. En casos como los descritos donde el "horizonte de libertad" al que se refiere el PRCP 2013 como condición de la humanidad de la pena de prisión, queda, en el mejor de los casos, a una distancia de 32 o de 35 años de internamiento efectivo, y además no como una circunstancia cierta o segura sino dependiente de condiciones adicionales al mero trascurso de tiempo de privación de libertad cuya constatación queda en manos de la interpretación judicial. Entre otras, se exige que el sujeto tenga un pronóstico positivo de reinserción social lo cual, como se apuntaba antes, es sino imposible al menos muy difícil de obtener cuando al mismo se le ha mantenido ininterrumpidamente en prisión durante más de tres décadas.

III. LA LIBERTAD CONDICIONAL

1. La naturaleza de la libertad condicional

1.1. Planteamiento de la cuestión

Desde que la libertad condicional se institucionalizó por primera vez en España a principios del s. XX, ha existido siempre un intenso debate doctrinal y jurisprudencial en torno a su naturaleza. Se señalan como factores que han contribuido a esta controversia la evolución legislativa del instituto, el hecho de que el mismo ha formado parte de sistemas penitenciarios de distinto fundamento, su dispersión normativa y su ubicación sistemática. No es momento ahora de describir en detalle los distintos planteamientos presentes en dicha polémica pues existen notables trabajos que se han dedicado a ello pero sí de poner de relieve algunas ideas en relación con la misma que quizá puedan ayudar a comprender con más claridad los términos de la discusión y que además reflejan mi postura al respecto.

En primer lugar hay que explicar cierta confusión que se advierte en algunos de los estudios monográficos que analizan esta cuestión. En los mismos se dice que en la doctrina no existe acuerdo sobre si la libertad condicional es una forma de suspensión de la pena de prisión, un grado o forma de cumplimiento de la misma, un beneficio penitenciario o un derecho subjetivo del condenado. Esta manera de exponer la discusión resulta un tanto equívoca porque se enumeran posibilidades de concebir la libertad condicional que no son incompatibles entre sí ya que la misma puede ser al tiempo una forma de suspensión de la pena de prisión y un derecho subjetivo del condenado o un modo de cumplimiento y un beneficio penitenciario. Es por ello que lo correcto sería plantear que en torno a la naturaleza de la libertad condicional se han suscitado dos cuestiones que se refieren a distintos componentes definitorios de esta institución: la primera trata de determinar si la libertad condicional es una forma de suspensión de la pena de prisión o un grado o forma de cumplimiento de la misma y la segunda se orienta a establecer si la libertad condicional es un beneficio penitenciario o un derecho subjetivo del condenado. Y, a diferencia de lo que se sucede en la literatura analizada, es necesario distinguir nítidamente entre estas dos cuestiones pues aunque pueden

estar relacionadas se refieren, como apuntaba, a elementos distintos de la libertad condicional que no han por tanto de confundirse.

1.2. La libertad condicional como forma de sustitución de la pena de prisión o como forma de cumplimiento de la misma

Hay autores que entienden que la libertad condicional es una forma de suspensión de la libertad condicional y esgrimen para defender esta postura distintos argumentos entre los que destacan los siguientes: por un lado, el hecho de que la libertad condicional esté regulada en el Código penal junto a las formas de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad es indicativo de que constituye otra forma más de las mismas la cual tiene lugar durante la ejecución de la pena de prisión; además, ni los requisitos ni el procedimiento para su concesión ni el contenido de la misma (concretamente los deberes a los que obliga) se asemejan en nada a los requisitos y procedimiento para la progresión en demás grados penitenciarios que resultan también distintos en lo que respecta a su contenido.

Por su parte, también hay quienes discrepan del planteamiento apuntado al considerar que la libertad condicional es el cuarto grado del sistema penitenciario y por tanto una forma de cumplimiento de la pena de prisión. Los que así se manifiestan entienden que el hecho de que esta institución esté regulada en el vigente Código penal junto a las formas de suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad es un error del legislador, pues si bien éstas tratan de evitar el efecto desocializador de la prisión, aquella se orienta a impedir que el penado que reúna determinados requisitos y esté ya resocializado permanezca en prisión y cumpla el resto de condena en libertad. Asimismo, también apuntan que esta tesis viene respaldada por el art. 72.1 LOGP y por el hecho de que el sujeto condicionalmente liberado no pierde su relación de especial sujeción con la Administración y Jurisdicción penitenciaria que en cualquier momento puede revocar esa libertad lo cual es irreconciliable con que la misma sea una forma de suspensión o sustitución de la pena de prisión.

Como he dado a entender en líneas anteriores, me adscribo sin duda alguna a esta última corriente. Los argumentos de la tesis contraria no resultan convincentes por los motivos que han sido apuntados con los matices expresados a pie de página y por otros que trataré de explicar.

Entiendo que se ha dado excesiva importancia a la dispersión normativa de la que es objeto la libertad condicional en el ordenamiento jurídico vigente, al menos en relación con la cuestión ahora analizada. El hecho de que tanto el Código penal, como la LOGP como el RD 193/1996 regulen esta institución no debería provocar tanta confusión en torno a su naturaleza jurídica. Y ello porque del conjunto normativo se desprende que el legislador se ha pronunciado de forma unívoca sobre esta materia sin que quepa achacarle al respecto "falta de convicción" como sostiene Renart García. El art. 72.1 LOGP es el único precepto del ordenamiento jurídico vigente que se pronuncia de manera expresa sobre esta cuestión y lo hace con el siguiente tenor: <<*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será*

el de libertad condicional, conforme determina el Código penal>>. Ni el Código penal, ni el RD 193/1996 se manifiestan sobre este asunto puesto su articulado no define, a diferencia del de la LOGP, qué es la libertad condicional sino que se limita a regular los requisitos necesarios para su concesión así como su régimen de cumplimiento. Entiendo que algún peso habrá que tener el único precepto del ordenamiento vigente que se pronuncia directa y expresamente sobre la cuestión planteada a la hora de dar una solución a la misma. Además, la ubicación sistemática de una institución no tiene que ser necesariamente determinante de su naturaleza. Hoy día nadie duda de la naturaleza civil de la responsabilidad civil *ex delicto* pese a estar regulada principalmente en el Código penal. De igual modo, el Código penal regula la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal y ello no es óbice para que muchos le atribuyan naturaleza procesal y no sustantiva.

Por todo lo dicho, la ubicación sistemática de la libertad condicional en el Capítulo III del Título III del Libro I del CP, junto a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad no es en absoluto determinante y sobre todo tras la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que cambió la rúbrica del referido Capítulo III diferenciando expresamente el instituto analizado de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Tampoco resulta correcto plantear que el contenido de la libertad condicional así como los requisitos necesarios para su concesión resulten de todo punto distintos del régimen de cumplimiento y de clasificación de los demás grados del sistema penitenciario. Al respecto se puede recordar, por ejemplo, que la necesidad de satisfacer la responsabilidad civil en determinados términos así como el haber cumplido una determinada parte de la condena se pueden exigir tanto para la clasificación en el tercer grado penitenciario como para la obtención de la libertad condicional (ver arts. 90.1 CP y 72.5 y 6 de la LOGP). Asimismo, las reglas de conducta que se pueden imponer cuando se concede a libertad condicional, concretamente aquellas que enumera el art. 83.1. 5ª CP guardan similitud con las obligaciones a las que puede quedar sujeto el penado clasificado en el tercer grado penitenciario al que se le aplica el régimen abierto (ver arts. 80 y ss. del RD 190/1996).

Además, la suspensión y la sustitución de penas privativas de libertad se prevén en todo caso como potestativas por parte del Tribunal sentenciador y no así la libertad condicional que se ha de conceder, al menos formalmente y conforme al régimen general, cuando el condenado ha cumplido los requisitos para ello (ver, respectivamente, los arts. 80 y ss. y 88 CP, por un lado, y los arts. 90 CP y 192 RD 190/1996).

Por otro lado, no se puede considerar que la libertad condicional es una forma de suspensión de la pena de prisión que acaece durante su ejecución pues, teniendo en cuenta su regulación en el vigente Código penal, el tiempo trascurrido en libertad condicional cuenta a efectos de cumplimiento de condena como regla general. O sea que la libertad condicional, en términos generales, es en efecto una forma de cumplimiento de la pena de prisión. Y ello porque la revocación de la misma, salvo en los casos de delitos de terrorismo de los art. 571 y ss. CP, implica que el sujeto

debe volver a ingresar en prisión sin perjuicio del cómputo de tiempo pasado en libertad condicional. Por el contrario, cuando se revoca la suspensión de la pena privativa de libertad, ésta se tiene que cumplir por entero por parte del penado (ver art. 85 CP).

Existen por tanto notables diferencias entre la libertad condicional y las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad que impiden considerar que aquélla sea una modalidad de estas. En conclusión entiendo que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de condena de la pena de prisión y en este sentido constituye el último o cuarto grado penitenciario. Ello resulta además coherente con el hecho de que la normativa española vigente exige como requisito general para la concesión de la libertad condicional que el condenado esté clasificado en el tercer grado penitenciario, de lo que se deduce su condición de último y más ventajoso estadio o grado de cumplimiento de la pena de prisión. Cabe advertir además que esta concepción de la institución analizada casa con la finalidad de los sistemas penitenciarios progresivos que conciben la ejecución de la pena de prisión como una preparación del penado para su vuelta a la vida en libertad. Difícilmente se puede preparar a nadie para regresar a la vida en libertad si antes no se le permite en efecto vivir en libertad si bien sujeto a las condiciones y controles que implica la libertad condicional que no hacen sino poner en evidencia que el liberado sigue, en efecto, condenado. Se advierte por tanto que la libertad condicional hace posible que el interno se reeduque y se resocialice y ello responde a su vez a la exigencia constitucional del art. 25.2 CE en virtud del cual las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reinserción y reeducación social. En este sentido se ha indicado que <<*…la libertad condicional… permite el cumplimiento de la pena en el medio social donde la persona condenada deberá retornar así como la imposición de reglas de conducta de contenido reeducador*. >>.

La libertad condicional, en definitiva, está plenamente integrada en el sistema vigente de ejecución de la pena de prisión del que constituye una parte esencial del mismo directamente vinculada a la finalidad de reinserción y reeducación al que se debe orientar por mandato constitucional. Sobre la base de estos planteamientos difícilmente se puede plantear que estemos ante una mera forma de suspender o sustituir la pena de prisión.

1.3. La libertad condicional como derecho subjetivo o como beneficio penitenciario

Algunos autores entienden que la libertad condicional es un beneficio penitenciario al considerar que su concesión es discrecional o constitutiva de un acto de gracia por parte de la autoridad judicial competente orientada a premiar o recompensar al penado por su buen comportamiento. Pero la corriente doctrinal mayoritaria defiende que la libertad condicional constituye un derecho subjetivo del interno principalmente sobre la base de los argumentos que seguidamente se explican.

En primer lugar se señala que al menos en lo que respecta al régimen general, la concesión de la libertad condicional es obligatoria por parte del Juez de Vigilancia

Penitenciaria si se dan los requisitos para ello. Ello se aprecia en los preceptos que regulan esta cuestión tanto en el Código penal (art. 90), como en el RD 190/1996 (art. 192). Sobre la base de este planteamiento, se entiende que el beneficio, a diferencia del derecho subjetivo del interno, constituye una concesión graciosa toda vez que aun cuando concurran los requisitos para acordarlo, la autoridad no está obligada a ello. Al respecto hay que añadir, no obstante, que hay quien entiende que la contraposición de derecho subjetivo del condenado y beneficio penitenciario desde esta perspectiva es ficticia toda vez que los beneficios penitenciarios constituyen derechos del interno tal y como expresamente establece el art. 4.2. h) del RD 190/1996. Sin embargo, lo cierto es que la concesión de beneficios penitenciarios que aparecen formalmente identificados como tales en el RD 190/1996 como por ejemplo el adelantamiento de la libertad condicional (ver art. 202.2), no es preceptiva incluso aun cuando concurran los requisitos necesarios para ello. En este sentido, el art. 91.1 CP, que recoge un régimen especial de la libertad condicional que permite la concesión anticipada de la misma respecto del régimen general, establece expresamente que el Juez de Vigilancia Penitenciaria "*podrá*" otorgarla, sin que se disponga que tiene la obligación de hacerlo. Y lo mismo cabe decir respecto de los regímenes especiales de libertad condicional previstos en los arts. 91.2 y 92.1 CP. Todo ello lleva a la necesidad de replantear la interpretación que cabe hacer del art. 4.2 h) RD 190/1996 cuando establece que los internos tienen derecho a los beneficios penitenciarios, pues está claro que pese a la contundencia del precepto, la concesión de tales beneficios no es preceptiva por parte de la autoridad ni aun cuando se dan los requisitos para ello.

No obstante, el otorgamiento de la libertad condicional fuera de los casos de concesión anticipada de la misma no siempre tiene un carácter obligatorio. En este sentido y de acuerdo con lo señalado en apartados anteriores, en determinados casos de concurso de delitos el otorgamiento de la libertad condicional se prevé como potestativo por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria incluso aunque se den los requisitos para acordarlo (ver art. 78 tras las reformas de LO 15/2003, de 30 de junio y LO 5/2010, de 22 de junio).

Por otro lado, aunque la concesión de la libertad condicional formalmente se declare obligatoria en algunos casos cuando se dan los requisitos para ello, dista de ser automática pues algunos de tales requisitos son de apreciación subjetiva. En este sentido, en lo que respecta al régimen general y según establece el art. 91. c) CP, el penado ha de haber observado buena conducta y debe existir sobre el mismo un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Mayor margen de apreciación subjetiva permiten los requisitos establecidos para la concesión de la libertad condicional en los casos de personas condenadas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VIII del Título XXII del libro II del Código penal tras la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio. En cualquier caso, que algunos de los requisitos de concesión de la libertad condicional sean de apreciación subjetiva no implica que el otorgamiento de la misma quede por entero en manos del arbitrio judicial. A este respecto hay que recordar que <<*… las decisiones sobre la libertad condicional deben motivarse de forma clara y de conformidad al marco constitucional y legal en el que se inserta la institución. En este sentido, la doctrina del art. 24.1 CE desarrollada por el*

TC… exige un deber reforzado de motivación cuando se decide sobre instituciones que afectan a la libertad de la persona condenada… >>, como sucede con el instituto ahora analizado.

También existen razones de tipo formal que conducen a considerar la libertad condicional como un derecho subjetivo del penado o al menos como algo diferente a los beneficios penitenciarios. Así, la rúbrica del Título VIII del RD 190/1996 que reza "De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios" y pone de este modo de manifiesto que se trata de elementos distintos. Igualmente la concesión de la libertad condicional aparece prevista como una competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria distinta de la consistente en conceder beneficios penitenciarios (ver, respectivamente, arts. 76.1. b) y 76.1.g) LOGP). Por su parte, el art. 202.1 RD 190/1996 identifica como beneficios penitenciarios solo el adelantamiento de la libertad condicional y al indulto particular.

En conclusión y en atención a todo lo expuesto, entiendo que la libertad condicional, al menos desde una perspectiva formal, es un derecho subjetivo del interno y no es correcto identificarla con un beneficio penitenciario, sobre todo si por beneficio penitenciario se entiende cualquier medida de concesión graciosa por parte de la autoridad. Ello además es coherente con el hecho de considerar la libertad condicional como una forma de cumplimiento de condena en el marco de un sistema penitenciario progresivo y de individualización científica. El papel que juega la libertad condicional dentro de este sistema en el que se integra como una parte esencial del mismo, no casa con que la misma se pueda ser fruto de una mera concesión graciosa o puramente discrecional por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Ello además sería contrario a la idea de motivación que preside un sistema penitenciario como el referido: difícilmente se puede motivar al buen comportamiento o a desarrollar hábitos y costumbres que permitan la resocialización si la repercusión que ello puede tener para el interno depende por entero de la discrecionalidad de la autoridad judicial o penitenciaria. Con todo, en lo que respecta a esta cuestión y como hemos podido comprobar, el orden vigente deja considerable espacio a la discrecionalidad en el ámbito de la concesión de la libertad condicional dado el cariz subjetivo que presentan algunos de los requisitos y teniendo en cuenta que su otorgamiento es siempre potestativo en determinados casos de concurso real.

En conclusión, entiendo que la naturaleza de la libertad condicional como derecho subjetivo es la más acorde con el sistema penitenciario que consagra nuestra sistema legal y con el marco constitucional en el que el mismo se inserta, pero el desarrollo legislativo de este instituto y su aplicación práctica durante las últimas décadas ha ido erosionando esta caracterización de manera que hoy día su defensa entra casi en el ámbito de las consideraciones de *lege ferenda*.

2. La vigente regulación de la libertad condicional

Su previsión se encuentra en los arts. 90 y ss. CP, 3 y 71.2 LOPG y 192 a 201 RD 190/1996. El examen de este articulado permite diferenciar un régimen general y otros tres que pueden caracterizarse de excepcionales o especiales. En los

apartados siguientes se procede al estudio breve y principalmente descriptivo de unos y otros pues lo que se pretende es ofrecer una ida de la regulación vigente de esta institución a fin de explicar los cambios que sobre la misma prevé el PRCP 2013. También se hará referencia a algunos de los aspectos problemáticos de la normativa en vigor sobre los que el PRCP 2013 no incide.

El régimen general es el previsto en el art. 90.1 CP que al respecto dispone que se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos condenados en quienes concurran las siguientes circunstancias: encontrarse clasificado en el tercer grado del sistema penitenciario; haber extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta; y haber observado buena conducta y haber recibido un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final al que se refiere el art. 67 LOGP.

La reforma de LO 7/2003, de 30 de junio, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, introdujo dos cambios en relación con este precepto. Por un lado, no se entenderá que existe buena conducta ni pronóstico favorable de reinserción social si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 72.5 y 6 LOGP. El segundo cambio introducido por la reforma de 2003 mencionada arriba, se refiere a los condenados por delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP o por los cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los cuales se les exige además de haber satisfecho la responsabilidad civil en el sentido apuntado, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la comisión de delitos futuros por parte de la banda armada, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la obtención de pruebas que permitan identificar a otros responsables, etc. Circunstancias éstas que podrán acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como de informes técnicos que acrediten la desvinculación del sujeto de actividades y grupos terroristas o asociaciones o grupos afines. En estos casos, concedida la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá solicitar informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional, sin que la ley establezca consecuencia alguna para el caso de que se acredite que tales condiciones no subsisten por lo que no se entiende el sentido de esta regla prevista en el primer inciso del art. 93.1 CP. A esta cuestión da respuesta el pre legislador en el PRCP 2013 como habrá cuestión de comprobar.

Con todo, estas exigencias previstas para los condenados por delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP o por los cometidos en el seno de organizaciones criminales que el PRCP 2013 no modifica, plantean varios problemas.

En primer lugar, no resulta legítimo en un Estado social y democrático de Derecho como el que define la CE exigir a un sujeto que renuncie a los fines de su actividad delictiva sobre todo si tales fines, como sucede con algunas formas de terrorismo como el etarra, consisten en la independencia de una región del Estado

español. Ello resulta incompatible con algunos de los derechos fundamentales de la CE como son la libertad ideológica prevista en el art. 16.1 CE. Asimismo, tales exigencias para la concesión sobre la libertad condicional implican un quebranto de la prohibición contenida en el 16.2 de la CE que establece que <<*Nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*>>.

Por otro lado, no se entiende por qué una declaración expresa de repulsa a la violencia o de petición de perdón a las víctimas tiene capacidad para acreditar el abandono de los fines y los medios de la actividad terrorista o la colaboración activa con las autoridades para impedir, por ejemplo, la comisión de delitos futuros por parte de la banda armada. Estas previsiones parecen formar parte de un empleo simbólico del Derecho penal con el que se pretende contentar a las víctimas de la actividad terrorista ya que tales declaraciones expresas de repulsa o de perdón pueden no significar nada y además corren riesgo de ser declaraciones interesadas por parte de los penados que las realicen ya que a través de las mismas pueden obtener nada menos que su libertad. En tales circunstancias, ¿qué valor se puede dar a una petición expresa de perdón o a una declaración expresa de repulsa a la violencia?

En lo que respecta a los regímenes especiales de libertad condicional en el ordenamiento vigente, se pueden diferenciar tres: el previsto en el art. 91.1 CP, el que regula el art. 91.2 CP y el que describe el art. 92.1 CP. Todos ellos suponen un adelantamiento de la concesión de la libertad condicional respecto del régimen general y en este sentido tienen al menos formalmente la consideración de beneficios penitenciarios en base a lo apuntado anteriormente.

El ordenamiento vigente también prevé reglas comunes a todos los regímenes. Así, la concesión de la libertad condicional dura todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir la condena y quedará condicionada siempre a que no vuelva a delinquir (art. 93.1 CP) y podrá también supeditarse a que el mismo observe una o varias de las reglas de conducta previstas en los arts. 83 y 96.3 CP (art. 90.2 CP). Por otro lado, en caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones apuntadas, se revocará la libertad condicional y el penado reingresará en prisión en el grado que le corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional, salvo que se trate de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP, que deberán cumplir el tiempo que reste de condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, modificación ésta introducida por la LO 7/2003, de 30 de junio.

3. La libertad condicional de la pena de prisión en el PRCP 2013

Dentro de los cambios que se proyectan sobre la regulación de libertad condicional son de destacar los que se analizan a continuación.

3.1. El cambio de naturaleza de la libertad condicional en el PRCP 2013

Parece que el pre legislador ha aprovechado la ocasión para zanjar el viejo e intenso debate sobre si la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena de prisión o una modalidad de suspensión de la misma. Ya en la Exposición de Motivos del PRCP 2013 se declara que la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que tiene lugar durante la ejecución de la misma y que afecta del resto de la pena que quede por cumplir cuando la libertad condicional se acuerda. En palabras del pre legislador, <<*…el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de suspensión de la ejecución del resto de la pena* (o de libertad condicional) *comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena*>>.

Este cambio es de suma importancia y, como se advertía más arriba, trata de poner fin a parte de la discusión sobre la naturaleza de la libertad condicional que deja de ser un grado de cumplimiento de la pena de prisión dentro del sistema penitenciario de manera que el tiempo trascurrido desde su concesión no cuenta a efectos de cumplimiento de condena.

No obstante, el legislador no ha sido del todo coherente con este planteamiento pues para ello debería haber alterado la rúbrica del Capítulo III del Título III del Libro I del Código penal que sigue refiriendo textualmente y de forma diferenciada a "las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad" y a "la libertad condicional" pues esa denominación parece indicar, como se puso de manifiesto anteriormente, que la libertad condicional algo distinto de las "formas sustitutivas de las penas privativas de libertad", expresión ésta que por otro lado tampoco resulta coherente con los propios términos elegidos por el pre legislador para definir ahora la libertad condicional. Ello porque la libertad condicional se entiende y se define ahora como una forma de suspensión de la ejecución de la pena de prisión y no como una sustitución de la misma.

En esta misma línea de incoherencia, la concesión de la libertad condicional en lo que respecta al régimen general, se sigue previendo en el PRCP 2013 como obligatoria si se dan los requisitos para su concesión, mientras que el resto de las formas de suspensión o sustitución de la ejecución de la penas privativas de libertad continúan siendo de aplicación potestativa.

En otro orden de cosas, el cambio de naturaleza de la libertad condicional exige la modificación de determinados preceptos de la LOGP que se refieren expresamente a este instituto como el último grado del sistema penitenciario y así

evitar la confusión que puede surgir en torno a su concepción pese a las declaraciones del pre legislador.

Esta modificación también exige aclarar qué órgano es competente para acordar la libertad condicional pues si estamos ante una forma de suspensión de la pena de prisión impuesta, el órgano competente tendría que ser el Tribunal sentenciador y no el Juez de Vigilancia Penitenciaria. No obstante el PRCP lejos de resolver esta cuestión la complica pues en ocasiones se refiere al "Juez de Vigilancia Penitenciaria" como el órgano competente y en otras alude al "Juez o Tribunal" o al "Tribunal" sin más.

Por otro lado, no es cierto que hasta ahora el tiempo trascurrido en libertad condicional computase siempre a efectos de cumplimiento de condena como sostiene el pre legislador. Ya se ha visto que desde la aludida reforma de 2003, en los casos de sujetos condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP, la revocación de la libertad condicional suponía la pérdida del tiempo que se hubiese disfrutado de ella como tiempo de cumplimiento de condena. Por tanto, lo que hasta ahora constituye una excepción que aumenta el rigor de las consecuencias de la revocación de la libertad condicional, se pretende que pase a ser regla general, tendencia ésta que se perfila ya como costumbre en la evolución legislativa de orden punitivo de las últimas décadas. En cualquier caso y en relación con esta medida concreta se advierte un desarrollo pendular en lo que a rigor punitivo se refiere si observamos nuestra historia legislativa. Así, la misma fue regla general en casos de reincidencia o reiteración en el delito para todos los penados de acuerdo con el art. 90 CP 1973. El vigente CP en el momento de su aprobación la suprimió, la reforma de LO 7/2003, de 30 de junio, la recuperó para los casos de terrorismo y ahora el PRCP 2013 regresa a esquemas punitivos preconstitucionales al implantar el régimen previsto en 1973 pero con mayor severidad pues pretende que la revocación de la libertad condicional, cualquiera que sea la causa que la motive, suponga para el penado la pérdida del tiempo trascurrido desde que se concedió. Si ya la reforma de 2003 fue criticada a este respecto, al considerarse que la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional tras la revocación planteaba problemas de *ne bis in idem* al tiempo que su aplicación podía resultar manifiestamente injusta por desproporcionada, mayores reproches se pueden hacer en este aspecto al PRCP 2013 que no solo no corrige los excesos punitivos del pasado legislativo más inmediato sino que intensifica los del más pretérito.

Así las cosas este cambio, con las deficiencias técnicas apuntadas con las que se pretende introducir, aumenta aun más la rigidez del sistema penitenciario del que forma parte la libertad condicional acercándolo a esquemas retribucioncitas que están fuera de su fundamento y finalidad. Y es que el que la libertad condicional constituya como regla general una forma de cumplimiento de la pena de prisión, resulta más coherente con la idea de motivar del penado en atención a su potencial de reinserción que debe inspirar al sistema de progresivo y de individualización científica que sigue definiendo nuestra legislación penitenciaria. En este sentido, la reforma proyectada pretende, como se apuntaba, convertir en regla general lo que es excepción en el sistema vigente y dejar sin efecto alguno y en todos los casos el

tiempo que el penado haya pasado en libertad condicional cuando ésta se revoca y con independencia que la causa que motive la revocación: ya sea la comisión de un nuevo delito, ya sea el incumplimiento reiterado o grave de una de las condiciones a las que se puede someter la libertad condicional como pueda ser, por ejemplo, faltar a las comparecencias ante el Juzgado. Ello, además de poder vulnerar el principio de proporcionalidad pues la gravedad de las causas de la revocación puede no guardar relación con los efectos que dicha revocación conlleva, está enviando un mensaje claro al penado que no puede describirse más que de desmotivador: el tiempo pasado en libertad condicional en el que se hayan respetado todas las condiciones a las que la misma se ha sometido que, en atención la reforma pueden ser muchas y gravosas (ver los arts. 83, 84, 86 y 87 PRCP 2013), no se valora en absoluto, pues revocada la libertad condicional, el sujeto se retrotrae al momento en el que la libertad condicional se concedió como si nunca hubiese disfrutado de la misma y nunca hubiese cumplido con las condiciones a las que fue sometida. Ello además y como ya se ha apuntado, puede suponer también una vulneración del principio *ne bis in idem* pues los deberes a los que se somete la libertad condicional tienen en ocasiones un contenido idéntico a las penas privativas de otros derechos que el sujeto habría cumplido hasta que la libertad condicional se revocó sin que ello evite que el penado tenga que volver a cumplir con la pena de prisión que, en los términos del PRCP 2013, quedó suspendida.

3.2. Modificación de los requisitos de concesión del régimen general

El PRCP 2013 modifica el último inciso del art. 90.1 CP de manera que con carácter general, el Juez de Vigilancia Penitenciaria a la hora de decidir sobre la concesión de la libertad condicional, debe valorar <<*…la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*>>. La reforma proyectada prescinde por tanto del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 LOGP como requisito de concesión de la libertad condicional (mantiene los otros tres requisitos que prevé el régimen general vigente: clasificación del sujeto en el tercer grado, extinción de tres cuartas partes de la condena y observancia de buena conducta) y lo sustituye por una fórmula no exenta, ni mucho menos, de problemas.

Se aumenta considerablemente el margen de discrecionalidad el Juez de Vigilancia Penitenciaria a la hora de decidir sobre la concesión de la libertad condicional al obligarle a tomar en consideración a tal efecto circunstancias sumamente subjetivas y que aparecen además descritas con excesiva laxitud, como <<*la personalidad del penado*>> o <<*sus circunstancias familiares o sociales*>>. A su vez, exige del Juez de Vigilancia Penitenciaria tareas de muy difícil sino imposible realización: ya no solo debe el Juez determinar la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir sino también anticipar los efectos que se puedan derivar de esa futura actividad delictiva así como las consecuencias que pueda tener la concesión de la libertad condicional sobre el mismo. Tareas todas estas para las que la

autoridad judicial va a requerir la estrecha colaboración de la Administración Penitenciaria que al fin y al cabo es la que conoce de forma directa la situación del penado y su evolución. Es por ello que no se entiende por qué el PRCP obvia el informe al que se refiere el art. 67 LOGP así como toda referencia a este precepto que, en cualquier caso, sigue estando en vigor y requiere que ese informe final en el que se reflejan los resultados obtenidos con el tratamiento penitenciario así como el juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad sea tenido en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

Con estas previsiones, el pre legislador agrava los problemas que se pueden derivar de la dispersión normativa de la que la libertad condicional es objeto en nuestro ordenamiento jurídico y da un paso más en la desnaturalización de este instituto en el contexto del sistema penitenciario progresivo y de individualización científica ampliando el margen de apreciación discrecional por parte de la autoridad judicial y aumentando la subjetividad de sus requisitos que se definen a través de fórmulas más vagas e imprecisas.

3.3. Posibilidad de extender el periodo de duración de la libertad condicional

En consonancia con el endurecimiento de las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad el PRCP 2013 permite extender el periodo de duración de la libertad condicional más allá del momento en que termina la duración de la pena de prisión. A tal conclusión se llega si se toman en consideración conjunta los arts. 90.5 y 80.1 PRCP. Ello supone una nueva nota desnaturalización de la libertad condicional que acaba por entroncar con la medida de libertad vigilada postpenitenciaria con todos los problemas que la misma suscita prolongar la privación de derechos del penado más allá de la retribución que debería marcar los límites máximos de intervención punitiva en el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra constitución.

3.4. La trascendencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en el nuevo régimen de libertad condicional

Como se puso de manifiesto en apartados anteriores, uno de los requisitos que se exige con carácter general para obtener la libertad condicional es que el penado haya observado buena conducta y exista sobre el mismo un pronóstico individualizado o favorable de reinserción social lo cual requiere a su vez que el penado haya satisfecho o tratado de satisfacer la responsabilidad civil que se hubiera derivado del delito en los términos de los arts. 72.5 y 6 LOGP.

Pues bien, el proyectado régimen de libertad condicional no hace referencia a la satisfacción o intento de satisfacción de la responsabilidad civil en los términos señalados como requisito de concesión de la misma. Pero ello no significa necesariamente que dejen de serlo porque el PRCP 2013 no deroga los referidos preceptos de la LOGP y en la medida que los mismos no se oponen al contenido de proyecto, se debe entender que siguen en vigor. En todo caso, el pre legislador

debería resolver expresa y directamente estos problemas de armonización teniendo en cuenta la dispersión normativa de la que la libertad condicional es objeto en el sistema jurídico vigente en lugar de obviarlos y generar de este modo confusión e inseguridad jurídica. Ello porque si el PRCP 2013 entra en vigor, el impago voluntario de la responsabilidad civil será al tiempo un impedimento para conceder la libertad condicional y una causa potestativa de denegación de la misma.

Ahora bien, de acuerdo con el apartado 4 del art. 90 CP del PRCP 2013, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá denegar <<*la suspensión de la ejecución del resto de la pena*>> (que es como se refiere a la concesión de la libertad condicional en atención a la naturaleza que ha otorgado a la misma) <<*cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de sus bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no de cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*>>.

El afán por que el penado satisfaga en la medida de sus posibilidades este tipo de obligaciones derivadas del delito se refuerza con esta nueva causa de denegación potestativa de la libertad condicional prevista en el art. 90.4 PRCP 2013 que trata de evitar que tales obligaciones no queden satisfechas por la información inexacta o insuficiente que dé el penado en relación con su situación patrimonial o con el paradero de los bienes u objetos cuyo comiso hubiese sido acordado o por la mera falta de voluntad de pago por parte del penado.

Con todo, lo preocupante de esta previsión deriva de la imprecisión con que está causa potestativa de denegación de la libertad condicional está prevista. A este respecto, si se constata que un sujeto ha dado información inexacta o insuficiente en el sentido del apartado 4 del art. 90 PRCP 2013, ¿durante cuánto tiempo puede ello operar como causa potestativa de denegación de la libertad condicional? Entiendo que no de manera indefinida y menos si el sujeto rectifica completando o corrigiendo la información que en su día hubiese dado, pero, en aras de la seguridad jurídica y también del principio de proporcionalidad, el pre legislador tendría que haber previsto estas cuestiones.

3.5. Nuevas causas de revocación de la libertad condicional

a) Comisión de delitos e incumplimiento grave o reiterado de las condiciones a las que se hubiera sometido la concesión de la libertad condicional.

De acuerdo con la regulación actual, basta con delinquir durante el periodo de libertad condicional o incumplir alguna de las condiciones a las que se hubiese sometido su concesión para revocar la misma (art. 93.1 CP). Por su parte, el PRCP 2013 regula con mayor profusión y matices las circunstancias que se tienen que dar para que se pueda acordar la revocación cuando el motivo es la comisión de un delito o el incumplimiento de las condiciones a las que se hubiese sometido la libertad condicional. En este sentido y al estar prevista la libertad condicional como

una forma de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el pre legislador se refiere a las causas de revocación de suspensión que se prevén en el art. 86 PRCP 2013 para los supuestos en los que la suspensión se acuerda antes de la ejecución de la pena, determinando que tales causas de revocación resultan aplicables al régimen de libertad condicional. De acuerdo con esta nueva regulación, las causas de revocación son las siguientes:

1.ª Que el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

2.ª Que el penado incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83 PRCP 2013, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria**.**

3.ª Que el penado incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 PRCP 2013.

4.ª Que el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena.

De este nuevo sistema de causas de revocación de la suspensión se pueden destacar al menos tres aspectos.

Uno de ellos es positivo y supone una mejora en relación con la anterior regulación en la medida en que ya no basta el mero incumplimiento de cualquiera de las condiciones a las que se hubiese sometido la libertad condicional para revocar la misma sino que ese incumplimiento debe ser grave y reiterado, salvo que consista en que el penado se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria.

También implica una mejora con respecto al sistema vigente el hecho de que la mera comisión de un delito por parte del penado durante el periodo de suspensión, deje de ser, sin mayores especificaciones, una causa automática de revocación. En el PRCP 2013 ya no es suficiente la comisión de cualquier delito sino que además éste debe poner de manifiesto que <<*la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida*>>. Ello resulta más coherente con la filosofía del actual sistema penitenciario en la medida en que se hace una valoración más personalizada de la comisión del nuevo delito desde la

perspectiva de quien lo comete y en la medida en que esta infracción frustre las expectativas de la suspensión acordada.

Por otro lado, y también en el ámbito de la comisión de delitos como causa de revocación de la libertad condicional, el pre legislador diferencia entre tres posibles situaciones:

- que el delito se haya cometido durante el periodo de libertad condicional y el sujeto haya sido condenado por el mismo en ese periodo.

- que el delito se haya cometido antes del periodo de libertad condicional y el sujeto haya sido condenado por el mismo durante ese periodo. A este respecto, cabe señalar que es poco probable que en tales condiciones se haya concedido la libertad condicional dado que ello requiere que el sujeto haya observado buena conducta lo cual no parece muy compatible con el hecho de haber delinquido por mucho que, en el momento de concesión de la libertad condicional, no existiese sentencia condenatoria por ello, y más si tenemos en que el sistema proyectado permite tener en cuenta los antecedentes del sujeto a la hora de valorar dicha concesión. Con todo, esta modificación se puede valorar positivamente en la medida confiere al menos teóricamente, más flexibilidad al sistema ya que si ese delito previo es, por ejemplo, un delito imprudente u otro que por su naturaleza no frustre la expectativa en la que se fundaba la concesión de la libertad condicional, permite que ésta no se revoque y ello puede resultar positivo de cara a la reinserción del sujeto (máxime si la pena a imponer por el delito cometido con anterioridad a la concesión de la libertad condicional no es privativa de libertad).

- que el sujeto haya cometido el delito durante el periodo de suspensión pero haya sido condenado por el mismo una vez finalizado este. Con esta previsión el pre legislador pone fin a un debate que existía sobre la manera de resolver situaciones como la descrita y establece unos márgenes temporales que se consideran razonables para que la revocación se haga efectiva. Sobre la base del sistema vigente de suspensión de la pena privativa de libertad, algunos sectores consideran, por razón de imperativo legal, que no cabe la suspensión en estos casos dado que el sujeto no ha sido condenado durante el periodo de suspensión y por tanto se debe acordar la remisión de la pena y dar por extinguida la responsabilidad penal (arts. 85.2 y 130.3° del vigente CP). Otros sectores entienden, también por imperativo legal, que sí cabe la suspensión dado que la sentencia condenatoria acaecida con posterioridad al plazo de suspensión revela que el sujeto ha delinquido durante el mismo, lo que exige la revocación conforme a lo establecido en los arts. 84.1 y 85.1 del vigente CP.

b) Revocación por cambio en las circunstancias que hubieran dado lugar a la concesión de la libertad condicional

El PRCP 2013 incluye, como otra de las novedades del vigente régimen de libertad condicional, la obligación por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria de revocar la concesión de la libertad condicional cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión y que no

permitan mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en la que se fundaba la decisión adoptada (ver penúltimo inciso del nuevo art. 90.5 PRCP 2013).

Esta novedad es verdaderamente preocupante dados los graves problemas que suscita. En primer lugar deja en manos del Juez de Vigilancia Penitenciaria algo de tanta trascendencia como es la revocación de la libertad condicional sobre la base de presupuestos definidos de forma muy imprecisa lo que suscita problemas de seguridad jurídica. Y es que el PRCP 2013 hace referencia sin más a un cambio de circunstancias que no permitan mantener el pronóstico de peligrosidad en que se hubiese basado la suspensión de la pena y el espectro semántico de esta expresión muy amplio. Ni siquiera se acota la naturaleza de esa peligrosidad que puede entenderse reavivada con el cambio de circunstancias. Sería deseable al menos que la misma se hubiese tildado de criminal y quedase así circunscrita a la posibilidad de comisión de nuevos delitos. Por otro lado, la medida puede resultar tremendamente injusta y desmotivadora para el penado ya que, por ejemplo, un cambio en su situación laboral, familiar o social que incremente las posibilidades de que vuelva a delinquir (por ejemplo el perder su empleo o la defunción de familiares con cuyo apoyo contase), cambio que no depende para nada de su voluntad, puede no obstante conducir a que la autoridad judicial de forma imperativa tenga que revocar su libertad condicional y privarle así de su libertad. La injusticia de tal medida se concreta también en el hecho de que se puede privar de libertad al sujeto sobre la base de un pronóstico que siempre va a ser incierto y más teniendo en cuenta que no se definen los factores que se deben valoran para determinarlo. Asimismo, esta novedad pre legislativa revela otra de las notas de incongruencia del sistema proyectado si lo valoramos en su conjunto: a la vista del mismo, si un sujeto delinque y es condenado durante el periodo de libertad condicional ello no necesariamente conduce a la revocación de la misma tal y como se expuso con anterioridad; sin embargo un cambio en las circunstancias que motivaron la concesión de la libertad condicional que implique un aumento de la probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro, sí conduce obligatoriamente a la revocación aunque dichas circunstancias no dependan en absoluto de la voluntad del sujeto.

Con todo, y pese a la acusada inconveniencia de esta previsión, la misma puede servir para dar respuesta a algunos interrogantes que suscita el régimen vigente como el que se señaló *supra* en el apartado 2.2. En los casos de terrorismo a los que se refiere el art. 93.1 CP, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede solicitar informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional, sin que la ley vigente establezca consecuencia alguna para el caso de que se acredite que tales condiciones no continúan. El PRCP 2013 despeja la duda que ocasiona la actual regulación al establecer la revocación de la libertad condicional como consecuencia en semejantes supuestos. Por otro lado, esta causa de revocación también resulta coherente con la única modificación que el PRCP 2013 ha introducido respecto del régimen especial que afecta a los penados enfermos.

3.6. Nuevo régimen privilegiado de concesión de libertad condicional

El art. 90.3 PRCP 2013 prevé un régimen excepcional de concesión de la libertad condicional del que quedan excluidos los condenados por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, así como los condenados por la comisión e un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Este régimen se rige por las siguientes reglas:

a) Que el penado se encuentre cumpliendo su primera condena de prisión, y que ésta no supere los tres años de duración.

b) Que el penado haya extinguido la mitad de su condena.

c) Que el penado se encuentre clasificado en el tercer grado, haya observado buena conducta y que durante el cumplimiento de su pena haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

Se dice en la Exposición de Motivos del PRCP 2013 que este nuevo régimen privilegiado responde a la idea de ofrecer nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción. Aunque se trata de un cambio que se puede valorar de forma positiva, sorprende la exclusión de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual cualquiera que sea la infracción cometida. Sería deseable que el legislador hubiese introducido alguna distinción en este sentido pues los delitos contra la libertad e indemnidad sexual son muchos y de muy variada gravedad. Por otro lado, la selección de delitos excluidos de este régimen no deja de ser arbitraria: podrían haberse dejado fuera, por ejemplo, delitos de detención ilegal o delitos de torturas y contra la integridad moral a cargo de funcionario público que sin duda atentan contra bienes jurídicos de suma trascendencia o algunos delitos contra la Administración pública. En cualquier caso, también hay que destacar que la exclusión del este régimen privilegiado basada en la gravedad y en naturaleza del delito cometido por encima del potencial de reinserción del sujeto, se percibe como un síntoma adicional de alejamiento respecto de la filosofía del sistema progresivo y de individualización científica que informa el vigente ordenamiento penitenciario.

4. La libertad condicional de la pena de prisión permanente revisable en el PRCP 2013

Una de las más importantes y controvertidas novedades que prevé el proyecto de reforma ha sido la introducción de la prisión permanente revisable como nueva pena privativa de libertad. En el presente artículo nos vamos a centrar en el régimen de libertad condicional que se prevé para la misma dejando pues fuera del presente análisis otros aspectos de su regulación. El régimen de libertad condicional previsto

para la prisión permanente revisable resulta de especial relevancia pues, de acuerdo con lo que se explica en la Exposición de Motivos del PRCP 2013, del mismo se hace depender la constitucionalidad de esta nueva pena privativa de libertad y su compatibilidad con los arts. 15 y 25.2 CE y con el CEDH. Trataremos de comprobar si el pre legislador ha conseguido o no solventar los serios riesgos de inconstitucionalidad e incompatibilidad con el CEDH de esta nueva pena y si ha logrado ser coherente con sus declaradas intenciones.

Para determinar la regulación de la libertad condicional de la pena de prisión permanente revisable, hay que tener en cuenta principalmente los arts. 36.1, 36.2, 76.1 e), 78 *bis* y 92 PRCP 2013. En atención a los referidos preceptos podemos diferenciar entre dos regímenes de libertad condicional que se explican a continuación.

4.1. Supuestos en los que el penado ha cometido un único delito castigado con esta pena de prisión permanente revisable

En estos supuestos la concesión de la libertad condicional exige:

1. ° Que el penado haya cumplido 25 años de su condena.

2. ° Que el penado esté clasificado en el tercer grado lo cual no podrá tener lugar hasta que no haya cumplido 15 años de prisión efectiva o 20 cuando el delito cometido es del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP. El penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que no cumpla un mínimo de 8 años de prisión en el primer caso y de 12 años en el segundo.

3. ° Que exista sobre el penado un pronóstico favorable de reinserción social. Si se trata de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exigen a este respecto los mismos requisitos que requiere el régimen general vigente de libertad condicional que en este sentido no ha sido modificados por el PRCP 2013 y que plantean los problemas que fueron en su momento apuntados.

4.2. Supuestos en los que el penado haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable (art. 76.1 e) PRCP 2013)

En estos casos, la concesión de la libertad exige además de que exista sobre el penado un pronóstico favorable de reinserción social en el sentido antes apuntado, los siguientes requisitos:

1. ° Que en función de la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas, se hayan cumplido 25 ó 30 años de condena. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exige, según la gravedad de las penas

previstas para las distintas infracciones cometidas, haber cumplido 28 ó 35 años de condena.

2. ° Que el penado esté clasificado en el tercer grado lo cual no podrá tener lugar hasta que se hayan cumplido 18, 20 ó 22 años de prisión en atención a la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exige, en función de la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas, haber cumplido 24 o 32 años de condena, además de los requisitos indicados en el apartado anterior.

4.3. Reglas comunes a los dos supuestos anteriores

Si se concede la libertad condicional, el plazo de suspensión de la pena será de 5 a 10 años y si trascurrido el mismo se cumplen las condiciones a los que la misma se sometió, procederá declarar la remisión de la pena y la extinción de responsabilidad penal, para lo cual resultan de aplicación al igual que para el régimen de libertad condicional de la pena de prisión que ya fue analizado, los arts. 83, 86, 87 PRCP 2013 y que rigen en materia de suspensión de penas privativas de libertad con anterioridad a su ejecución. Asimismo, resultan de aplicación las nuevas causas de revocación de la libertad condicional que se prevén para la pena de prisión tanto las relativas a la comisión de delitos y al incumplimiento grave y reiterado de las condiciones a las que se hubiese sometido la concesión, como la referida al cambio en las circunstancias que hubieran dado lugar a la concesión de la libertad condicional, que fueron analizadas antes.

En caso de que la libertad condicional no se concediera el Tribunal deberá valorar cada dos años desde el cumplimiento efectivo de los 25 años de condena o desde los que resulten de aplicar las reglas del art. 78 *bis* PRCP 2013 si se cumplen el resto de los requisitos necesarios para conceder la libertad condicional. El Tribunal resolverá también las peticiones de libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a nuevas solicitudes (ver último apartado 4 del art. 92 CP PRCP 2013).

Es preciso advertir que pese a que el PRCP prevé la posibilidad de que el condenado a la pena de prisión permanente pueda disfrutar de permisos de salida antes de acceder al tercer grado o a la libertad condicional, lo cierto es que ello no resulta posible si tenemos en cuenta la legislación penitenciaria vigente sobre la que dicho proyecto no incide generando, una vez más, incoherencia en el sistema jurídico considerado en su conjunto sobre la materia que nos ocupa. En este sentido hay que recordar que los arts. 47.2 LOGP y el art. 154.1 RD 190/1996 exigen, entre otras cosas, que el penado haya cumplido la cuarta parte de la condena para que pueda disfrutar de permisos de salida. Obviamente si la pena a la que se ha condenado el sujeto es de duración indeterminada, como la prisión permanente revisable, no es posible determinar cuándo se ha cumplido un cuarto de la misma. Es necesario subsanar este olvido del legislador por la esencial función que cumplen tales permisos de cara a la reeducación y reinserción del penado, pues le permiten

establecer un contacto con la libertad que resulta fundamental de cara a su preparación para el regreso a la vida en sociedad.

4.4. Reflexión crítica.

La valoración que merece la regulación de la libertad condicional de la pena de prisión permanente revisable es sumamente negativa. La mera existencia de la pena ya lo es pero no es este el momento de entrar a analizar esta cuestión. El pre legislador ha insistido en la compatibilidad de esta pena con la finalidad a la que la misma debe orientarse que es la reeducación y reinserción social tal y como se especifica en el art. 25.2 CE. Y ello precisamente sobre la base del régimen de libertad condicional que está previsto para esta pena. Sostiene el pre legislador en el apartado II de la Exposición de Motivos del PRCP 2013, que se puede alcanzar esa libertad condicional cuando se cumple, entre otros requisitos, "*una parte relevante de la condena*". En el párrafo siguiente el pre legislador manifiesta que tal situación se puede dar cuando se ha cumplido una "*parte mínima de la condena*". Este vaivén de términos para describir las condiciones de concesión de la libertad condicional de una pena que cuya imposición puede implicar el encierro perpetuo del individuo es verdaderamente preocupante por la falta de criterio que revela. Si atendemos al articulado que fue analizado, esa parte mínima o relevante de la pena es, en el mejor de los casos, de 25 años y de 35 años en el peor. 25 o 35 años en los que el sujeto permanecerá en prisión sin acceder si quiera al tercer grado hasta que no trascurran 15 años en el mejor de los casos o 32 en el peor y sin que en principio pueda disfrutar de permisos de salida. A la vista de estas cifras no se puede defender que la existencia de esta pena ni su régimen de aplicación sean compatibles con la reinserción o reeducación social pues semejante logro deviene estadísticamente imposible ante un encierro tan prolongado del individuo en el sistema penitenciario. Ya sabemos que la prisión puede perseguir fines distintos de la reinserción cuando esta no es posible y que tales fines la pueden legitimar pero lo que no cabe es aceptar como constitucionalmente válido que el sistema legal arbitre un mecanismo de aplicación de una pena de privación de libertad permanente en el que la reinserción resulte de partida inviable pues ello sí quebranta el artículo 25.2 CE.

Por otro lado explica el pre legislador que la inhumanidad de una pena deriva de la falta de horizonte de libertad de la misma. Así se pronuncia en el apartado II de la Exposición de Motivos del PRCP 2013. Entiende el pre legislador que ese horizonte de libertad que dota a la pena de prisión perpetua revisable de humanidad consiste en que los condenados a la misma pueden acceder a la libertad condicional. Pero se trata de un horizonte de libertad que se sitúa a 25 años vista en el mejor de los casos y cuya efectividad no está en absoluto asegurada pues depende de factores de discutible apreciación que van mucho más allá del mero trascurso del tiempo: entre otras cosas y de forma paradójica se exige que el sujeto tenga un pronóstico positivo de reinserción social para que se pueda decidir favorablemente sobre su libertad condicional cuando lleva 25 años en prisión y gran parte de los cuales, al menos 15, de manera continuada pues hasta entonces, como mínimo no habrá podido obtener el tercer grado. Un horizonte de libertad que, como se ha podido

comprobar, se puede además esfumar una vez alcanzado en caso de que cambien las circunstancias en las que se basó el pronóstico de peligrosidad del reo, las cuales pueden quedar por completo fuera del control del reo. El horizonte de libertad que según el pre legislador acompaña al régimen de prisión perpetua permanente no humaniza a esta pena dado que el tránsito para llegar a él significa un deterioro irreversible del penado. Además se trata de un horizonte de libertad que precisamente por lo que se acaba de apuntar, será inalcanzable cuando ese deterioro impide la existencia de un pronóstico positivo de reinserción social. En estas condiciones no puede hablarse de un horizonte de libertad que verdaderamente quede al alcance el penado por lo que la pena de prisión permanente revisable será, en la mayoría de los casos, un encierro a perpetuidad y como tal inhumano y contrario al art. 15 CE y al art. 3 del CEDH.

El análisis del régimen de libertad condicional en materia de prisión permanente revisable demuestra que esta pena es inconstitucional pues no respeta el mandato que contienen los artículos 25.2 y 15 CE y, además, se puede considerar igualmente vulneradora del art. 3 del CEDH que prohíbe las penas inhumanas y degradantes. El PRCD no ha conseguido salvar estos riesgos puesto que ha arbitrado un sistema que en la práctica imposibilita que el penado pueda recuperar la libertad y un encierro indefinido sin posibilidades reales de atenuación o flexibilización, no se orienta a la reinserción y reeducación del penado y resulta inhumano.

IV. REFLEXIONES FINALES

A la vista de todo lo explicado en los apartados anteriores la valoración del régimen de libertad condicional previsto en el PRCP 2013 es, en términos generales, negativa. Y ello por varias razones que se seguidamente se explican.

Por un lado se mantiene cuando no se aumenta la rigidez del sistema penitenciario del que forma parte la libertad condicional de la pena de prisión que deja ya de ser una forma de cumplimiento de condena para convertirse en una forma de suspensión que carece de valor alguno cuando es revocada. Se continúa en la línea de terminar con la esencia del sistema progresivo y de individualización científica que define el ordenamiento penitenciario español cuando en muchas ocasiones la ejecución de la prisión se hace girar en torno a la gravedad de los hechos cometidos por el penado y no a su potencial de reinserción. Se mantienen las reglas que permiten prescindir de dos de los cuatro grados en los que se estructura el vigente sistema penitenciario como son el tercer grado y la libertad condicional conduciendo a encierros efectivos de 20, 25, 30 o 40 años. Se consigue así, en palabras del Magistrado Joaquín Jiménez García *"… que la pena de prisión queda reducida al mero "aparcamiento" de las personas en tales centros, con desentendimiento de toda actividad reeducadora*. La vulneración de los arts. 25.2 y 15 CE resulta evidente. Asimismo, se introducen modificaciones irrespetuosas con el principio de legalidad al tiempo que tremendamente injustas para con el penado como es la nueva causa de revocación de la libertad condicional consistente en un cambio de las circunstancias que permitieron acordar ésta y de las que se pueda deducir un aumento de la peligrosidad de aquél. Y ello se realiza en muchas

ocasiones reproduciendo de forma casi mimética parte del articulado de los Códigos penales de algunos países de la Unión Europea como Alemania cuya realidad penitenciaria es muy distinta de la nuestra. La referencia al Derecho comparado del entorno de la Unión Europea, tan presente en todas las versiones de modificaciones proyectadas por el actual Ministro de Justicia para el vigente texto punitivo durante la presente legislatura, no constituye por sí sola un argumento que justifique la modificación del ordenamiento penal.

También el nuevo sistema mantiene, para los casos de terrorismo y criminalidad organizada, exigencias de cara a la concesión de la libertad condicional de clara ilegitimidad constitucional en algunos casos y de sospechoso cariz simbólico en otros.

Tampoco el PRCP 2013 es afortunado en lo que respecta al régimen de libertad condicional de la prisión permanente revisable pues su régimen no conjura en absoluto el riesgo de inconstitucionalidad derivado de la quiebra de los arts. 15 y 25.2 CE ni de vulneración del art. 3 del CEDH. La regulación de la libertad condicional en este ámbito se presenta como un pretexto, como una mera formalidad con la que se pretende cumplir sin éxito las exigencias del TEDH en su interpretación del art. 3 del CEDH. En definitiva entiendo que el proyecto da cabida a una auténtica cadena perpetua que se esconde bajo el adjetivo de "revisable".

No obstante, tampoco resultaría justo no destacar algunos aspectos positivos del PRCP 2013 como la nueva regulación de las causas de revocación consistentes en la comisión de delitos o incumplimiento grave y reiterado de las condiciones a las que hubiese sido sometida la libertad condicional, o el nuevo régimen privilegiado previsto para delincuentes primarios pese a que no esté exento de problemas.

Con todo, los aspectos positivos son escasos y algunos de ellos no dejan de presentar inconvenientes por lo que el balance general no deja de ser claramente negativo. No obstante, nos encontramos todavía con un proyecto que, como tal, no es derecho vigente y puede ser objeto las modificaciones que se han tratado de plasmar en este artículo.

APUNTES SOBRE LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO – PENAL ESPAÑOL*

GONZALO J. BASSO
Profesor Ayudante de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 4 de octubre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el "Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal"[1]. Sin perjuicio de resaltar que la propuesta de reforma allí contenida incide significativamente en numerosos ámbitos de la normativa penal sustantiva[2], corresponde señalar aquí que mi objeto de estudio se circunscribirá a las principales modificaciones que se introducirían –de aprobarse el referido proyecto– en materia de suspensión y sustitución de las penas[3].

En el apartado II del presente trabajo, efectuaré una breve exposición de la regulación vigente de la suspensión y sustitución de la pena (contenida actualmente en los arts. 80 a 88 del Código Penal –en adelante, CP–)[4]; en el apartado III

* El trabajo fue presentado como contribución en las *XIV Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Complutense de Madrid, los días 6 y 7 de mayo de 2014. Agradezco a la Universidad Autónoma de Madrid por haberme permitido dedicar tiempo para la elaboración de dicho trabajo en el marco del Programa de Ayudas FPI-UAM del cual fui beneficiario.

[1] El texto íntegro de dicho proyecto está disponible electrónicamente en la página web http://www.congreso.es (última consulta: 30/09/2014).

[2] Cfr. CONSEJO FISCAL, *Informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 8 de enero de 2013, documento disponible electrónicamente en la página web https://www.fiscal.es (última consulta: 01/10/2014), p. 7; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; "Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-50; entre otros.

[3] En particular, se aclara al lector que no se harán referencias a los cambios normativos propuestos en el régimen de libertad condicional, cuyo tratamiento excede los fines del presente trabajo. No obstante, cabe indicar aquí que resultan atendibles las críticas realizadas a la nueva regulación de la libertad condicional en tanto desvirtúa los fundamentos y la naturaleza que tradicionalmente la han diferenciado de los institutos de suspensión y sustitución de la pena. En el mismo sentido respecto a la diferente naturaleza y fundamento de dichos institutos, puede consultarse, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 53.

[4] Se dejarán fuera del objeto de estudio las modificaciones proyectadas sobre la expulsión de extranjeros contenida en el actual art. 89 del CP, en razón de su dudoso encuadramiento como pena sustituta. Respecto a su cuestionable naturaleza jurídica de pena *sustituta*, puede consultarse, entre otros, GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de

comentaré las principales modificaciones que introduciría a dicha regulación el referido Proyecto de Ley Orgánica (en adelante, PL) y, finalmente, en el apartado IV, esbozaré una valoración general sobre la reforma objeto de estudio.

II. EL SISTEMA VIGENTE EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

a. Suspensión de la pena

Se denomina suspensión de la pena al instituto jurídico-penal que autoriza al tribunal del juicio a disponer la no ejecución de una pena privativa de libertad, no obstante haber sido dicha medida adoptada mediante sentencia condenatoria por el mismo tribunal del juicio. En otras palabras, la suspensión constituye el instrumento mediante el cual, no obstante haberse adoptado por un órgano judicial una condena a pena privativa de libertad, se permite al mismo órgano disponer su inaplicación. Ello sin perjuicio de que la no ejecución de la sentencia vaya acompañada de una o varias condiciones que el condenado deberá cumplir a fin de beneficiarse de la suspensión[5].

La suspensión se puede disponer cuando el tribunal del juicio entienda, de conformidad a lo dispuesto en el CP, que resulta *mejor* no proceder a la ejecución de dicha sentencia y mantener latente la posibilidad de su cumplimiento efectivo[6].

---

libertad y de la libertad condicional", en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M.; (Directores), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 723; GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; "Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I) y (II)", en GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, C.; *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 331-332; MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 148; MENDOZA BUERGO, B.; "La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coordinador); *Introducción al Derecho Penal*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 310 y 313.

[5] García Arán ha señalado que la suspensión constituye una "renuncia a la ejecución" (GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 691). Mapelli Caffarena, refiriéndose estrictamente a la regulación española, ha sostenido que se trata de "*suspender con condiciones la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años durante un período de tiempo, pudiendo aplicarse una serie de reglas de conducta durante el tiempo de suspensión*" (MAPELLI CAFFARENA, B.; ob. cit., p. 121, la cursiva pertenece al original).

[6] Se ha indicado que se trata, en definitiva, de evitar mediante la suspensión de la pena el comprobado efecto desocializador que resulta propio de las penas cortas privativas de libertad (cfr. MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 305). Luzón Peña, en tanto, ha señalado que "la prevención especial es el fin fundamental y primordial al que se orienta la ejecución de la pena" (LUZÓN PEÑA, D.M; *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 58-61 y 86). Por su parte, Mapelli Caffarena ha sostenido que la suspensión de la pena constituye una fase más dentro del proceso de individualización de la pena en la que deben utilizarse consideraciones resocializadoras (cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.; ob. cit., p. 144). Feijoo Sánchez ha afirmado que los factores preventivo-instrumentales (especialmente la prevención especial) sólo pueden operar en materia de suspensión o sustitución de la pena (cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nro. 1, Barcelona, enero de 2007, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.indret.com (última consulta: 01/10/2014), pp. 10-11. Cabe señalar, no obstante, la inexistencia de acuerdo en la doctrina respecto a qué factores deben

La doctrina distingue tres supuestos[7] normativamente previstos en materia de suspensión de la pena: un régimen ordinario (arts. 80 y ss del CP), un régimen especial (art. 87 del CP) y un régimen extraordinario (art. 80.4 del CP). La diferencia entre los distintos regímenes de suspensión reside, básicamente, en la diversidad de requisitos de procedencia de cada uno de ellos[8].

Régimen ordinario

El régimen ordinario de suspensión de la pena permite la no ejecución de la pena privativa de libertad cuando así lo disponga el juzgador, siempre que se respeten determinados requisitos. En este sentido, el CP exige que se trate de una primera condena por delito doloso, que la pena impuesta no supere los dos años y que se satisfaga la responsabilidad civil derivada del delito.

Respecto a la primera exigencia –esto es, que se trate de la primera condena por delito doloso–[9], el CP especifica claramente que no se toman en consideración las condenas previas por delitos imprudentes, como así tampoco aquéllas que se refieran a delitos cuyos antecedentes penales ya estén cancelados o que debieran haberlo sido[10]. Asimismo, se ha sostenido también que la existencia de faltas previas carece de relevancia alguna para impedir la suspensión de la pena[11].

---

ser tenidos en cuenta para evaluar la suspensión de la pena (siendo discutido el papel que deba desempeñar la prevención especial).

[7] Fuera de los tres supuestos indicados, también se suele mencionar la existencia de un régimen de suspensión por tramitación de indulto y de suspensión por demencia sobrevenida, regulados respectivamente en los arts. 4 y 60 del CP. En razón de su diversa ubicación sistemática y fundamentación, a la vez que por no haber sido modificados por el PL, dejaré ambos supuestos de suspensión fuera del objeto de estudio del presente trabajo. Sobre dichos regímenes de suspensión, puede consultarse BENITO LÓPEZ, R.; "Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador); *Memento Práctico Penal 2011*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 499.

[8] Cfr. GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; ob. cit., p. 306; MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 706-710.

[9] Una visión crítica sobre la exclusión automática para acceder a la suspensión por parte de quienes ya tengan antecedentes delictivos por hechos dolosos, con referencia a Derecho comparado, puede encontrarse en ABEL SOUTO, M.; "7.1. Suspensión de la pena: Arts. 80, 81 y 84 CP", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 299-300, donde el autor concluye que "Conviene valorar los antecedentes en el estudio de las circunstancias personales y no mantenerlos como una *conditio sine qua non* de acceso al beneficio".

[10] Art. 81 del CP.

[11] Al respecto, puede consultarse BENITO LÓPEZ, R.; ob. cit., p. 500; CONSEJO FISCAL, ob. cit., p. 33; GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 696; GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; ob. cit., p. 306; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; "Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II): De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional", en *Diario La Ley*, nro. 7991, Sección Doctrina, 27 de diciembre de 2012, editorial La Ley, Ref. D-457, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.laleydigital.es, referencia La Ley 19048/2012 (última

Respecto a la segunda exigencia, consistente en que la pena impuesta no sea superior a dos años, es menester señalar que dicho límite se refiere a la totalidad del monto de penas impuestas y no a cada pena individualmente impuesta[12].

Finalmente, en cuanto a la tercera exigencia –satisfacción de la responsabilidad civil–, corresponde simplemente indicar que la ley estipula que el condenado no pueda total o parcialmente cumplimentar dicha obligación y autoriza que se flexibilice la exigencia a fin de que sujetos con capacidad económica diferente no reciban un tratamiento igualitario[13].

Si se cumplen dichos requisitos, el tribunal podrá conceder la suspensión de la pena una vez que la sentencia condenatoria esté firme, dictando –a la mayor brevedad posible– una resolución motivada en la que justifique la conveniencia de dicha medida a la luz de la peligrosidad procesal del sujeto y de la existencia de otros procedimientos penales que pueda haber en su contra[14]. Al respecto, se ha señalado que el juez debe, en definitiva, "valorar si el pronóstico de comportamiento futuro será mejor y las necesidades de prevención especial se atienden más adecuadamente, renunciado a su ingreso en prisión."[15].

En la resolución que disponga la suspensión, el órgano judicial deberá especificar el plazo de duración de la misma, que será de entre 2 y 5 años si se trata de penas privativas de libertad de hasta 2 años o de 3 meses a 1 año si se trata de penas leves; a fin de determinar dicho plazo, se deberán tener en cuenta las circunstancias personales del sujeto, las características del hecho y la duración de la pena que se suspende[16].

El mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se condiciona siempre a la no comisión de nuevos delitos por parte del condenado durante el plazo de suspensión fijado[17]. Además, el órgano judicial, si lo considera conveniente, puede imponer condiciones adicionales para la suspensión cuando se trate de no ejecutar la pena de prisión[18].

---

consulta: 01/10/2014); MAPELLI CAFFARENA, B.; ob. cit., 129; MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 307; MIR PUIG, S.; ob. cit., p. 706; entre otros.

[12] Cfr. MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 307; MIR PUIG, S.; ob. cit., p. 707.

[13] Art. 81.3 del CP. Cfr. GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit.; p. 698; MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 307.

[14] Arts. 80.1 y 82 del CP.

[15] MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 307.

[16] Art. 80.2 del CP.

[17] Art. 83.1 del CP. La condición principal e inherente a la suspensión de la pena es que el sujeto no delinca durante el plazo de suspensión que se le haya impuesto.

[18] Al respecto, el art. 83.1 del CP también establece: "[…] En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes: 1. Prohibición de acudir a determinados lugares. 2. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. 3. Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida. 4. Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para

El principal efecto de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad consiste en que no se hace efectivo su cumplimiento. En caso de cumplirse el plazo de suspensión fijado judicialmente, de conformidad con las condiciones impuestas y sin que el sujeto haya delinquido, se producirá la remisión definitiva de la pena con cancelación de antecedentes[19]. Si el sujeto, en cambio, incurriere en delitos durante el plazo de suspensión, la suspensión debe revocarse y la pena impuesta debe cumplirse íntegramente[20].

El CP también regula las posibles decisiones a adoptar para el caso que el condenado incumpla las condiciones impuestas para gozar del beneficio de la suspensión: en dicho supuesto, el órgano judicial deberá disponer si sustituye una regla de conducta por otra, si prorroga el plazo de suspensión (cuyo límite absoluto es de 5 años) o si revoca la suspensión inicialmente adoptada (siempre que el incumplimiento fuera reiterado)[21].

Régimen especial

Si el hecho delictivo objeto de condena hubiese sido cometido por un sujeto a causa de su dependencia a determinadas sustancias previstas en el art. 20.2 del CP[22], se establece un régimen con algunas particularidades que lo diferencian respecto al régimen ordinario. Dichas particularidades se fundamentan en no imponer obstáculos a la recuperación del sujeto[23].

En este sentido, el régimen especial –previsto en el art. 87 del CP–, se diferencia del régimen normal u ordinario en cuanto que permite la suspensión de penas privativas de libertad de hasta un máximo de cinco años y permite beneficiarse de la suspensión a quien ya ha cometido delitos previamente[24]. Resulta necesario a fin de conceder la suspensión que se haya acreditado la dependencia a una de las sustancias previstas en el art. 20.2 del CP y que se certifique que el sujeto está deshabituado o en tratamiento para deshabituarse de las mismas.

---

informar de sus actividades y justificarlas. 5. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales y otros similares. 6. Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.". Respecto a delitos de violencia de género, existe una previsión específica al respecto (art. 83.1 último párrafo del CP).

[19] Art. 85.2 del CP.

[20] Art. 84.1 del CP.

[21] Art. 84.2 del CP. Se estipulan también supuestos de revocación automática frente a incumplimiento de condiciones impuestas en materia de violencia de género (art. 84.3 del CP).

[22] El citado precepto se refiere a "bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos".

[23] Cfr. MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 309.

[24] Cfr. MIR PUIG, S.; ob. cit., p. 710.

En el régimen especial para drogodependientes el plazo de suspensión es diferente al previsto en el régimen normal: aquí se puede suspender la ejecución de la pena por un período de 3 a 5 años[25].

Al igual que en el régimen general, la remisión definitiva de la pena, una vez agotado el plazo de suspensión, depende de que el sujeto no haya delinquido durante dicho plazo; si bien se exige aquí adicionalmente que el sujeto se haya deshabituado o que continúe el tratamiento de deshabituación. Además, en el régimen especial se admite expresamente la posibilidad de prorrogar el plazo de suspensión hasta 2 años más en caso de resultar necesario continuar el tratamiento por no haberse producido la deshabituación[26].

Finalmente, en el régimen especial se exige –al igual que en el régimen normal– la reparación del daño causado a fin de que se pueda conceder la suspensión[27]. El incumplimiento de las condiciones previstas en el presente régimen conduce a la revocación de la suspensión y a la ejecución efectiva de la pena[28].

Régimen extraordinario

El último supuesto de suspensión de la pena que se establece reviste carácter extraordinario y permite suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando ello resulte necesario a criterio del juez o tribunal atendiendo a razones de carácter humanitario por padecer el penado de una "enfermedad muy grave con padecimientos incurables"[29], con independencia de la duración de la pena impuesta y sin necesidad de cumplimentarse requisito alguno; la única limitación que se estipula es que el condenado no haya sido ya beneficiario de una suspensión extraordinaria por la comisión de otro delito previamente por el cual esté cumpliendo condena.

b. Sustitución de la pena

La sustitución de la pena constituye un instituto jurídico-penal por medio del cual el legislador habilita al tribunal del juicio a disponer una mutación de la clase de pena a ser cumplida, que será *diferente* a la que debería imponerse de conformidad a lo previsto en el tipo penal[30]. Como puede observarse, se trata de un instituto por

[25] Art. 87.3 del CP.

[26] Art. 87.5 (segundo párrafo) del CP.

[27] Cfr. GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 712; GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; ob. cit., p. 310; MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 309.

[28] Art. 87.5 (primer párrafo) del CP.

[29] Art. 80.4 del CP.

[30] Mir Puig ha sostenido que en materia de sustitución lo que sucede es "[…] que se concede al Juez o Tribunal […] la posibilidad de *cambiar* la pena señalada al delito por otra pena no prevista para el mismo." (MIR PUIG, S.; ob. cit., p. 711, la cursiva pertenece al original). Gracia Martín y Alastuey Dobón han señalado que se trata de supuestos en donde sí hay ejecución de una pena,

medio del cual el cumplimiento de la pena no queda suspendido, sino que se hace efectivo mediante la imposición de una pena de distinto tipo[31].

En particular, la normativa vigente[32] permite sustituir las penas de prisión[33] de hasta un año (régimen general) o las penas de prisión de hasta 2 años (régimen excepcional), cuando así lo aconsejen razones de prevención especial[34]. En particular, se contempla la posibilidad de sustituir dichas penas por penas de multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad y, en tanto la prisión no exceda de seis meses, se permite su sustitución por la pena de localización permanente[35].

A fin de sustituir la pena, además de que la prisión no exceda del límite de duración previsto (prisión no superior a uno o dos años, según el régimen correspondiente), el CP establece que no debe tratarse de reos habituales[36] y que la sustitución debe resultar recomendable atendiendo a la naturaleza del hecho, las circunstancias personales del reo, su conducta y su esfuerzo en que el daño causado sea reparado. Se establece, finalmente, la limitación de que no resulta posible la sustitución de una pena que sea, a su vez, sustitutiva de otra.

Al igual que en materia de suspensión, la sustitución de la pena reviste carácter potestativo para el órgano judicial interviniente y puede ser condicionada al cumplimiento de los deberes previstos en el art. 83 del CP. El incumplimiento de la pena sustituta conlleva la ejecución de la pena sustituida, en la parte que corresponda luego de descontar el cumplimiento que ha realizado el sujeto de la pena sustituta[37].

---

aunque la que efectivamente se ejecute sea distinta a la impuesta y fijada por el órgano judicial en la sentencia (GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; ob. cit., p. 297).

[31] Se trata de otro mecanismo conducente a evitar la ejecución de penas cortas de prisión, aunque aquí –a diferencia de lo que sucede en materia de suspensión de la pena– se produce el cumplimiento efectivo de una pena de distinta naturaleza. En este sentido, pueden consultarse GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 723; MAPELLI CAFFARENA, B.; ob. cit., p. 143; MENDOZA BUERGO, B.; ob. cit., p. 310; entre otros.

[32] Art. 88 del CP.

[33] Se observa aquí, por tanto, que la sustitución solamente resulta procedente frente a penas de prisión y no frente a cualquier clase de pena privativa de libertad.

[34] Se ha sostenido que la distinción normativa entre un régimen general y un régimen excepcional de sustitución de la pena no ha tenido mayor trascendencia práctica (cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 16 de enero de 2013, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.poderjudicial.es (última consulta: 01/10/2014), p. 82.; GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 729; entre otros).

[35] Los baremos de conversión están previstos en el art. 88 del CP.

[36] Se considera reo habitual, de conformidad a lo dispuesto en el art. 94 del CP, a aquél que hubiera sido condenado por tres o más delitos comprendidos en el mismo capítulo del CP en un plazo no superior a 5 años.

[37] Cfr. MIR PUIG, S.; ob. cit., p. 713. Aquí se ve claramente la diferencia que permite distinguir entre suspensión y sustitución. Frente a la revocación de la sustitución, solo cabe proceder al cumplimiento del *remanente* de la pena impuesta; en cambio, frente a la revocación de la suspensión, procede el cumplimiento íntegro de la pena inicialmente impuesta pero inaplicada.

III. LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL

El PL introduce numerosas modificaciones en el régimen vigente de suspensión y sustitución de la pena. El cambio más importante consiste en la eliminación de la sustitución como instituto autónomo, que pasa a ser incorporado al régimen de la suspensión (se trata de un nuevo supuesto de "suspensión-sustitución"). Corresponde exponer en este momento las principales reformas que se producirían en la materia, de producirse la entrada en vigor del PL. Con la pretensión de lograr mayor claridad expositiva, reseñaré las modificaciones manteniendo la distinción entre suspensión y sustitución de la pena.

a. Modificaciones en materia de suspensión de la pena

Régimen general

En cuanto al régimen general, se mantienen las mismas condiciones generales de procedencia (pena privativa de libertad no superior a dos años, primer delito doloso y reparación del daño), como así también los plazos de suspensión actualmente previstos. Sin embargo, la reforma proyectada modifica aspectos vinculados con cada una de dichas condiciones.

Así, respecto a la exigencia de que se trate del primer delito, si bien se mantiene la irrelevancia de los antecedentes que hayan sido cancelados –que no impiden beneficiarse del instituto de la suspensión–, se producen importantes modificaciones en materia de reincidencia, que conducen a que el efecto de los antecedentes por condenas adquiera mayor trascendencia en términos temporales[38]. Asimismo, se produce un agregado peculiar que autoriza al órgano judicial a considerar como no relevantes aquellos antecedentes penales que correspondan a delitos que por su naturaleza o circunstancias no tengan trascendencia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos[39].

Ambas modificaciones reseñadas resultan criticables: la primera, en razón de implicar un incremento no justificado del tiempo bajo el cual los antecedentes penales mantienen su vigencia a fines jurídico-penales[40]; la segunda, en tanto no proporciona criterios suficientemente previsibles y aceptables para ejercitar adecuadamente y de forma no discriminatoria la potestad de seleccionar qué

[38] Ello surge con claridad de las modificaciones que se proyectan sobre el art. 136 del CP (al respecto, puede consultarse el texto del art. 136 texto según PL). A partir de la reforma, los antecedentes de los sujetos condenados permanecerían "en vigor" durante mayor tiempo que el previsto actualmente, con lo cual durante todo dicho período de vigencia no podrían beneficiarse del instituto de la suspensión, si llegasen a incurrir nuevamente en un hecho delictivo.

[39] Art. 80.2.1. texto según PL.

[40] Al respecto, Lascuraín Sánchez ha señalado que la reforma afecta la resocialización de las personas al incrementarse significativamente los plazos de cancelación de antecedentes penales (LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A.; "Reformen la reforma penal", en *Diario El País*, edición nacional, sección opinión, Madrid, 22 de julio de 2014, p. 28).

antecedentes deben ser relevantes para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos[41].

La reforma proyectada introduce un nuevo supuesto en materia de suspensión, referido a reos no habituales[42], que autoriza la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena aun cuando no se trate del primer delito y el monto total de la pena exceda de dos años[43], siempre que cada pena individualmente impuesta no supere los dos años y así lo aconsejen "las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, *en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado*"[44]. Dicha posibilidad suspensiva debe ir siempre acompañada de la reparación del daño causado (la reforma acepta que dicha reparación surja de un acuerdo de mediación según lo dispone el art. 84.1 texto según PL) y, además, de una multa o de trabajos en beneficio de la comunidad[45].

El PL flexibiliza aquí los requisitos de que se trate del primer delito doloso y de que la pena de *prisión* a aplicar no exceda de dos años priorizando la reparación del daño. Si bien ello no resulta criticable en términos abstractos, la forma en que está redactado el dispositivo sí resulta cuestionable, en tanto conduce a pensar que será más factible obtener una suspensión de la ejecución de la pena por aquel sujeto que pueda hacer frente a la reparación de los daños causados, lo cual sería posiblemente más frecuente en determinado tipo de criminalidad y conllevaría a una desigualdad en la aplicación del instituto atendiendo a consideraciones económicas. Asimismo, el mantenimiento de la referencia a "reos no habituales" y la restricción de la posibilidad suspensiva (para inaplicar penas de prisión y no para inaplicar otras penas privativas de libertad) resultan criticables[46].

[41] Sin perjuicio de lo criticable que resulta confiar en pronósticos –por definición, inciertos– de probable comisión de delitos en el futuro, es menester señalar aquí que la posibilidad de seleccionar los "antecedentes relevantes" podría conducir a una aplicación desigualitaria del instituto de la suspensión de la pena. Ello se produciría si se sostuviese, por ejemplo, que de determinados tipos de delitos (y atendiendo al nivel socio-económico del sujeto condenado), se puede inferir la existencia de una mayor probabilidad de comisión de nuevos delitos.

[42] Referencia anteriormente prevista en materia de sustitución de penas (art. 88 del CP).

[43] Se ha sostenido que resulta asumible la propuesta normativa aisladamente considerada en tanto permite la suspensión de penas que sumadas superen los dos años (Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 54).

[44] Art. 80.3 texto según PL (la cursiva me pertenece). El Consejo Fiscal se ha manifestado críticamente respecto a la amplitud del ámbito objetivo de aplicación del nuevo régimen de suspensión que se propone en dicho precepto (cfr. CONSEJO FISCAL, ob. cit., pp. 40-41). Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial ha sostenido que resulta adecuado y justificado permitir la suspensión sustitutiva frente a penas que, en su conjunto excedan de dos años y que individualmente no rebasen dicho límite (cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ob. cit., p. 82-83). Manzanares Samaniego ha señalado que la amplitud con la que puede ser concebido el precepto delineado por el proyecto puede ser peligrosa (cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; ob. cit.).

[45] Arts. 80.3 y 84 texto según PL. Al respecto, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; ob. cit. pp. 83-84.

[46] El traslado de la actual prohibición de sustitución de la pena para delincuentes habituales al régimen de suspensión proyectado ha merecido la crítica desfavorable por parte de la doctrina (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 54; ABEL SOUTO, M.; ob. cit., p. 299; entre otros). Trapero Barreales se ha manifestado en favor de la supresión de dicho requisito para acceder a la suspensión

Respecto a la tercera condición de procedencia, también se introducen modificaciones que restringen la posible concesión de la suspensión, en tanto se incorpora la exigencia –anteriormente no prevista– de facilitar el comiso[47].

La valoración que debe realizar al juez al momento de suspender la ejecución de la pena debe ahora adoptarse "cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la futura comisión por el penado de nuevos delitos."[48]. Asimismo, se elimina la referencia a la valoración de la peligrosidad criminal y de los otros procedimientos penales que hubiera contra el penado[49] y se incorporan criterios a tomar en consideración, indicando que "el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas"[50]. Dichas modificaciones proyectadas, sin perjuicio de la crítica que pueda afectar a la regulación vigente, se encuentran lejos de contribuir a dotar de mayor previsibilidad al juicio que deben realizar los órganos judiciales competentes en materia de suspensión de la pena, por lo que las reformas propuestas no pueden sino ser valoradas negativamente.

La reforma también introduce como una de sus principales modificaciones la obligación de que el órgano judicial encargado de decidir sobre la suspensión de la pena efectúe valoraciones vinculadas con la llamada prevención general positiva. En este sentido, el art. 80.4 texto según el PL estipula que "No se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito."[51].

---

sustitutiva de la pena (cfr. TRAPERO BARREALES, M.A.; "7.3. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: Arts. 71 y 80 a 88 CP", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 354-355. Por su parte, la procedencia de dicho supuesto de suspensión solo frente a la imposición de pena de prisión y no frente a otras penas privativas de libertad constituye una particularidad injustificada respecto a los demás supuestos de suspensión del art. 80 texto según PL (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; ob. cit., pp. 81-82).

[47] Art. 80.2.3.ª texto según PL.

[48] Art. 80.1 texto según PL. Se ha sostenido que dicho precepto propuesto presenta una "farragosa redacción" y "manifiestas redundancias" (ABEL SOUTO, M.; ob. cit., p. 297).

[49] Art. 80.1 del CP (segundo párrafo).

[50] Art. 80.1 texto según PL.

[51] Luzón Peña ha calificado la cláusula de "defensa del orden jurídico" como un criterio "problemático y discutido" (LUZÓN PEÑA, D.M.; ob. cit., p. 73). El Consejo Fiscal –incluso con anterioridad a que el PL incorporara dicha previsión– se manifestó expresamente a favor de admitir consideraciones preventivo-generales para denegar el beneficio de suspensión de la pena, refiriéndose especialmente a la cláusula de defensa del orden jurídico prevista en el Derecho alemán (CONSEJO FISCAL; ob. cit., pp. 31-32).

La realización de dichas valoraciones para limitar la suspensión de la pena en defensa del ordenamiento jurídico resulta, sin embargo, sumamente controvertida. La posible vulneración del principio *ne bis in idem* (la prevención general, se dice, habría sido ya objeto de consideración por el legislador al determinar las penas que pueden suspenderse), la instrumentalización del sujeto penado en pos de un dudoso beneficio social que le trasciende, el fundamento preventivo-especial de la suspensión, el encubrimiento de razones retributivas bajo el manto de la prevención general y la imposibilidad de efectuar un juicio que escapa a las posibilidades técnicas y materiales del juzgador constituyen las principales críticas que se han dirigido contra la incorporación de criterios preventivo-generales como límite a la concesión de la suspensión de la pena[52].

[52] En este sentido, diversos autores se han pronunciado en contra del empleo de consideraciones preventivo-generales para limitar la suspensión de la pena. Así se han manifestado, entre otros, DEMETRIO CRESPO, E.; *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Serie Estudios Jurídicos, 79, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 159-161; GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 724; GARCÍA ARÁN, M.; "La prevención general en la determinación de la pena", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1981, pp. 519-522; MAPELLI CAFFARENA, B.; ob. cit., p. 144; PEÑARANDA RAMOS, E.; "La pena: nociones generales", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coordinador); *Introducción al Derecho Penal*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 243-244; PEREZ MANZANO, M.; *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Colección de Estudios, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, pp. 276-283; TRAPERO BARREALES, M.A.; ob. cit., p. 335; entre otros). Por su parte, Luzón Peña ha considerado atendible tomar en cuenta fines de prevención general en el ámbito de sustitutivos penales y ha señalado que "en caso de absoluta incompatibilidad hay que dar preferencia a la prevención general, de modo que las exigencias mínimas de prevención general prevalecerán ya en la fase de imposición y determinación sobre las exigencias de prevención especial" (LUZÓN PEÑA, D.M.; ob. cit., p. 61). Roxin también concede *la última palabra* a las exigencias de prevención general: «corresponde la preferencia a las necesidades preventivoespeciales sólo hasta donde la necesidad mínima de prevención general todavía lo permita […]. Es decir, por motivo de los efectos preventivoespeciales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del "mínimo preventivogeneral"» (ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, p. 97). También han dado prioridad a la prevención general Gracia Martín y Alastuey Dobón (cfr. GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; ob. cit., p. 327, nota al pie 1) y Mir Puig (cfr. MIR PUIG, S.; ob. cit., p. 89). Cabe señalar que en los últimos años, ha ido cobrando mayor relevancia incluso una corriente de pensamiento que propugna que la determinación judicial de la pena se efectúe sobre la base del injusto culpable y sin tomar en cuenta consideraciones preventivas. En este sentido, Peralta ha señalado que "*no se pueden fundamentar segmentos de pena sin recurrir a las categorías dogmáticas con el consiguiente esfuerzo argumental*. No se puede remitir a necesidades preventivas, de la índole que sean, como un argumento suficiente, ni para agravar ni para atenuar la pena." (PERALTA, J.M.; "Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 31, 2008; pp. 599-624, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.cervantesvirtual.com/, última consulta: 01/10/2014, p. 623, la cursiva pertenece al original). En el mismo sentido, puede consultarse HÖRNLE, T.; *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 25-36. Ziffer y Silva Sánchez también se han mostrado partidarios de que la medición de la pena se determine a partir de la graduación del contenido de las categorías dogmáticas (cfr. ZIFFER, P.S.; Lineamientos de la determinación de la pena, segunda edición, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 [segunda reimpresión, 2013], pp. 59 y 96; SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret: Revista*

La reforma propone que la declaración sobre la suspensión se adopte, en principio, en la misma sentencia de condena, y de forma excepcional, por resolución motivada posterior[53]. Teniendo en cuenta los efectos contrarios a la resocialización que la efectiva ejecución de la pena puede implicar para el sujeto que la padece y el fundamento preventivo-especial del instituto en cuestión, se ha sostenido que la medida proyectada debe valorarse positivamente[54].

Las prestaciones o medidas que pueden condicionar la suspensión de la pena continúan estando previstas en el art. 83 del CP. Ello sin perjuicio de que la reforma proyectada extiende la posibilidad de imponer dichas condiciones frente a la suspensión de cualquier pena –con anterioridad solo se permitía su imposición frente a la suspensión de penas de prisión–[55], a la vez que amplía el propio contenido del art. 83 del CP[56].

Además de ello, la reforma proyectada introduce (art. 84 texto según PL) tres medidas específicas que pueden adoptarse a fin de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena. Dicho precepto, en su primera parte, estipula que: "El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, 2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán 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 sobre un límite de dos tercios de su duración. 3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las

para el Análisis del Derecho, Barcelona, abril de 2007, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.indret.com (última consulta: 01/10/2014), p. 5. Feijoo Sánchez, por su parte, ha señalado que "la teoría de la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto" (FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, editorial B de f, Buenos Aires, 2007, p. 693).

[53] Art. 82 texto según PL.

[54] En este sentido se han expedido, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M.; "7.2 Suspensión y sustitución", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 321; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ob. cit., p. 89; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 54. El Consejo Fiscal, por su parte, ha manifestado su crítica a la posibilidad de disponer la suspensión en la propia sentencia por entender que ello contraviene el ordenamiento jurídico-procesal general (CONSEJO FISCAL, ob. cit., pp. 46-48).

[55] Cfr. CONSEJO FISCAL, ob. cit., p. 49.

[56] Art. 83 texto según PL. Teniendo en cuenta que el CP y el PL contienen ambos cláusulas abiertas que permiten al juez adoptar las condiciones que crea conveniente, no resulta tan relevante la ampliación de contenido del art. 83; ello sin perjuicio de que deba considerarse criticable cualquier avance excesivo del poder estatal sobre la persona e intimidad del individuo que pudiera producirse a partir de las condiciones impuestas. DÍEZ RIPOLLÉS ha valorado como "asumible" la mayor especificación de los requisitos de concesión, seguimiento y revocación contenidos en la propuesta de reforma (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 54).

circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite de dos tercios de su duración. […]".

La disposición normativa proyectada resulta de dudosa admisibilidad en el ámbito de la suspensión de la pena, en razón del carácter *punitivo* que, en realidad, ostentan las *medidas* allí previstas[57]. Asimismo, cabe señalar que las *prestaciones* indicadas en los apartados segundo y tercero –cuya similitud con las penas sustitutas anteriormente previstas en el art. 88 del CP resulta evidente– conducen a que la suspensión que se otorgue pueda resultar sumamente gravosa, en caso de imponerse alguna (o ambas) de dichas condiciones[58].

En el nuevo art. 85 delineado por el PL se admite la revisión de la decisión de suspensión adoptada a fin de introducir modificaciones en las condiciones impuestas que resulten menos gravosas y más favorables al condenado[59].

En materia de revocación de la suspensión de la ejecución, se producen modificaciones de trascendencia, que conducen a incrementar los supuestos en que el órgano judicial debe proceder a dejar sin efecto el beneficio inicialmente concedido[60]. Al respecto, cabe resaltar que las principales innovaciones en la materia son:

a) adquiere relevancia la condena que se dicte durante el plazo de suspensión por *un delito cometido con anterioridad al mismo*, lo cual conducirá a la revocación de la suspensión si ello pone "de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida"[61] (anteriormente, solo las condenas por delitos cometidos durante la suspensión acarreaban la revocación[62]);

b) la reforma *impone* la revocación de la suspensión frente a incumplimientos reiterados de las condiciones impuestas y, además, *impone* la revocación también

[57] Se ha sostenido que la posibilidad de que se produzca un supuesto de sustitución de la pena por acuerdo de las partes constituye un aspecto positivo de la propuesta de reforma (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 54; ACALE SÁNCHEZ, M.; ob. cit., p. 325). El Consejo Fiscal, por su parte, también ha valorado positivamente la introducción de la mediación que efectúa el proyectado art. 84.1 y se ha manifestado favorable a la inclusión de la medida de trabajos en beneficio de la comunidad por resultar de fácil encaje junto a las reglas de conducta del art. 83 del CP por su significado resocializador; sin embargo, el referido órgano ha cuestionado la posibilidad de incluir la medida consistente en la aplicación de una multa, en razón de su contenido punitivo (cfr. CONSEJO FISCAL, ob. cit., pp. 55-56).

[58] El Consejo Fiscal ha llamado la atención –con razón– respecto a que la suspensión puede volverse excesivamente gravosa si las condiciones previstas en el art. 84 texto según PL se llegan a aplicar con cierta severidad (cfr. CONSEJO FISCAL, ob. cit., p. 56).

[59] En el mismo sentido, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ob. cit., pp. 96-97.

[60] Art. 86 texto según PL.

[61] Art. 86.1.1 texto según PL.

[62] Cfr. GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 706.

cuando medie un solo incumplimiento pero de carácter grave[63] (anteriormente la revocación revestía carácter potestativo y procedía frente a un incumplimiento reiterado de las condiciones de suspensión);

c) se incorporan como supuestos de revocación de la suspensión la no colaboración con la administración de justicia y el incumplimiento de las nuevas condiciones previstas en el nuevo art. 84 texto según PL;

d) se establece un supuesto potestativo de revocación retroactiva de la suspensión ya gozada, consistente en que puede dejarse sin efecto la suspensión ya cumplida cuando habiendo vencido el plazo de suspensión dispuesto se produce una condena por delito/s cometido/s con *anterioridad* a la suspensión o durante la misma[64];

e) solo frente al incumplimiento de condiciones, deberes u obligaciones impuestos al penado que no revistan carácter grave o reiterado se faculta al órgano judicial a imponer nuevas reglas de conducta o a modificar las ya impuestas y a extender el plazo de suspensión dispuesto inicialmente;

f) en el régimen de suspensión ordinario, la prórroga prevista por el PL frente a incumplimientos que no sean graves o reiterados puede excederse del límite máximo de 5 años y alcanzar hasta la mitad del período inicialmente impuesto[65] (anteriormente, la posibilidad de prórroga del período de suspensión se encontraba contemplada, aunque con un límite más reducido: nunca podía superarse el plazo máximo de 5 años en el régimen ordinario[66]). Con la reforma propuesta, entonces, el plazo de suspensión máximo podría llegar a ser de hasta 7 años y 6 meses –si se hubiese adoptado un plazo de suspensión inicial de cinco años–.

La norma proyectada en el art. 86 que se propone, como puede observarse, dificulta –en mayor medida que la norma actual– el mantenimiento de la suspensión dispuesta inicialmente, al facilitar la procedencia de la revocación de la suspensión estableciendo supuestos nuevos o más amplios que los previstos hasta el momento,

[63] Art. 86.1.2 texto según PL.

[64] Arts. 86.2 y 87.3 texto según PL. Aun cuando ello se limite temporalmente a las condenas producidas hasta un año después de la suspensión y a que la revocación se produzca dentro de los seis meses posteriores a la condena, se trata de un supuesto inadmisible por resultar inconsistente con los principios generales en la materia. Una valoración negativa de dicho nuevo supuesto de revocación retroactiva puede encontrarse también en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 54; ACALE SÁNCHEZ, M., ob. cit., p. 327 y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ob. cit., pp. 98-99. Manzanares Samaniego, si bien considera que los preceptos citados presentan buenas intenciones, admite los inconvenientes a los que pueden conducir (cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; ob. cit.). Con anterioridad al PL, Gracia Martín y Alastuey Dobón se habían manifestado en contra de la posibilidad de revocar la suspensión ya gozada por el dictado de una condena posterior; García Arán, por su parte, había señalado que resultaba "anómalo" pretender el cumplimiento de la pena remitida (cfr. GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; ob. cit., p. 316; GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas…", ob. cit., p. 706).

[65] Art. 86.3.b texto según PL.

[66] Art. 84.2.b del CP.

a la vez que introduciendo criterios de revocación que eliminan o reducen el margen de maniobra del juzgador para valorar la procedencia de la revocación.

En el último apartado del art. 86 propuesto por el PL se introduce una innovación, ya que se refiere a cómo computar el cumplimiento de las condiciones previstas en el proyectado art. 84 texto según PL. En este sentido, se señala que si se procediese a la revocación, los importes que se hayan satisfecho a partir del acuerdo de mediación alcanzado no serán restituidos ni utilizados para descontar la pena y que sí se tendrán en cuenta (a fin de reducir la misma y calcular el remanente punitivo) aquellos cumplimientos relacionados con el pago de la multa[67] y la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad. Se produce así la transformación de *condiciones de cumplimiento* de la ejecución condicional en supuestos de *sustitución parcial de la pena*.

Finalmente, respecto a los efectos del cumplimiento del plazo de suspensión, se mantiene en términos generales la regla de la remisión definitiva de la pena frente a la expiración del plazo sin que se hayan cometido hechos delictivos[68]. No obstante, se agrega un matiz que puede dar problemas interpretativos al órgano judicial, al indicarse que lo que importa a fin de tener por remitida la pena no es la inexistencia de *cualquier* delito, sino que no se haya cometido "un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas [...]"[69]. La reforma debió haber explicitado criterios razonables y previsibles que permitiesen al intérprete, cuanto menos, disponer de una orientación para la aplicación de la norma, a fin de que no se produzcan tratamientos desigualitarios en atención a consideraciones socio-económicas de los sujetos activos y de los hechos cometidos.

Sobre la posibilidad de revocar los efectos de la suspensión ya cumplida[70] (es decir, para tener por no cumplida una remisión definitiva de la pena que se había producido por cumplimiento de las obligaciones y del plazo fijado para la suspensión de la pena) ya se ha señalado que se trata de un supuesto controvertido de difícil fundamentación. La contemplación de límites temporales para la procedencia de dicha revocación –la nueva condena penal debe dictarse dentro del año siguiente a la finalización del plazo de suspensión y la revocación debe producirse dentro de los 6 meses desde que adquiera firmeza la nueva condena– no resulta suficiente para legitimar la previsión normativa propuesta.

Régimen especial

El régimen especial de suspensión no sufre variaciones de relevancia. La divergencia que se constata entre el sistema vigente y el proyectado consiste en

[67] Art. 86.4 texto según PL, donde se remite al art. 84.1 texto según PL.

[68] Art. 87.1 texto según PL.

[69] El mismo matiz se introduce en el régimen especial o privilegiado (art. 87.2 texto según PL).

[70] Art. 87.3 texto según PL.

que el informe médico forense –exigido con carácter preceptivo por la normativa actual[71]– pasa a ser facultativo en el sistema que se propone[72]. Dicho proceder resulta criticable: la apreciación de las cuestiones técnicas vinculadas con la drogodependencia debería continuar requiriendo que el órgano judicial recabe obligatoriamente una opinión experta[73].

Asimismo, pareciera que en lugar de estipularse un plazo de suspensión de 3 a 5 años, como está previsto en el actual CP[74], se establecería un plazo de 2 a 5 años[75], sin indicarse las razones de tal proceder. Ello constituye, en realidad, el fruto de una simple desatención en la tramitación del anteproyecto de reforma, en razón de que la remisión contenida en el texto originalmente propuesto del art. 81, segundo párrafo, remitía al régimen especial para drogodependientes –que inicialmente estaba previsto en el propuesto art. 80.5 y que posteriormente, con las modificaciones que se fueron introduciendo al proyecto, fue trasladado al propuesto art. 80.6–[76].

Régimen extraordinario

El régimen extraordinario de suspensión por razones humanitarias no sufre modificaciones, manteniéndose la amplitud de su procedencia. El único cambio que parecería producirse se vincula con el plazo de suspensión y constituye, en realidad, una modificación más aparente que real: se trata del mismo error en la remisión que ya fue objeto de mención al estudiar el régimen especial[77]. Corregida dicha desatención, el plazo de suspensión previsto para el régimen extraordinario se mantendría entre 2 y 5 años.

b. Modificaciones en materia de sustitución de la pena

Se produce la desaparición de la sustitución de penas de prisión de reos no habituales como instituto independiente a la suspensión. Ello sin perjuicio de que el

[71] Art. 87.1 (segundo párrafo) del CP.

[72] Art. 80.6 (segundo párrafo) texto según PL.

[73] Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; ob. cit.

[74] Art. 87.3 del CP.

[75] Art. 81 (primer párrafo) texto según PL.

[76] La lectura del Informe del Consejo Fiscal permite constatar claramente la divergencia entre la norma proyectada inicialmente y la norma proyectada que fue objeto de publicación en octubre de 2013 (CONSEJO FISCAL, ob. cit., pp. 42 y 44). Se trata, en definitiva, de un error del prelegislador, que al (re)ubicar el régimen especial en el art. 80.6 texto según PL, no ha hecho el ajuste pertinente en la norma que remite a dicho régimen y que se contiene en el art. 81 (primer párrafo) texto según PL. El mero error en la remisión y la inexistencia de un ánimo de reforma en la materia se constata con claridad al leer el art. 87.2 texto según PL, en donde también se remite al art. 80.5 texto según PL pero inmediatamente se hace referencia a cuestiones propias del régimen especial del art. 80.6 texto según PL. Dicho error debería ser subsanado por parte del prelegislador.

[77] En razón de tratarse claramente de una desatención en la tramitación del proyecto de reforma, debería corregirse la remisión que el art. 81 (párrafo segundo) texto según PL realiza al art. 80.5 texto según PL y, en su lugar, consignarse que la remisión se realiza al art. 80.6 texto según PL.

régimen de sustitución previsto en el actual CP se incorpora con ciertos matices como un supuesto de "suspensión sustitutiva" en el art. 80.3 texto según PL, que establece una forma *nueva* de suspensión de las penas, prevista para reos no habituales en casos en donde individualmente cada pena impuesta no supere los dos años y en la que cobra relevancia prioritaria la reparación del daño y los perjuicios causados. Dicho precepto propuesto ya fue objeto de estudio en el apartado precedente referido a las modificaciones en materia de suspensión de la pena.

La sustitución de la pena, que se elimina como régimen diferenciado, se (re)introduce también en materia de posibles *condiciones* a imponer para otorgar la suspensión de la pena, en el nuevo art. 84 propuesto por el PL[78]. De la combinación que se produce entre la suspensión y la sustitución, se observa que emerge una especie de suspensión "agravada" de la pena impuesta[79].

IV. ALGUNAS PALABRAS FINALES

La mayoría de las modificaciones que se introducen en materia de suspensión y sustitución de la pena por parte del proyecto de reforma presentan un carácter controvertido y una legitimidad jurídico-penal –cuanto menos– discutible.

La falta de fundamentación explícita que permita calificar como atendibles y necesarios los cambios que se implementan[80], la inexistencia de criterios que conduzcan a una previsibilidad razonable y suficiente en la aplicación judicial de la normativa proyectada, la controvertida introducción de criterios de prevención general positiva y, en términos generales, el endurecimiento injustificado[81] en las condiciones para el acceso y el mantenimiento de la medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad constituyen las principales razones para

[78] Art. 84 texto según PL. Resulta particularmente problemática la naturaleza de dichas condiciones, atento a que constituyen verdaderas penas sustitutas en el texto vigente del CP y a que el propio texto del PL se refiere a ellas de manera equívoca (en la exposición de motivos se hace referencia a ellas como *penas* mientras que en el proyectado art. 80.3 se las designa como *medidas* y en el proyectado art. 84 se las denomina *prestaciones* o *medidas* (una crítica en el mismo sentido puede encontrarse en CONSEJO FISCAL; ob. cit., pp. 37-40, en el que se cuestiona la necesidad u oportunidad de haberse eliminado la independencia de la figura de la sustitución de las penas y se discute la naturaleza jurídica de la multa y de los trabajos en beneficio de la comunidad). En su informe, el Consejo General del Poder Judicial indica que la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad previstos en el art. 84 texto según PL constituyen medidas y no penas (cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ob. cit., p. 85).

[79] Ello se puede desprender de una interpretación conjunta de los arts. 84 y 86.4 texto según PL.

[80] Cfr. CONSEJO FISCAL, ob. cit., pp. 7 y 27.

[81] En el mismo sentido crítico en razón del endurecimiento generalizado de los requisitos de procedencia y mantenimiento de la suspensión en el PL se expresa, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., p. 53. La misma crítica podría inferirse en Abel Souto, quien se manifiesta partidario de un sistema general de suspensión de la pena más amplio que el actualmente vigente y que el proyectado (cfr. ABEL SOUTO, M.; ob. cit., pp. 302-303). El Consejo Fiscal también se manifestó críticamente en tanto la regulación proyectada conduce a restringir el ámbito de aplicación de la suspensión de la pena (cfr. CONSEJO FISCAL, ob. cit., p. 29).

valorar negativamente la reforma proyectada en materia de suspensión y sustitución de la pena.

V. BIBLIOGRAFIA.

ABEL SOUTO, M.; "7.1. Suspensión de la pena: Arts. 80, 81 y 84 CP", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 291-309.

ACALE SÁNCHEZ, M.; "7.2 Suspensión y sustitución", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 311-328.

BENITO LÓPEZ, R.; "Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador); *Memento Práctico Penal 2011*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 497-508.

CONSEJO FISCAL, *Informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 8 de enero de 2013, documento disponible electrónicamente en la página web https://www.fiscal.es (última consulta: 01/10/2014).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 24*[82] *de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 16 de enero de 2013, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.poderjudicial.es (última consulta: 01/10/2014).

DEMETRIO CRESPO, E.; *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Serie Estudios Jurídicos, 79, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; "Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-66.

[82] El informe consigna como fecha de la ley 10/1995 el día 24 de noviembre, cuando en realidad el Código Penal se aprobó mediante ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nro. 1, Barcelona, enero de 2007, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.indret.com (última consulta: 01/10/2014).

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, editorial B de f, Buenos Aires, 2007, pp. 677-725.

GARCÍA ARÁN, M.; "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional", en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M.; (Directores), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 688-733.

GARCÍA ARÁN, M.; "La prevención general en la determinación de la pena", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 34, fasc/mes 2-3, 1981, pp. 511-522.

GOBIERNO DE ESPAÑA, *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, publicado con fecha 04/10/2013 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.congreso.es (última consulta: 30/09/2014).

GRACIA MARTÍN, L. y ALASTUEY DOBÓN, C.; "Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I) y (II)", en GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, C.; *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 287-348.

HÖRNLE, T.; *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A.; "Reformen la reforma penal", en *Diario El País*, Edición Nacional, Sección Opinión, Madrid, 22 de julio de 2014, pp. 27-28.

LUZÓN PEÑA, D.M; *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; "Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II): De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional", en *Diario La Ley*, nro. 7991, Sección Doctrina, 27 de diciembre de 2012, editorial La Ley, Ref. D-457, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.laleydigital.es, referencia La Ley 19048/2012 (última consulta: 01/10/2014).

MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 121-158.

MENDOZA BUERGO, B.; "La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coordinador); *Introducción al Derecho Penal*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 287-319.

MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 691-716.

PEÑARANDA RAMOS, E.; "La pena: nociones generales", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coordinador); *Introducción al Derecho Penal*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 221-260.

PERALTA, J.M.; "Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 31, 2008, pp. 599-624, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.cervantesvirtual.com/ (última consulta: 01/10/2014).

PÉREZ MANZANO, M.; *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Colección de Estudios, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2007, documento disponible electrónicamente en la página web http://www.indret.com (última consulta: 01/10/2014).

ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, pp. 78-110.

TRAPERO BARREALES, M.A.; "7.3. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: Arts. 71 y 80 a 88 CP", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador); *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 329-355.

ZIFFER, P.S.; Lineamientos de la determinación de la pena, segunda edición, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 [segunda reimpresión, 2013].

LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. RAZONES DE SU INCONSTITUCIONALIDAD

JULIÁN C. RÍOS MARTÍN
Profesor Proprio Agregado de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas – ICADE

Este artículo lo voy a redactar en forma de postulados breves, enumerados para una mejor comprensión de los argumentos.

1.- Cuando se conocen los gravísimos delitos frente a los que se puede aplicar la pena de prisión perpetua revisable, a cualquier ciudadano le puede parecer justa, e incluso, escasa. Pero el Estado no puede quedar atado a la opinión que una buena parte de los ciudadanos tienen en torno al fenómeno delictivo y que se expande y consolida a través de los medios de comunicación. Sin duda, en el proceso de elaboración de las leyes penales tiene que escuchar a las víctimas de cualquier delito, pero eso no significa que el legislador tenga que otorgarles legitimidad absoluta para dictar en exclusiva la política criminal a seguir, sobre todo cuando el debate público-mediático está huérfano de una reflexión serena con todos los elementos jurídicos y sociológicos del fenómeno delictivo.

2.- Puesto que la pena de prisión perpetua se trata de una privación de libertad, en principio hasta la frontera de la muerte, aunque sea excepcionalísimamente revisable, el enjuiciamiento de su racionalidad ha de partir de la constatación de lo que es un lugar común entre los especialistas en materia penal: la crisis de la pena privativa de libertad, porque no priva solamente de la libertad, sino que además descoyunta la indispensable sociabilidad humana. Sin duda, las consecuencias que una pena de estas características conlleva en el ámbito físico, psicológico, social y laboral del condenado son muy graves y, posiblemente, irreversibles, quedando seriamente afectados y comprometidos determinados derechos individuales constitucionalmente protegidos: la libertad, la intimidad, la salud física y psíquica, y como soporte de todos ellos, la dignidad.

3.- La incorporación de la cadena perpetua al Código penal no puede pasar desapercibida en la sociedad sin un mínimo de reflexión que vaya más allá del ámbito emocional-vindicativo. Por un lado, porque afecta intensamente a los derechos fundamentales de personas concretas, y nadie está exento que se le pueda imponer, bien porque en situaciones extremas e imprevisibles en un momento determinado se vea abocado a cometer un delito tan grave, o bien, porque sin haber delinquido, pudiera existir, como lamentablemente ocurre, un error judicial. Por otro, porque trasciende lo individual. Cuando el Estado incorpora a la legislación criminal una pena de estas características pone en cuestionamiento nuestra concepción de Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre una premisa incuestionable que aparece derivada de la forma política que ha

adoptado el Estado en nuestra Constitución y que exige que todo sacrificio de la libertad ha de reducirse a lo absolutamente necesario para conseguir un objetivo que constitucionalmente lo justifique y que, en todo caso, siempre respete los derechos humanos. Además, porque es previsible, debido a la tendencia existente en nuestra sociedad en los últimos 20 años, en los que se ha modificado el Código penal veinticuatro veces, todas ellas para endurecerlo, que el siguiente debate público sobre las penas a imponer por graves delitos sea el de la pena de muerte. Por tanto, cerrar la puerta de la prisión perpetua, es el cortafuegos para la existencia de tal debate. Está en juego, no sólo la cadena perpetua, sino el pre-juicio de la pena de muerte.

4.- La incorporación de la pena de prisión perpetua revisable al Código penal tenga legitimidad suficiente tendría que superar, sin margen de duda, un juicio de compatibilidad con las normas constitucionales. El ministerio de justicia tiene que justificar de forma técnica y científica la necesidad de su necesidad en relación con los fines que tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan al Derecho penal. En segundo lugar, tendrían que explicar y justificar no sólo formalmente, sino materialmente que esta pena supera el reproche de inseguridad jurídica que conlleva (art. 9.3 CE), que no atenta contra la dignidad de las personas (derecho recogido en el art. 10 de la Constitución española); que no se convierte en una pena inhumana o en trato degradante (art. 15 CE) y que es compatible con el mandato constitucional de que las penas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los penados (art. 25.2 CE).

5.- La pena de prisión permanente –perpetua-, en principio, tiende a extenderse durante toda la vida hasta la frontera de la muerte de la persona condenada. Este es el escenario previsible para la casi totalidad de las condenas y es el marco respecto del que hay que realizar las reflexiones sobre su acomodación a las normas constitucionales.

6.- El texto legal establece varias posibilidades de revisión por los Tribunales para que la persona condenada no muera en prisión y pueda salir antes. Si la pena pudiera revisarse y, en caso de que la persona esté en condiciones de ser reinsertada, se pudiera concretar la pena a una duración determinada, o lo que tiene similares efectos, suspenderse, esta pena resulta ajustada a la Constitución. Esta posibilidad salvaguarda formalmente el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Pero no es así. Lamentablemente, con estas opciones legales de revisión, el Ministerio de Justicia no está pensando en garantizar el derecho a la reeducación y a la inserción social de los penados a largas condenas, sino lo que intenta otorgar apariencia de legitimidad a la prisión perpetua, resaltando su carácter revisable y así salvar el escollo legal de su más que improbable, incluso para el pre-legislador, constitucionalidad.

7.- La normativa no permite un horizonte de libertad en la frontera de la muerte. El texto legal señala que: *"Por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables podrá acordarse la progresión a tercer grado (régimen abierto)[*que*] deberá ser autorizada por el*

Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal" (Art. 36.4 ACP). En este tema tan esencial como es la muerte y, en concreto en prisión, no se puede despejar con una mera reflexión jurídica donde pareciera que la ley penal permite, tal y como está redactado este artículo, que los condenados a perpetuidad, puedan salir a morir libres; pero no es así. Continuarán presos; en régimen abierto, posiblemente en un Centro de Inserción Social; pero no quedarán en libertad condicional. Ésta institución está prevista para todas las personas condenadas que padezcan una enfermedad grave e incurable. Ahora bien, cuando la pena es de prisión perpetua, no es posible. Morirán en la cárcel. Jurídicamente en un régimen de semilibertad, pero en la práctica estarían en la misma situación de un enfermo grave que estuviese en régimen ordinario (Segundo grado): saldría a la unidad penitenciaria que existen en algunos hospitales públicos, con un régimen de severidad similar al que existe en la cárcel. De esta manera las personas condenadas a prisión perpetua revisable morirán en una cárcel. ¿Cuántas personas mueren cada año en prisión por enfermedad sin que se les conceda este régimen abierto –según datos oficiales desde 2005 a 2010, murieron en prisión 1.255 personas, siendo el 63% de los fallecidos por enfermedad-? Ellos han muerto en la cárcel, si hubieran estado condenados a cadena perpetua, igualmente…. ¿cómo se salva la constitucionalidad de esta cuestión?... ¿Es legítimo o es una falacia hablar de dignidad personal al dejar libre al condenado para que muera en la calle cuando se le ha tenido encerrado todo su tiempo vital en la cárcel, y sin dejarle un horizonte de libertad cierta?, ¿cómo se salvará el derecho a la "dignidad" cuando alguna persona condenada a prisión perpetua muera en la cárcel, como lamentablemente ocurre con más frecuencia de la esperada?, ¿quedará libre éticamente de esa muerte quien la ordenó aunque fuese en aplicación de una norma legal? De no existir apoyo familiar y/o social -que será lo más previsible después de tantos años encerrado-, ¿dónde se excarcelará a una persona anciana, u otra más joven y gravemente enferma?, ¿qué profesional, con qué rigor y medios hará el juicio de valoración de los padecimientos incurables, y la dificultad para delinquir de una persona condenada de por vida, confinada y aislada del mundo social durante muchos años?, ¿qué consecuencias tienen los trámites burocráticos en una persona muy enferma en prisión?, ¿y si esa persona tiene o ha generado problemas de salud mental, ¿qué otra salida tiene salvo la de morir en un psiquiátrico penitenciario?

8.- Aunque la Ley prevea que los condenados a la pena de prisión permanente pueden tener permisos de salida, en la realidad esto será prácticamente inviable. Para la concesión de concesión, requisitos: cuarta parte de la condena cumplida -¿cuál es la cuarta parte de una condena a prisión perpetua?; ¿cómo se determina una fracción concreta de una pena indeterminada?-; que el penado tenga buena conducta. Pero aún concurriendo estos requisitos se deniegan por los siguientes motivos: -En función de la circunstancia "gravedad del delito"- Todos los delitos que conllevan una pena de prisión perpetua son gravísimos. -En función de la "alarma social generada por el delito". Todos los delitos que están castigados por la pena de prisión perpetua han generado grave alarma social.-En función del "apoyo familiar y social". Cuando una persona presa lleva más de quince años encerrado, sus vínculos sociales se han deteriorado tanto que es posible que se esté sólo. A este tema me referiré con detenimiento en el apartado en el que trato la prisión perpetua en relación con la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes. -En función de

la "prisionización". Más de quince años de prisión originan en la persona pautas de comportamiento necesarias para sobrevivir en un lugar cerrado que son disfuncionales para vivir en libertad: desconfianza, no respeto, violencia, deshonestidad, ausencia de responsabilidad. No es que los internos ya sean así cuando ingresan en prisión, es que, con independencia del carácter de cada uno, las dinámicas relacionales llevan a las persona a adoptar pautas y actitudes de comportamiento para poder sobrevivir. A este tema me referiré en profundidad cuando relaciono la prisión perpetua con la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes. -En función de la "necesidad de reproche social". Los delitos para esta pena son tan graves, que esta justificación siempre tendrá cabida en las resoluciones administrativas y judiciales de denegación de permiso. -En función de la "lejanía de las tres cuartas partes de la condena". Así las cosas, con una persona condenado de por vida a un delito gravísimo, después de varios años de aislamiento social, según esas variables, ¿tiene alguna posibilidad de salir de permiso? me atrevo a afirmar que ninguna.

9.- Los condenados a prisión perpetua revisable podrán tener acceso al tercer grado o régimen abierto. El tribunal *podrá autorizar el acceso a un régimen abierto cuando exista un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social, cuando se hayan cumplido veinte años de forma efectiva si hubiese sido condenado por un delito de terrorismo (cap. VII, Título XXII, libro II), o cuando se hayan cumplido quince años en el resto de los casos (art. 36.3 A*$^{CP)}$. Para que cualquier persona presa pueda ser clasificada en régimen abierto la administración penitenciaria tiene en cuenta una serie de criterios: la gravedad de los delitos, el tiempo de condena que resta hasta la libertad, los permisos de salida disfrutados, la conducta penitenciaria, disponer de una oferta laboral, contar con apoyo social y/o familiar, carecer de variables psicológicas que permitan hace un juicio de no reincidencia y, todo acompañado de un férreo control para evitar disfunciones mediáticas. Además se exige un pronóstico favorable de reinserción social, valorando las anteriores circunstancias. Este pronóstico tiene que ser realizado en función de los requisitos que se exigen para que la pena se pueda suspender y que vienen relacionados en el art 92 ACP. En estas condiciones, aparecen cuestiones que pueden aportar luz acerca de la escasa o nula previsibilidad de que este régimen de vida se aplique. Una persona condenada a prisión perpetua por la comisión de un asesinato, ¿es posible que se mantenga sin conflictos, es decir, con un comportamiento correcto durante 15 años de condena en una cárcel para que, al menos, exista el requisito de buena conducta penitenciaria? ¿cómo se garantiza que la decisión administrativa de denegación del régimen abierto no se utilicen criterios y conceptos jurídicos indeterminados que son empleados habitualmente por la cárcel para no aplicar este régimen de vida a presos comunes -"faltan por consolidar factores positivos", u otros de imposible acreditación- y que se convierten en conceptos extrajurídicos para ceder ante la presión mediática, que en estos tiempos de "populismo punitivo" resulta tan influyente especialmente respecto de delitos que generan tanta alarma social? ¿qué circunstancias familiares y sociales positivas puede tener una persona después de, al menos, 15 años ininterrumpidos de aislamiento social en una prisión? ¿de qué programas de tratamiento y formación educativa y laboral dispone la administración penitenciaria para ofrecer a las personas condenas por estos delitos graves y sometidos a largas condenas?; en caso de tener algún problema de salud

mental, ¿qué intervención institucional existe más allá de estar en un patio de un psiquiátrico penitenciario? ¿qué profesionales de la administración penitenciaria, en qué condiciones técnicas, con qué rigor, bajo que presiones institucionales, van a emitir los informes de pronóstico? ¿cómo influirá la ausencia de permisos en la clasificación tercer grado? ¿cómo se puede tener un pronóstico favorable después de valoración de variables que ponen el énfasis en las consecuencias que el paso de los años encerrado puede tener en la persona? ¿qué peso tendrá la gravedad del delito?, ¿y la repercusión mediática?... Mucho me temo que una respuesta honesta por parte de quienes conocen este ámbito habrá de admitir que, salvo excepciones, la casi totalidad de las personas no tendrán posibilidades de acceso al tercer grado. De nuevo, otra salida frustrada. Si la anterior –los permisos- es inviable, el régimen abierto, lo es más. Las dificultades y los obstáculos son cumulativos en el ámbito penitenciario. Por lo tanto, la previsión legal de que las personas condenadas a cadena perpetua puedan salir a un régimen abierto y así evitar la perpetuidad, no es más que una cuestión meramente formal y retórica, sin posibilidades reales de realización.

10.- Podrá suspenderse la pena de prisión perpetua. El Tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando concurran varios requisitos (art. 92 ACP):

-Que se hayan cumplido 25 años de condena, que pueden llegar a ser 30 cuando se dan las condiciones del art. 78 bis 1 b) ACP.

-Que se encuentre clasificado en tercer grado penitenciario.

-Que el Tribunal a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por su reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, los efectos que se puedan esperar de la suspensión de la pena y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos profesionales que el tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En caso de que se cometa delito durante la suspensión de la pena, el penado ya no tendrá oportunidad de salir más. La prisión será perpetua definitivamente.

Por no ser reiterativo, bastará solo recordar las dificultades de acceso a los permisos y al tercer grado convertido en la suspensión de la ejecución como un requisito-régimen abierto que expuse anteriormente, así como la imposible valoración positiva de los criterios que se establecen, para concluir que esta modalidad de suspensión será casi inaplicable. ¿Cómo va a encontrarse socialmente preparado para vivir en libertad una persona después de pasar 25 años ininterrumpidos en una cárcel, después de haber cometido un delito muy grave? ¿Qué circunstancias familiares y sociales podrá tener quien, por ejemplo, entró con 25 años y a los 50 años de edad se plantee la suspensión de su condena?... ¿Sus padres viven? ¿Qué familiares le quedarán? ¿Qué amigos conoce? ¿qué trabajo ha

aprendido? ¿Qué secuelas psicológicas tiene? ¿Cómo se abordarán? ¿Qué profesional se atreverá a hacer un juicio de diagnóstico positivo? ¿Quién es capaz de responder honestamente a estas cuestiones? Cualquier profesional de la administración penitenciaria -a quienes, por cierto, nunca se les pide opinión sobre estas reformas- será capaz de explicar y dar fe de todas estas dificultades.

Lamentablemente estas cuestiones se abren a una respuesta negativa acerca de cualquier posibilidad de suspensión de esta pena. Lo que queda es su cumplimiento que la persona presa muera o enferme gravemente. Este es el escenario más previsible.

11.- La incorporación al ordenamiento penal de una pena tan grave y lesiva como la que se propone debe estar cargada de argumentos vinculados al cumplimiento de las finalidades que desde la doctrina y la jurisprudencia se asignan al Derecho penal democrático. El legislador debe evitar razones de política partidista adoptadas por razones coyunturales atribuibles a la presión de determinadas personas, o de asociaciones de víctimas, o realizadas con la intención de desviar la atención social de las raíces de la inseguridad –crisis financiera, corrupción, desconfianza en los políticos- hacia la relacionada con el delito particularmente si con ello se ponen en tela de juicio las bases, principios y fundamentos del derecho penal heredero de la Ilustración. También debe considerarse inadecuado fundamentar su incorporación al Código apostando por introducir la teoría del denominado "Derecho penal del enemigo" en el derecho positivo penal. Ésta busca satisfacer una demanda público-mediática de mayor seguridad, control, a través del encierro, castigo, represión y prolongación de la reclusión de personas condenadas por delitos muy graves ante la sensación ciudadana de que estos no reciben suficiente castigo o de que no son debidamente controlados.

12.- La exposición de motivos del ACP no ofrece razones de suficiente peso científico que justifiquen la incorporación de esta pena.

12.1.- Frente al argumento de que no es una pena perpetua porque existen posibilidades legales de revisar la pena y suspenderla ya hemos justificado su imposibilidad.

12.2.- Frente al argumento existe un informe del Consejo de Estado que la avala, hay que decir que Consejo de Estado no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta pena, ni puede hacerlo. Tal y como señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma de código penal que prevé la incorporación de la cadena perpetua en España, "esta cautela, si bien no puede ser invocada para refutar, rotundamente, la conformidad de la prisión permanente con el ordenamiento jurídico español, al menos pone de relieve la clara oposición del legislador a que las penas de prisión a perpetuidad pudieran llegar a ejecutarse en territorio español, criterio éste que se ve corroborado por el contenido del apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional". El tenor referido es el siguiente "(…) Esta autorización se expresa en el único artículo que contiene la ley, al que se acompaña una declaración manifestando la disposición de España a recibir personas condenadas

por la Corte en los establecimientos penitenciarios de nuestro país siempre que la duración de la pena de prisión impuesta no exceda de la máxima admitida por nuestra legislación, declaración permitida expresamente en el artículo 103 del Estatuto, al tiempo que necesaria por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado (…)"

12.3.- Frente al argumento que existe una normativa sobre la pena perpetua similar en otros países del entorno europeo decir que es cierto que esta pena está incorporada con distintos matices a la legislación penal de algunos países europeos: Italia, Alemania, Francia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca e Irlanda. No obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Vinter and Others v. The United Kingdon ha declarado esta legislación contraria al art. 3 de la CEDH. por resolución de nueve julio de 2013, porque este sistema de sentencias niega a los condenados el derecho a una revisión real y eficaz de su condena.

Además, ningún país Europeo tiene un artículo constitucional íntegramente equiparable de la establecida en el art. 25.2 CE en cuya virtud, "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientados hacia la reeducación y al reinserción social". Dentro del Capítulo IX (De la Jurisdicción) de la Ley Fundamental Alemana, no existe precepto alguno que resulte, en mayor o menor medida, equiparable al artículo 25.2 de la CE. En el ordenamiento francés tampoco. Por su parte el artículo 27 de la Constitución Italiana establece, en el párrafo tercero que "las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y estarán orientados a la reeducación del condenado". Si bien es cierto que la norma de la Constitución italiana presenta un importante similitud con el art. 25.2 de la Constitución Española, pues en ambos se proclama que las penas estarán orientadas a la reeducación del condenado, sin embargo, el indicado artículo 27 omite cualquier referencia a la reinserción como finalidad orientadora de las penas, lo cual, como en el capítulo cuarto fundamentaré, confiere al precepto de nuestra Carta Magna un matiz esencial. Por tanto lo que contemplan los países europeos que la tienen en sus ordenamientos penales puede no entrar en contradicción con sus normas constitucionales, pero si se enfrenta directamente con nuestra Constitución tal y como justificaré en el capítulo cuarto de este libro.

12.4.- Frente al argumento de que esta pena es necesaria para "afianzar la confianza en la administración de Justicia" habría que valorar varias cuestiones: ¿es cierto que la confianza en la administración de justicia se obtiene aplicando la cadena perpetua, cuya institución podría sobrepasar los límites constitucionalmente marcados al poder punitivo del Estado? ¿hasta dónde los ciudadanos están dispuestos a ceder en el binomio seguridad ciudadana/libertad y derechos fundamentales? ¿el descrédito de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia no será por otros motivos distintos de la no existencia de la prisión perpetua y otros temas relativos a la aplicación de las penas? ¿la desconfianza no residirá en la ausencia de medios materiales y personales para llevar adelante los procedimientos de instrucción, enjuiciamiento y ejecución con un mínimo de eficacia en la gestión? ¿no será porque ni los políticos ni los banqueros que han provocado la "ruina económica" del Estado, asumen –salvo contadas

excepciones- algún tipo de responsabilidad, ni política, ni penal, salvo contadas excepciones? ¿no tendrán algo que ver los obstáculos que el poder político pone en los procedimientos penales sobre delincuencia de "cuello blanco", o de corrupción y que se dilatan en el tiempo por las maniobras de los famosos abogados que provienen de la universidad, la fiscalía y la judicatura urdiendo estrategias para conseguir que casi todos los procesos se eternicen en los tribunales para que no acaben nunca en condena efectiva?, ¿no será porque se imponen tasas con la excusa de aligerar la justicia cuando se está impidiendo el acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva?, ¿no será por la desinformación que sobre el sistema penal, su alcance y eficacia, existe entre los ciudadanos? Las contestaciones a estas cuestiones apuntan a los motivos que generarían en los ciudadanos una sensación de desconfianza en la administración de justicia. Y, por tanto, si se quiere combatir, el poder político tendrá que hacer un esfuerzo de honestidad y orientar su política criminal en esa dirección y no en la expansión casi ilimitada de la represión punitiva.Probablemente entre todas las causas expuestas, el desconocimiento del funcionamiento del sistema penal y de sus posibilidades es la que más incrementa la desconfianza ciudadana en la Justicia. Por tanto, es más que cuestionable que en la Exposición de motivos del ACP uno de los argumentos para incorporar la prisión perpetua sea su necesidad para que los ciudadanos aumenten su confianza en la administración de justicia.

12.5.- Frente al argumento que la pena de prisión permanente es necesaria porque "ante delitos de excepcional gravedad está justificada una respuesta extraordinaria" se hace necesario valorar dos posibles interpretaciones. En primer lugar, hace referencia a un juicio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y las sanciones previstas. En segundo lugar, bajo este postulado subyace la idea de que la víctima necesita ser reparada y satisfecha ante el desproporcionado daño sufrido a través de una excepcional respuesta represiva del Estado. Respecto de la primera cuestión señalar que los fines preventivos del derecho penal se pueden alcanzar mediante otras penas y otras medidas de política criminal en las que el sacrificio de los derechos fundamentales no sea tan intenso e irreparable. En un Estado de derecho, construido sobre el respeto a los derechos humanos, la gravedad de la respuesta penal tiene que venir limitada precisamente por los derechos constitucionalmente reconocidos para todos: la dignidad, la prohibición de las penas y tratos inhumanos, crueles o degradantes, y la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas.

En cuanto al segundo aspecto, la venganza privada está excluida del ordenamiento jurídico como finalidad del sistema penal, sólo hay que ver los limitadísimos requisitos de la legítima defensa –art. 21.4 CP. Tampoco se puede utilizar la violencia institucional de la administración de justicia para ejercerla. El Derecho penal está destinado a cumplir unas funciones preventivas y retributivas hasta el límite del respeto a la culpabilidad, la proporcionalidad y a los derechos fundamentales. Pero, junto a estos legítimos límites, en mi opinión infranqueables, en el ámbito de las necesidades profundamente humanas, ¿la cadena perpetua podría reparar a la víctima? En mi opinión, la contestación es rotundamente negativa.

12.6.- Frente es una pena "necesaria a los efectos de prevención de delitos" hay que realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar el Derecho penal tiene que servir simultáneamente para prevenir y combatir el delito, pero también para limitar la intervención estatal en su intervención. Por un lado, tiene que proteger a la sociedad de los actos violentos de determinadas personas, pero por otro, tiene que asegurarse de que éstas no queden sometidas a una represión ilimitada del Estado.

La teoría prevención especial queda abiertamente incumplida. Niega posibilidades reales a las personas condenadas de ser acreedores del mandato constitucional que otorga a las penas finalidades reeducativas y de reinserción social.

La prevención general negativa que utiliza la intimidación de la pena de prisión perpetua y que se destina a que los ciudadanos se abstengan de cometer determinados delitos, una contestación positiva de su necesidad pasa por contestar a una serie de cuestiones: ¿La intimidación que genera la prisión perpetua incrementará la seguridad ciudadana?; ¿la seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal está en riesgo?, ¿una mayor sensación de seguridad ciudadana se consigue exclusiva o principalmente a través del sistema penal? ¿Las penas existentes en la actualidad no son suficientemente disuasorias?

La prisión permanente no incrementará la seguridad ciudadana. Ésta es un concepto amplio y difuso que depende principalmente de la información que sobre la delincuencia ofrecen los medios de comunicación a través de los datos que a diario aportan las oficinas de prensa de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, así como de las reflexiones realizadas sobre juzgados y tribunales por periodistas y otras personas que trabajan en los medios de comunicación como "creadores de opinión". Siempre han existido gravísimos delitos y, lamentablemente, continuarán existiendo. La intervención penal, a través de la prevención cumple obviamente su función, pero no es la única ni principal fuente de seguridad ciudadana. En estos momentos, la inseguridad más grave para muchos millones de españoles es la supervivencia –laboral, doméstica, alimentos-. Con un 26% de paro; una reforma laboral que ha conducido a condiciones precarias de trabajo; el grave problema de la vivienda (hipotecadas con cláusulas abusivas, que se ejecutan sumariamente y provocan desahucios cruel y violentamente practicados); el desmantelamiento de los servicios sociales (particularmente dramático es el caso de la clausura de numerosos centros de atención a drogodependientes); la reducción de profesionales de la salud y particularmente la mental; las consecuencias, en suma, de los recortes sociales con la coartada de la crisis económica, aumenta la sensación subjetiva de inseguridad personal. Y, el Estado, incapaz de hacer frente a ésta, más auténtica y real que la vinculada al delito, la intenta suplantar y simular su resolución por la vía de la expansión ilimitada el Derecho penal. Un remedio fugaz, ya que sólo cumplirá su función el día en que se anuncie la reforma. Posteriormente, la sensación pública de inseguridad continuará igual, porque no se ha intervenido ni sobre las causas sociales que originan las situaciones precarias y los comportamientos delictivos (adicciones,

problemas mentales, déficits en la socialización, pobreza e injusticia estructural a nivel nacional e internacional, entre otros), ni sobre el origen de la sensación pública de inseguridad colectiva (desinformación de las instituciones del sistema penal, y la desproporción y desmesura informativa de los crímenes cometidos en casi todas partes del mundo).

La mayor severidad de la pena no suele ser un factor determinante en el incremento de la disuasión, sobre todo si el potencial delincuente no cuenta con un considerable grado de probabilidad de ser detenido. Es posible afirmar que no es posible conseguir seguridad sino al precio de comprometer la libertad y los derechos de los ciudadanos. Así, frente a sensación de inseguridad ciudadana que se quiere hacer frente con la prisión perpetua, emerge otro tipo de inseguridad personal más grave y cierta. La que deriva de la vulneración de derechos fundamentales tales como la dignidad, la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes y la negación de la orientación de la penas hacia la reinserción social; además, de la posibilidad –siempre presente- de que se produzcan errores judiciales, transformándose en irreparables. ¿Estarán los ciudadanos dispuestos a ceder su libertad y hasta su seguridad jurídica en aras de la eficacia que se concede a esta medida?

Por otro lado, la seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal no está en riesgo. El propio Ministerio del Interior del mismo Gobierno que impulsa la reforma penal y la introducción de la cadena perpetua en nuestro Código Penal admite que "el balance final que arroja el informe sobre la criminalidad de 2012, a pesar de los datos de determinadas tipologías penales, es positivo y viene a manifestar y constatar que la incidencia de la criminalidad en España se mantiene entre las más bajas de la Unión Europea. Por tanto, el nivel de delitos no sólo es el más bajo de Europa, sino que en España se observa una tendencia al descenso. ¿Es entonces la seguridad ciudadana un argumento para instaurar la pena de prisión perpetua? Pensamos que no.

Por último, las penas existentes en la actualidad son suficientemente disuasorias. A los efectos de prevención delictiva ya existen delitos en el Código penal castigados con penas lo suficientemente disuasorias para garantizar al máximo posible tal protección; también para obtener la retribución proporcional y el castigo por tanto daño causado. A partir de los límites establecidos en el art. 76 CP -20, 25, 30 y 40 años- la sociedad tiene que asumir que el sistema penal no puede garantizar más la seguridad ciudadana; ha llegado a su tope. Estos límites que ya existen en el Código penal actual, determinan que las personas condenadas no terminarán de cumplir sus condenas mientras dure su vida, pues si la edad media de quienes cometen delitos es de 35 años, en cuanto se le sumen 40 años de pena, la vida en libertad – a los 75- se esfuma como una posibilidad. Por ello, los límites máximos establecidos de cumplimiento ya son casi perpetuos.

12.7.- Frente al argumento de que existen "Existencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que avala esta pena" hay que señalar que la Exposición de Motivos hace referencia a dos sentencias del TEDH para justificar, la adaptación de esta pena al Convenio de Roma. Concretamente se refiere a la

STEDH Kafkaris c. Chipre y Meixne c. Alemania. Sólo toma en consideración dos sentencias que admiten su compatibilidad con el art. 3 del CEDH, a mi forma de entender de forma tremendamente laxa y formalista, pero silencia las que declaran la vulneración del art. 5 CEDH que son las referidas a la violación de la finalidad de reinserción social de la cadena perpetua en función de los criterios de revisión y de los medios materiales para que aquella sea eficaz (art. 5 CEDH). Y precisamente en este aspecto es donde la Exposición de Motivos calla. Omite las sentencias que declaran su incompatibilidad con los aspectos reinsertadores de las penas y sus procesos de revisión.

La Exposición de Motivos del Borrador del Anteproyecto de reforma es desafortunada. Al traer el argumento de la doctrina del TEDH pretende agregar otra justificación gubernamental en defensa de la prisión permanente revisable. Pocos meses después de su primera redacción, el 18 de septiembre de 2012, el TEDH dictó, como hemos referido en el párrafo anterior, por unanimidad, una extensa y fundamentada la sentencia anteriormente reseñada por virtud de la cual condenó al gobierno británico por violar el art. 5.1.del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con ocasión de la ejecución de las "condenas IPP" ("indeterminate-sentences-for-the-public-protection"), es decir, las "*condenas indeterminadas para la protección pública*". La sentencia condenatoria dictada por el TEDH –auténtico aviso para navegantes, en lo que al gobierno del estado español toca en estos momentos- considera que al incorporarse en el sistema de penas una nueva forma de condena *indeterminada*, se presume que el Estado continúa obligado a cumplir, en todo caso, aunque no se contemple expresamente en el texto desde su ley nacional, con sus obligaciones internacionales en relación con el objetivo rehabilitador del sistema penitenciario, dimanantes de convenios e instrumentos internacionales como el art. 10 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1966; la Recomendación 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los estados miembros de la Unión Europea ("the-European-Prison-Rules"), de 11 de enero de 2006; o los estándares mínimos para el tratamiento de los prisioneros de las Naciones Unidas ("the UN Rules") de 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social el 13 de mayo de 1977. Así pues, el TEDH acoge la tesis de los demandantes en el sentido de que uno de los propósitos de su privación indeterminada de libertad es su rehabilitación, para la que el gobierno británico, incumpliendo sus obligaciones derivadas del derecho internacional, no puso los medios necesarios, e impidió de ese modo que uno de los objetivos de la "Criminal Justice Act", de 2003, el rehabilitador, pudiera cumplirse. El gobierno británico, como ya habían incluso criticado los tribunales nacionales, había errado "deplorablemente" a consecuencia de haber introducido la prisión indeterminada sin la necesaria planificación y sin un análisis realista del impacto de la medida. En tales circunstancias, el TEDH declaró que la privación de libertad como consecuencia de la ejecución de una pena de prisión indeterminada puede llegar a ser –como en este caso- arbitraria y por lo tanto ilegal en los términos del art. 5.1 del Convenio.

Por otro lado, el caso **VINTER AND OTHERS V. THE UNITED KINGDON 9.7.2013 ha declarado contraria al art. 3 CEDH la legislación británica.** La legislación vigente ha suprimido la revisión a los 25 años con el objetivo de que sean los jueces

independientes quienes determinen cuando ha de efectuarse la revisión en cada caso concreto. Pero esto no asegura que se haya de producir efectivamente la revisión, por lo que el TEDH considera que debería haberse mantenido la posibilidad de revisión a los 25 años. El Tribunal argumenta que "si un prisionero es encarcelado sin ninguna perspectiva de ser puesto en libertad y sin ninguna posibilidad de que su sentencia a perpetuidad sea revisada, existe el riesgo de que nunca se arrepienta de su crimen". "Haga lo que haga en prisión, por muy excepcionales que sean sus avances hacia la rehabilitación, su castigo es inamovible y no se puede revisar".

Por tanto estas dos últimas sentencias del TEDH ponen en cuestionamiento la pena de cadena perpetua si no existe, además de una planificación de medios materiales para la rehabilitación del condenado, una normativa realmente ineficaz para permitir la excarcelación de una persona. Estos dos aspectos están presentes en la normativa que intenta incorporar la cadena perpetua al Código penal. Ni existe planificación de medios, ni la normativa permite una excarcelación real.

13.- La prisión perpetua revisable es inconstitucional porque atenta contra la dignidad de los seres humanos –art. 10 CE-; contra la prohibición de penas inhumanas y tratos inhumanos y degradantes –art. 15 CE-, contra el mandato de la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social art. 25 CE; además, su indeterminación se enfrenta abiertamente al principio básico de seguridad jurídica.

14.- La pena de prisión perpetua revisable atenta contra la dignidad de los seres humanos. La dignidad humana consiste en tratar a nuestros semejantes, a los seres humanos, como fines y no como medios, ni como objetos. Me parece evidente que: a) Un delincuente, como toda persona, tiene una inquebrantable dignidad (en sentido sustancial y ontológico) que no pierde y que no puede perder aunque cometa las mayores atrocidades; b) Los demás estamos en la obligación moral de salvaguardar esta dignidad y la efectividad de los derechos humanos porque la dignidad es un fundamento axiológico inviolable y porque preservando la dignidad ajena estamos manteniendo a buen recaudo la nuestra (en su segunda acepción); c) Despersonalizar a un individuo para proteger a una mayoría resulta una tesis insostenible desde la teoría de los derechos humanos porque atenta contra el valor universal de persona y el respeto a la dignidad humana. d) Que la dignidad implica tener posibilidades reales y ciertas de poder incorporarse a la sociedad para desarrollar, si quiera mínimamente, un proyecto vital a nivel social, familiar, laboral; lo que queda incumplido con la prisión perpetua, aunque se le quiera hacer pasar por revisable. Así, la cadena perpetua priva al condenado de la opción de trazar un plan de vida, es decir, de su "autonomía moral".

En el mejor, pero imprevisible, de los casos, en que pudiera revisarse la condena, el encierro durante, al menos, 25 años seguidos se convertirá a perpetuidad a partir de una cierta edad. Si la persona que delinque lo hace a partir de los 40 años de edad, podrá salir a los 65. Anciano, sin proyecto vital desarrollado, excluido, aislado y sin recursos. Es decir, la pena a perpetuidad se transforma en una suerte de pena de muerte "social".

Por lo tanto, que la norma penal que incorpora y regula la prisión perpetua no garantice los valores básicos de respeto por la esencia de humanidad, la intimidad, la salud física y psíquica, las posibilidades de reincorporarse a la sociedad, el esfuerzo por la disminución del sufrimiento y demás bienes que expondré en los siguientes epígrafes, la convierte en ilegítima e inconstitucional.

12.- La prisión perpetua revisable atenta al derecho a la prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes. A partir del derecho a la dignidad del ser humano y de su integridad moral la Constitución prohíbe, en todo caso, las penas inhumanas o degradantes -art.15 CE-. Necesariamente, para que esos conceptos tengan la suficiente consistencia se hace necesario acudir a las condiciones en las que se cumple una pena privativa de libertad, sabiendo que, en todo caso, la casi totalidad de las personas condenadas a la cadena perpetua no van a poder salir de la cárcel hasta su muerte, pues como he explicado en los epígrafes anteriores, las previsiones legales de excarcelación son, en la práctica, inviables.

La inhumanidad de una pena de prisión por su duración radica en la falta de expectativas de libertad para el penado. La evitación de tal desesperanza dependerá de que no se prevean penas de duración excesiva y de que existan y se utilicen mecanismos de excarcelación cuando el penado llegue a determinada edad. Hecho que lamentablemente no ocurre con la regulación de la prisión perpetua revisable.

Cuando hablamos de humanidad nos tenemos que referir de forma obligada a las condiciones básicas que necesita toda persona puede desarrollar mínimamente su condición de ser humano –derecho al libre desarrollo de su personalidad-. Ello implica que cualquier condenado deber tener la posibilidad de comunicarse con sus familiares y amigos, viendo potenciadas sus capacidades de relación social y afecto; debe tener un espacio físico en el que pueda desarrollar su sentido de control, autoestima, autonomía e intimidad –la celda, el patio y las consecuencias en la relación-; no puede estar en un contexto en el que sea constantemente objeto de violencia o instrumentalización; que pueda mantener un nivel aceptable en su salud física y mental, y que pueda conocer de forma cierta que en un futuro podrá volver a convertirse en un ser relacional, al quedar en libertad. Frente a la necesidad de todo ser humano de un espacio mínimo para desarrollar y desplegar todas sus capacidades "humanas", la cárcel lo imposibilita. Frente a la necesidad que no se anule su ámbito relacional, afectivo y social, la cárcel destruye la sociabilidad. Ante la necesidad de un contexto que garantice el equilibrio en la salud física y mental, la cárcel la deteriora intensamente. Frente la necesidad de un espacio en el que se garantice su intimidad, la cárcel no lo posibilita. Ante la necesidad que todo ser humano precisa de un contexto en el que la violencia no sea la forma continua de relación, la cárcel no lo ofrece.

Obviamente el cumplimiento de una pena de la cárcel supone una limitación de esas capacidades, de lo contrario esta pena no tendría razón de ser, pero la estancia de por vida, o por más 25 años, entre muros, concertinas y barrotes, supone llevar al límite de lo humanamente aceptable las condiciones el internamiento penitenciario.Sin duda, la cárcel genera un intenso sufrimiento humano y, si

desborda la capacidad de soportarlo, la pena se convierte en inhumana y, por tanto desde un punto de vista jurídico, ilegítima. Nadie está exento de entrar en una cárcel, cada vez menos personas pueden avalar esa certeza.

15.- La prisión perpetua niega el mandato constitucional del derecho a la reeducación social–art. 25.2 CE-. Éste exige que la forma de cumplimiento de la pena de prisión evite generar consecuencias en la mente del ser humano condenado que le impidan integrarse nuevamente en la sociedad para desarrollar su proyecto vital –derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la reinserción social-. Estos objetivos son imposibles a partir de 20 años de encierro penitenciario continuado, pues la mente humana queda "gravemente incapacitada" para hacer frente con un mínimo de equilibrio a las exigencias relacionales y de responsabilidad de la vida en libertad. En consecuencia y en esta línea, una pena de prisión que dure toda la vida atenta contra este derecho.

La cárcel genera en las personas una sensación de permanente peligro. La extremada tensión del ambiente, con frecuencia dará lugar a que, como íntimo mecanismo de defensa de la propia salud mental, la persona tienda a proteger su propio "Yo", lo que, en ese contexto, le lleva a un exagerado egocentrismo. La vida en prisión incrementa el aislamiento, el recelo y la desconfianza frente a los demás, se construye una nueva cárcel dentro de la cárcel. La persona tiende a aislarse en sí misma. Ello genera graves consecuencias en la forma de afrontar las relaciones cuando la persona sale de prisión y tiene que volver a establecer relaciones sociales. Todos sabemos que sin confianza no hay posibilidades de relación. Este es uno de los motivos por los que la persona presa, al salir de la cárcel, se queda sola. Y la soledad lleva a la exclusión, marginación y a la muerte social. Por otro lado, el sentimiento de indefensión viene provocado no sólo por la violencia institucional y personal en que la persona presa se encuentra inmersa, sino también por la falta de garantías legales para proteger la propia identidad que muchos presos experimentan o creen experimentar. La poca estimulación que se recibe en una cárcel es muy repetitiva y violenta. La violación de la intimidad es constante. Los presos, además de estar siendo observados continuamente (en muchos casos, por ejemplo, a través de cámaras permanentes a todas las horas), no puede disponer de un mínimo de espacio ni de tiempo realmente propio y organizado por la propia persona. Los cambios tan habituales de cárcel o de celda o la intromisión en ésta, a cualquier hora del día, de los funcionarios para realizar cacheos, con la obligación de desnudarse, son unas ceremonias de degradación[1]) que generan una enorme indefensión. La indefensión viene dada fundamentalmente por no saber a qué atenerse, por no poder controlar siquiera la seguridad de que se va a dormir esa noche de un tirón, sin que le despierten y le invadan la celda para hacer cacheos, de no saber cómo responder ante todo ello, y por sentir que, haga lo que haga, va a dar igual, pues las respuestas que probablemente reciba no están conectadas necesariamente con las consecuencias que cabe en buena lógica esperar. Todo contribuye a exacerbar el sentimiento de inseguridad vital. Este abandono del deseo de vivir, que conduce a muchos a adoptar una actitud fatalista y apática, no es sino

[1] GARFINKEL, H, "Conditions of successful degradation ceremonies", en *American Journal of Sociology* 61 (1956) pp. 420-424. Es la primera referencia que desarrollaría en ulteriores obras.

otra forma más de expresar la depresión profunda que genera la cárcel. La depresión es el síndrome más generalizado, prácticamente en una u otra medida, nadie escapa de ella, y una elevadísima proporción de presos se ve obligada a llevar tratamiento mediante antidepresivos; el prozac, y medicamentos similares, son compañeros habituales de la vida en prisión. Aunque con frecuencia el tratamiento se rechaza pues tras él se adivina la sombra de una pérdida aún mayor de control sobre la propia vida, la pérdida del último reducto de autonomía y control sobre uno mismo.

Entre las consecuencias psicológicas negativas que impone la cárcel, el odio es una de ellas. El odio como secuela, como subproducto de la cárcel, hace aparecer la venganza como objetivo; es así mismo el resultado de la vida en prisión: el deseo de vivir para tomarse un desquite. El fracaso de los programas de reinserción se encuentra alimentado una y otra vez por la dinámica del odio.

16.- La pena de prisión permanente niega el mandato de reinserción social. El sistema penitenciario ha de dejar siempre una puerta abierta a la esperanza para contribuir a que el interno avance en la línea de su futura reinserción. Aunque la suspensión de la condena se pudiera aplicar pasados los 20 años ininterrumpidos de cárcel, los efectos del encarcelamiento prolongado son tan de vastadores en la mente, que hacen casi imposible la reinserción social. Como señala el informe del CGPJ al ACP en su informe un fracaso en el tratamiento penitenciario produce una postergación indefinida la puesta en libertad del condenado pudiendo llegar hasta el fin de sus días, lo que lleva a dudar de que la pena de prisión perpetua sea conciliable con la Constitución.

17.- La indeterminación de la pena perpetua revisables atenta contra el principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE. Así pues, el principio de legalidad penal exige que las penas se encuentren perfectamente determinadas en su forma de cumplimiento y extensión en el Código penal. Así, la propia definición que la exposición de motivos de esta pena la cataloga como una pena de "prisión de duración indeterminada", vulnera abiertamente el mencionado principio de legalidad, recogido en el art. 25.1 CE. La imprevisibilidad del contenido del contenido temporal de la pena priva de libertad que se genera con la incertidumbre de las posibles salidas –permisos, régimen abierto, suspensión de la condena- confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, confieren a la sanción penal un carácter arbitrario y desigual, como tal enfrentado a la dignidad humana; estas razones son suficientes para deslegitimarla. Los ciudadanos deben saber de antemano no sólo el ámbito de lo prohibido, sino también sus consecuencias.

18.- Existen posibilidades de error judicial que sería irreparable. Y en caso extremo, pero posible….¿si resulta, que el condenado lo haya sido por un error judicial? Los errores judiciales en penas como esta son irreversibles. La historia confirma reiteradamente que las políticas orientadas exclusivamente a la prevención de delitos y a la búsqueda de la seguridad ciudadana pueden generar más violencia que la que se pretende prevenir, porque la seguridad y la libertad no sólo son amenazadas por los delitos, sino también por las penas excesivas,

despóticas, por las detenciones policiales arbitrarias, en fin, por el ejercicio del Estado mismo en su potestad punitiva.

19.- La pena de prisión permanente conlleva otras consecuencias indeseables. Además de las razones expuestas de orden jurídico, la pena de prisión permanente genera disfunciones graves que deben ser tenidas en cuenta, y que conviene que nos planteemos. A saber:

- ¿En qué condiciones de seguridad se deja a los profesionales de la administración penitenciaria frente a personas que ya no tienen nada que perder porque se les arrebatan sus expectativas de libertad?

- ¿En qué condiciones quedarán en los centros penitenciarios, cuando quienes ahora cumplen largas condenas se encuentran sin actividades específicas, viendo pasar el tiempo como un abismo sin fin?

- ¿Con qué medios económicos –personales/materiales- cuenta la administración penitenciaria para hacer frente a esta medida? Recordemos que la estancia en prisión por persona/año cuesta 36000 euros aproximadamente?

- ¿Cómo va a influir en la ya existente masificación penitenciaria?

- ¿Por qué no se ha hecho un informe del impacto económico que tendrá esta medida y, puesto en relación con el endurecimiento generalizado en la extensión y en el cumplimiento de las penas de prisión que implica esta reforma penal?

- ¿Prevé el pre-legislador que las cárceles se terminarán convirtiendo en geriátricos?.... En España hay 351 presos de más de 70 años. La cifra subió del 0´9 en 1985 al 3% en 2012. Y, posiblemente no es porque delincan más, sino porque las condenas son cada vez más largas. EEUU es el país con más personas presas. 2´3 millones. De 1980 a 2012, el censo creció 11 veces más que la población general. Un informe de la Unión Americana de Libertades Civiles señaló que el número de personas mayores de 50 años crece como una "pandemia" Según el Instituto Nacional de Correccionales, existen 245.000 personas mayores de 55 años en 50 centros penitenciarios. Se prevé que en 2030 haya 400.000 personas. Esta situación tiene un componente económico. Cada preso de más de 50 años origina un gasto al gobierno federal de EEUU que asciende a 68.000 dólares al año; y uno de edad media, 34.000. Según los datos oficiales, las personas de más de 55 años cuestan al año a los contribuyentes norteamericanos 1.600 millones de dólares.

- ¿Puede el legislador someter a los jueces que impongan esta pena en sus sentencias a la responsabilidad ética de saber que –aun aplicando escrupulosamente la ley penal o precisamente por ello- las personas condenadas por ellos posiblemente morirán en la cárcel?

20.- En España existen condenas eternas de prisión. Son aquellas que superan los límites máximos establecidos en el Código penal vigente. Estas condenas deberían ser el objetivo del legislador para dar solución a esta desproporcionada e injusta

situación de decenas de personas presas. En la actualidad existen más de dos centenares de personas en el Estado español condenadas por varios delitos con liquidaciones de condena que exceden en suma aritmética de los límites establecidos en el Código Penal para la pena de prisión. Recordemos que, según el Código, el límite ordinario es de 20 años -art. 36 CP-, al que deben añadirse cuatro límites extraordinarios: triple de la pena más grave, 25, 30 y 40 años -art. 76 CP-.

Las condenas que rebasan la cronología de una vida humana vulneran los principios constitucionales de reeducación y reinserción social –art. 25.2 CE–, la dignidad –art. 10 CE–, la promoción de la igualdad real y efectiva –art. 9.2– y la proscripción de tratos inhumanos y degradantes –art. 15 CE–. Todo ser humano privado de libertad debe albergar la esperanza de que un día pueda salir en libertad. Si este horizonte penal queda cerrado por las condenas debido a que la suma de las mismas las haya convertido, de hecho, en una cadena perpetua, las consecuencias que esta situación genera son graves desde el punto de vista de la prevención de delitos y del mantenimiento del orden dentro del centro penitenciario.

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL*

JAVIER GÓMEZ LANZ
Profesor Propio Agregado de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas – ICADE

I. INTRODUCCION

El rasgo que caracteriza de forma primordial la regulación que en esta materia propone el Proyecto de 4 de octubre de 2013 de Ley Orgánica de modificación del Código Penal (en adelante, PMCP) es la división del actual Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código Penal en dos Capítulos (VII y VII *bis*) dedicados a castigar, respectivamente, las conductas de frustración de la ejecución (arts. 257 a 258 *ter* PMCP) y de insolvencia punible (arts. 259 a 261 *bis* PMCP). De este modo, el Proyecto excluye de la referencia semántica de la expresión "insolvencia punible" las conductas de alzamiento de bienes y restringe su uso a los supuestos de "bancarrota", según expresión empleada por la propia Exposición de Motivos del PMCP.

La escisión que el PMCP plantea entre estos dos grupos de comportamientos aconseja proceder al análisis diferenciado de cada Capítulo.

II. LA "FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN" DEL CAPÍTULO VII DEL PMCP

1. La reformulación del alzamiento de bienes

La comparación con el texto actualmente en vigor es, probablemente, la mejor forma de describir y valorar la reformulación de los delitos de alzamiento de bienes que el PMCP aborda en este Capítulo.

El Capítulo VII del Código Penal vigente (en adelante, CP) comprende tres tipos penales que, en términos generales, pueden caracterizarse como supuestos de alzamiento de bienes. Estos son: (i) la conducta descrita en el art. 257.1.1º CP y que cabe considerar como el tipo "clásico" de alzamiento de bienes[1]; (ii) el comportamiento tipificado en el art. 257.1.2º CP, en el que aparecen ya expresamente subrayados los aspectos de obstaculización y frustración de la

* Este documento comprende la transcripción de la ponencia presentada por el autor en el seno de las XIV Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, celebradas los días 6 y 7 de mayo de 2014 en la Universidad Complutense de Madrid.

[1] El art. 257.1.1º CP castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien "se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores".

ejecución[2]; y (iii) la actuación recogida en el art. 258 CP, que, en rigor, no es sino una modalidad de alzamiento de bienes particularizada por la especificidad del derecho de crédito afectado (la responsabilidad civil dimanante de un hecho con relevancia penal)[3].

El PMCP, por su parte, contempla crear cuatro preceptos en este entorno, conservando para todos ellos la misma pena actualmente prevista en los arts. 257 y 258 CP: (i) el art. 257.1.1 PMCP, que recoge el alzamiento de bienes clásico en términos idénticos a los vigentes; (ii) el art. 257.1.2.a) PMCP, que castiga la ocultación de bienes "con el mismo fin" indicado en el apartado anterior; (iii) el art. 257.1.2.b) PMCP, que reproduce el tenor del vigente art. 257.1.2º CP, aunque añade la "medida cautelar" como posible objeto de la actividad entorpecedora del sujeto activo[4]; y (iv) el art. 257.2 PMCP, que sanciona una conducta análoga a la del actual art. 258 CP, pero con dos alteraciones de desigual repercusión, pues a la vez que explicita que la ocultación de elementos patrimoniales constituye una modalidad de la acción típica, suprime la exigencia típica del art. 258 CP relativa a que el sujeto activo ha de devenir por medio de su conducta "total o parcialmente insolvente".

¿Es necesario este sistema de tipos penales para -como señala la Exposición de Motivos del PMCP- "completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito"? Lo cierto es que, parece, cuando menos, discutible.

En este sentido, es dudosa la necesidad de incriminar expresamente la conducta descrita en el art. 257.2 PMCP cuando se trata de un alzamiento de bienes específico que podría ser sancionado sin dificultades por el tipo genérico del art. 257.1.1 PMCP (afirmación, por cierto, que es predicable asimismo respecto de la relación entre los vigentes arts. 258 y 257.1.1º CP)[5]. Lo mismo cabe decir de la conducta de ocultación que se pretende castigar autónomamente en el art. 257.1.2.a) PMCP y que se

[2] El art. 257.1.2º CP castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien "con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación".

[3] El art. 258 CP castiga también con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al "responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente".

[4] ROCA AGAPITO, L., "Alzamiento de bienes. Rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II", en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012,* Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 738, señala que esta mención no resulta necesaria por cuanto los Tribunales han venido entendiendo usualmente que la referencia del vigente art. 257.1.2º CP al "embargo" comprende no sólo el ejecutivo, sino también el preventivo, que es "lo que parece querer incluirse con dicha referencia expresa a «una medida cautelar»". No obstante, tal vez el empleo de una expresión más genérica como "medida cautelar" permite ampliar la cobertura al resto de medidas cautelares -distintas del embargo- del art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en particular, a la caución sustitutoria del art. 746.

[5] Así, la reciente Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 [RJ 2014/2626] señala expresamente que "en principio todas las conductas encajables en el art. 258 son susceptibles de acoplarse también en el art. 257; y la pena es exactamente la misma".

incorpora a la descripción típica del art. 257.2 PMCP: es una acción típica de alzamiento que la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nunca ha tenido dificultad en integrar en el art. 257.1.1º CP[6]. Podría, pues, procederse a la supresión de los arts. 257.1.2.a) y 257.2 PMCP sin reducir con ello ni la amplitud ni la eficacia de la intervención penal en este ámbito, pues no determinan ni la extensión de la incriminación a conductas no contempladas en el art. 257.1.1 PMCP ni una modificación de la sanción penal prevista en este último artículo.

Cuestión distinta es que la imprecisa y arcaizante descripción de la conducta típica en el art. 257.1.1 PMCP (y en el vigente art. 257.1.1º CP) propicie una indeterminación semántica singularmente acusada merecedora de una severa crítica político-criminal por la inobservancia que entraña del mandato de precisión en la delimitación del comportamiento sancionado[7]. No en vano, la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha aludido en alguna ocasión al «déficit descriptivo del texto legal, dudosamente compatible con el requisito de descripción exhaustiva de la conducta típica, emanado del art. 25.1 CE»[8]. No obstante, la presencia de los arts. 257.1.2.a) y 257.2 PMCP no resuelve este problema, pues, como es evidente, el Proyecto no los presenta como enunciados legales sustitutivos del art. 257.1.1 CP, sino como cumulativos a este último.

Por último, cabría incluso discutir la posibilidad de reducir también el tipo recogido en el art. 257.1.2.b.) PMCP al art. 257.1.1. PMCP. A este respecto, la relación entre estos preceptos es trasunto de la existente entre los vigentes arts. 257.1.2º y 257.1.1º CP y, aun cuando existen resoluciones divergentes, la línea dominante en la Sala 2ª del Tribunal Supremo considera que el art. 257.1.2º CP tiene una naturaleza meramente especificativa del art. 257.1.1º CP[9]. De hecho, el principal argumento aducido hasta ahora para afirmar la autonomía del art. 257.1.2º CP estaba vinculado con la hipótesis de que la tipicidad en este último no se supeditaba a la existencia de una situación de insolvencia que, como resultado intermedio, sí era requerida por los arts. 257.1.1º CP y 258 CP. Como a continuación se indicará, el cambio de rúbrica

[6] De hecho, son numerosas las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que, al enumerar los elementos del delito de alzamiento de bienes del art. 257.1.1º CP, describen la acción típica precisamente como la "ocultación de sus activos por el deudor" (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2008 [RJ 2008/5487] y las resoluciones anteriores en ella citadas). De hecho, si se defiende la autonomía de los arts. 257.1.2.a) y 257.1.2.b) PMCP frente al 257.1.1 PMCP el problema sería determinar cuál puede ser el contenido típico (distinto tanto de la ocultación como de la obstaculización de embargos y procedimiento) de la conducta consistente en "alzarse".

[7] *Vid.*, por ejemplo, JAÉN VALLEJO, M., "Las insolvencias punibles", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 58, 1996, págs. 32 y sig., y MUÑOZ CONDE, F., "La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia", en *Poder Judicial*, núm. especial IX, 1989, pág. 210. En todo caso, conviene subrayar que, tal vez por la raigambre de esta descripción tradicional del alzamiento, no hubo prácticamente discusiones sobre el tipo básico de alzamiento durante la tramitación legislativa del Código Penal de 1995: la redacción vigente procede íntegramente del art. 255 del Proyecto de Código Penal de 1994 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, 26 de septiembre de 1994, núm. 77-1, pág. 38), cuyo apartado 1.1º no fue objeto de enmienda alguna ni en el Congreso ni en el Senado.

[8] *Vid.* Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000 [RJ 2000/9529].

[9] *Cfr.* la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 [RJ 2009/5591] y las citadas en la misma.

de este Capítulo VII en el Proyecto y la alteración del art. 257.2 PMCP respecto del vigente art. 258 CP debilita el fundamento de esta tesis, que es, a mi juicio, la más solvente para esquivar la redundancia tanto del actual art. 257.1.2º CP como del art. 257.1.2.b) PMCP[10].

2. Tipos agravados.

El párrafo segundo del art. 257.3 PMCP conserva la agravación para los alzamientos de bienes que persiguen la elusión de deudas de Derecho público o con acreedor jurídico-público (vigente art. 257.3 CP). La incorporación en el art. 257.3 PMCP de la referencia adicional expresa a las "obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social" parece innecesaria porque tales obligaciones se han de hacer frente ante personas jurídicas de carácter público[11].

En mi opinión, es discutible la justificación político-criminal de esta agravación, ya que, si bien se puede invocar que en estos casos el perjuicio que se produce es más extenso (en atención a la repercusión que el impago puede tener en los intereses generales), también es cierto que se trata de un perjuicio, en principio, menos intenso que el que puede ocasionarse a acreedores privados. A ello se añade que, al menos en el supuesto de impago de obligaciones tributarias, la sanción penal derivada del alzamiento de bienes puede ser cumulativa a la impuesta con ocasión de la elusión del pago de la obligación (a diferencia de lo que ocurre con las deudas privadas, en las que la mera elusión del pago es un ilícito civil penalmente atípico)[12]. Así las cosas, y como señala ROCA AGAPITO, seguramente es difícil disociar este incremento de la punición de una de sus consecuencias inmediatas: la ampliación a diez años (en lugar de cinco) del plazo de prescripción de la infracción penal[13].

Por otro lado, el Proyecto mantiene en el art. 257.4 PMCP dos de las tres agravaciones conectadas con los delitos de estafa que actualmente contempla el mismo precepto del CP: en concreto, se conservan las relativas a la "especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que

[10] Prescindiendo del argumento vinculado con la exigencia de insolvencia, una hipótesis alternativa para defender la autonomía del art. 257.1.2.b) PMCP pasaría por reservar los arts. 257.1.1. y 257.1.2.a) PMCP para los casos en los que no existe procedimiento de ejecución, ni siquiera de previsible iniciación. Esta formulación, sin embargo, haría inexplicable tanto el cambio de rúbrica del Capítulo VII como la integración de estos dos últimos preceptos en el mismo.

[11] *Cfr.*, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2011 [RJ 2011/5998] que condena la elusión del pago de obligaciones fiscales por alzamiento de bienes en aplicación no ya del art. 257 del CP de 1995, sino del art. 519 del texto penal precedente. En todo caso, es preciso subrayar que la agravación está conectada con la elusión del pago de deudas públicas, no de sanciones (penales o administrativas) de carácter pecuniario; estas últimas no son obligaciones civiles, sino sanciones que se ejecutan con fines punitivos y para las que está legalmente previsto -en el caso de las multas penales- un sistema de responsabilidad personal subsidiaria.

[12] La posibilidad de una aplicación cumulativa sin vulneración del principio *non bis in idem* deriva de la falta de identidad fáctica entre ambas infracciones penales, ya que el momento de comisión de ambas puede -y suele- estar temporalmente alejado.

[13] ROCA AGAPITO, L., *Alzamiento de bienes..., op. cit.,* p. 739.

deje a la víctima o a su familia" (art. 250.1.5° PMCP y art. 250.1.4° CP) y a los casos en los que "el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas (art. 250.1.6° PMCP y, parcialmente, art. 250.1.5° CP)[14]. Se suprime, a mi juicio con acierto, la remisión a la agravante del art. 250.1.1° CP (art. 250.1.1° PMCP) porque se trata de una circunstancia cuya funcionalidad agravatoria sólo tiene sentido en conductas que operan sobre bienes ajenos. En todo caso, es preciso tener en consideración que, en el caso de los alzamientos conectados con la elusión de deudas de naturaleza pública, estas agravaciones del art. 257.4 PMCP son cumulativas a la del art. 257.3 PMCP.

3. Nuevas figuras típicas

El Capítulo VII del PMCP comprende dos figuras delictivas que no tienen correspondencia en el CP en vigor.

La primera de ellas (art. 258 PMCP) es el delito de presentación en un proceso ejecutivo de una relación de bienes o de patrimonio incompleta o mendaz que dilata, dificulta o impide la satisfacción del acreedor. Tanto esta conducta como la falta de presentación de tal relación cuando se es requerido para ello están castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses.

Llama la atención la inclusión de una interpretación auténtica del término 'incompleta' en el párrafo segundo del art. 258.1 PMCP: se entiende que la relación lo es "cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto". La doctrina ha recriminado la inversión de la carga de la prueba que subyace a esta previsión[15], pero, con todo, lo más censurable es que el art. 589.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil limita la obligación legal a la inclusión de bienes propios en la relación, sin exigir la publicación de los bienes ajenos a que se refiere el art. 258.1 PMCP.

Como curiosidad, cabe reseñar que el citado art. 589.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene que el obligado a presentar la relación de bienes debe ser apercibido al recibir el requerimiento "de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave" en caso de incumplimiento. Esta previsión -que evidencia que en este artículo se tutela algo más que (y distinto de) el patrimonio- parece remitir al art. 556 CP, que prevé una pena ligeramente superior a la del art. 258.1 PMCP, pero sólo para los supuestos de desobediencia "grave", mientras que la integración de este último tipo no exige acreditar tal gravedad. La pena del art. 258.1 PMCP es, no obstante, superior a la prevista en el

[14] El empleo del término "defraudación" en relación con el alzamiento de bienes es ciertamente discutible, lo que puede generar problemas a la hora de identificar exactamente si el "valor" de tal defraudación equivale al perjuicio ocasionado, al valor de la deuda eludida o al valor de los bienes alzados, entre otras posibilidades.

[15] ROCA AGAPITO, L., *Alzamiento de bienes..., op. cit.,* p. 741.

art. 396 CP (que recoge el delito de presentación en juicio de un documento falso para perjudicar a otro), conducta que en varios aspectos es equivalente a la nuevamente tipificada en el Proyecto.

Asimismo, como manifestación de una línea de política criminal cada vez más habitual, el art. 258.3 PMCP establece una causa de extinción de la responsabilidad penal conectada con el comportamiento postdelictivo positivo del reo que mitiga o aplaca las consecuencias negativas de la infracción precedente[16].

El PMCP castiga también en el Capítulo VII (art. 258 *bis* PMCP) con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses la modalidad de malversación impropia usualmente conocida como "quebrantamiento de depósito" -uso no autorizado de "bienes embargados por autoridad pública que hubieran constituidos en depósito" (*sic*)- y que actualmente se regula en el art. 435.3 CP. Aun cuando se defienda que ésta es la ubicación adecuada para esta infracción penal[17], es preciso en todo caso que el art. 435.3 CP desaparezca, circunstancia que el Proyecto no contempla y que, dada la muy superior pena prevista en este último (prisión de dos a seis años, por referencia al art. 432 PMCP), determinaría la práctica inaplicabilidad del art. 258 *bis* PMCP por prevalecer el art. 435.3 CP en el concurso de normas en atención a la regla de alternatividad del art. 8.4ª CP. Sólo serían efectivamente castigados por el art. 258 *bis* PMCP los supuestos en los que el sujeto activo no reuniera la cualidad exigida por el art. 435.3 CP (ser administrador o depositario de los bienes), lo que podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de un deudor que no fuera administrador ni depositario[18].

4. El fundamento punitivo del alzamiento de bienes en el PMCP.

A mi juicio, los cambios que pretende introducir el PMCP en la regulación del alzamiento de bienes (comenzando por la propia rúbrica del Capítulo y siguiendo por las modificaciones puntuales en varios tipos y por la incorporación de las nuevas figuras descritas) determinan una alteración de los presupuestos punitivos que tradicionalmente se han considerado subyacentes al alzamiento de bienes.

Es mayoritaria la identificación en los delitos de alzamiento de bienes de una función tutelar de un bien esencialmente patrimonial: el derecho de crédito del acreedor en cuanto derecho a la satisfacción sobre el patrimonio del deudor en virtud de la garantía derivada del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código Civil. Siendo esto, probablemente, incuestionable, surge la duda acerca de la razón que pudiera existir para castigar el alzamiento de bienes con una pena superior a la de otros delitos patrimoniales como el hurto, la estafa o

[16] Sobre esta cuestión, *cfr.* OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., "La reparación del bien jurídico como medio de resolución del conflicto penal", en AA. VV., *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables,* Bosch, Barcelona, 2014, pp. 123 y ss.

[17] ROCA AGAPITO, L., *Alzamiento de bienes..., op. cit.,* p. 742.

[18] ROCA AGAPITO, L., *Alzamiento de bienes..., op. cit.,* pp. 742 y ss., si bien es preciso tener en cuenta que en la Exposición de Motivos del PMCP se alude expresamente al "depositario" como sujeto activo del delito recogido en el art. 258 *bis* CP.

la apropiación indebida. Una de las explicaciones, en mi opinión, más fundadas reconoce en el crédito no sólo un derecho subjetivo patrimonial, sino el elemento nuclear de una institución (el sistema crediticio) que constituye parte esencial del orden socioeconómico. Toda situación concursal, según esta tesis, no sólo perjudicaría el patrimonio del acreedor sino que menoscabaría la confianza social en el sistema crediticio[19].

Creo que es razonable aventurar que el elemento puramente patrimonial del crédito pierde importancia en el Proyecto como fundamento de las infracciones tipificadas en el Capítulo VII: la desaparición de la mención a la insolvencia en la rúbrica (con la correlativa incidencia en el ataque al aspecto procesal del crédito que se deriva de la referencia a la frustración de la ejecución), así como la supresión en el art. 257.2 PMCP de la exigencia típica (que actualmente recoge el art. 258 CP) de que, con su conducta, el autor ha de hacerse "total o parcialmente insolvente" justifican, a mi juicio, esta afirmación. Si a ello se suma la incorporación de la nueva figura delictiva descrita en el art. 258 PMCP, creo que es sensato sugerir que el Proyecto enfatiza el elemento institucional del crédito, dotando de especial relevancia a la garantía de la eficacia de los procedimientos de ejecución judicial del crédito[20]. De cualquier modo, incluso bajo esta consideración, la pena prevista en el art. 257 PMCP sigue siendo, a mi juicio, excesivamente elevada en términos relativos: por poner sólo un ejemplo, es una pena ligeramente superior a la del delito de insolvencia punible no causal que el propio Proyecto castiga en el art. 259 PMCP, cuando lo cierto es que en estos últimos casos la tipicidad está condicionada a la existencia de una insolvencia actual o inminente[21].

III. LAS "INSOLVENCIAS PUNIBLES" DEL NUEVO CAPÍTULO VII *BIS* DEL PMCP

1. Consideraciones generales.

Quizá no está de más advertir desde un primer momento de la sensibilidad a la oscilación político-criminal que presenta este sector: por mencionar sólo un ejemplo

[19] OBREGÓN GARCÍA, A., "La reforma concursal y las insolvencias punibles: la comisión por omisión de un error", en AA. VV., *La reforma de la legislación concursal,* Dykinson, Madrid, 2004, pp. 443 y ss.

[20] Es interesante subrayar que esta hipótesis ya ha sido manejada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en el esfuerzo por deslindar los actuales arts. 257.1.1º y 257.1.2º CP. En esta línea, la Sentencia de 8 octubre de 2009 (RJ 2009\5591) señalaba que una aplicación del art. 257.1.2º CP que prescindiera de la exigencia de insolvencia "sólo cabría justificarla mediante el encumbramiento de otro bien jurídico complementario que legitimara la aplicación del precepto nutriéndolo de una nueva antijuridicidad. Podría hablarse entonces de una posible protección de la administración de justicia, al promoverse la eficacia de los juicios de ejecución y de apremio". La Sentencia descartaba esta posibilidad por considerar que implicaba volatizar "de modo sustancial la tutela del bien jurídico protegido en el capítulo de las insolvencias punibles para extender la aplicación del precepto a supuestos que deberían incardinarse en otros títulos del texto penal". Como se ha indicado en el texto, no se trataría tanto de la identificación de un bien jurídico distinto, cuanto de una mayor incidencia en el aspecto judicial del crédito como institución socioeconómica.

[21] Los arts. 257 y 259 PMCP establecen la misma pena de prisión, pero el primero de ellos señala un límite inferior más elevado para la pena de multa cumulativa.

-aunque creo que es suficientemente ilustrativo-, en un plazo de sólo diez años hemos pasado de una propuesta de supresión completa del delito concursal (la contenida en el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 2003) a una notable ampliación de la incriminación en el PMCP de 2013, que extiende el ámbito de lo punible a comportamientos imprudentes y a conductas meramente peligrosas que no han ocasionado efectivamente una situación de insolvencia[22].

En este escenario, probablemente lo primero deba ser señalar que no tiene sentido la falta de diferenciación entre los supuestos de bancarrota empresarial y los de quiebra del particular, sobre todo en los casos (abundantes en el Proyecto) en los que se sanciona penalmente la gestión negligente del patrimonio. En este sentido, la capacidad notablemente inferior que el deudor particular tiene para incidir en el bien supraindividual que se supone tutelado en las insolvencias punibles permite sostener que no es preciso recurrir a una modalidad propia de insolvencia punible para sancionar las descapitalizaciones del patrimonio propio, bastando en tales casos con el delito de alzamiento de bienes (naturalmente, si es que concurren los elementos típicos del mismo)[23]. La restricción de la sanción penal por insolvencia punible a los casos de bancarrota empresarial permitiría, adicionalmente, incorporar a la pena principal una pena cumulativa de inhabilitación especial del art. 45 CP, que, si bien parece conveniente para tales supuestos, no tiene sentido en un marco que contempla también (y de forma unificada) los casos de concursos de particulares.

El nuevo Capítulo VII *bis* se estructura a partir de la distinción entre las conductas de insolvencia punible no causal (reguladas en el art. 259.1 PMCP) y las de insolvencia punible causal (art. 259.2 PMCP). Este será el orden de exposición que se seguirá a continuación, incorporando un comentario breve sobre los tipos cualificados del art. 259 *bis* PMCP y la ampliación de la sanción penal del favorecimiento de acreedores del art. 260.1 PMCP[24].

2. La sanción penal de conductas de insolvencia punible no causal (art. 259.1 PMCP).

El art. 259.1 PMCP describe nueve comportamientos que, de ser realizados por el deudor en una "situación de insolvencia actual o inminente" (presupuesto de la conducta típica), determinan la imposición de una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses. Este elenco puede ser objeto de una sistematización en cuatro grupos de conductas:

[22] *Cfr.* OBREGÓN GARCÍA, A., *La reforma concursal..., op. cit.,* pp. 418 y ss., para una explicación detallada de la historia ("fatal", en términos del autor) del Derecho penal de la insolvencia en España.

[23] *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., "Insolvencias punibles", en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto..., op. cit.,* p. 750, y SÁNCHEZ DAFAUCE, M., "Insolvencias punibles", en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto..., op. cit.,* p. 757.

[24] El Proyecto no altera el vigente art. 261 CP, que castiga la presentación de datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr indebidamente la declaración del concurso.

a) Las descritas en los apartados 1) a 4) y que se caracterizan por ocasionar una disminución material del patrimonio, constituyendo en un sentido propio supuestos de alzamiento de bienes (es decir, de enriquecimiento ilícito del deudor con sus propios bienes)[25];

b) Las recogidas en los apartados 6) a 8), que constituyen infracciones de carácter documental o contable que dificultan los fines del concurso futuro[26]; y

c) Las tipificadas en los apartados 5) y 9), que pueden calificarse como supuestos de descapitalización por gestión irregular, aunque resultan en ambos casos bastante discutibles y merecen por ello un comentario más detenido.

c.i) El apartado 5 comprende los casos de "participación en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos". Se trata de una descripción fundada en expresiones de significado controvertido y en las que los aspectos connotativos se imponen en general a la denotación. Es el caso, por ejemplo, de la referencia a los "negocios especulativos", locución que, en principio, comprende aquellas operaciones comerciales o financieras que se realizan con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios (primero de los sentidos "económicos" del término 'especular' que recoge el Diccionario de la R.A.E.). No obstante, la sanción asociada a la participación en estos negocios (que, dada la conexión con la contradicción que se exige con el deber de diligencia, parece vinculada a los altos riesgos de producción de pérdidas económicas) sólo tiene lugar cuando aquellos carecen de "justificación económica". Recurre el Proyecto de nuevo a una expresión indeterminada que complica todavía más la intelección del precepto. A este respecto, si se acepta la definición de negocio "especulativo" que provee el Diccionario, cabría

[25] SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Insolvencias punibles*, *op. cit.*, p. 757. Estas conductas son las siguientes: 1) Ocultar, destruir, causar daños o realizar cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura; 2) Realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial; 3) Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica, y 4) Simular créditos de terceros o reconocer créditos ficticios.

[26] Se trata de las siguientes conductas: 6) Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También, destruir o alterar los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera; 7) Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, y 8) Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumplir el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

perfectamente aducir que todos los negocios especulativos tienen una (y la misma) justificación económica: la obtención de un beneficio. Sin embargo, si abundando en el sentido peyorativo asociado al término 'especulativo', se asocia la exigencia de "justificación económica" al desarrollo de una actividad económica "productiva", la conclusión sería justo la contraria; por ser especulativo, el negocio nunca puede tener una justificación económica[27]. A mi juicio, el recurso a este tipo de términos equívocos justifica presentar una tacha a este apartado 5 por carecer de un mínimo nivel de taxatividad.

c.ii) El mismo reproche puede formularse respecto del apartado 9 del precepto, que acoge una cláusula general (realizar "cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una diminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial") que no sólo parece difícilmente admisible si se pretende un cumplimiento efectivo de la exigencia de *lex certa* integrada en el principio de legalidad, sino que -sobre todo en los casos en los que la conducta se realiza imprudentemente- se aproxima a la incriminación sin más del fracaso derivado de la asunción de riesgos empresariales.

Además de las ya reseñadas al hilo de los apartados 5) y 9), en el art. 259.1 PMCP se pueden identificar, a mi juicio, otras dificultades generales conectadas con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

Los problemas se manifiestan, en primer lugar, en el solapamiento que puede apreciarse entre la ilicitud penal derivada del art. 259.1 PMCP y la ilicitud mercantil: las conductas típicas descritas en este precepto son análogas a las previstas en el art. 164.2 de la Ley Concursal sin que la tipicidad penal se supedite a la satisfacción de ningún elemento adicional de gravedad. De hecho, la declaración mercantil de responsabilidad concursal del art. 172 *bis* de la Ley Concursal -que, si bien entraña una ilicitud más grave que la del concurso culpable, se mantiene extramuros del Derecho penal- exige una causalidad (generación o agravación de la insolvencia) que no demanda el art. 259.1 PMCP para la responsabilidad penal.

Por otro lado, es ciertamente discutible la justificación de ampliar la intervención penal a conductas que no se encuentran conectadas causalmente con la situación de insolvencia y de las que, en términos generales, sólo es predicable un ataque a nivel de peligro abstracto (y no sólo para un bien colectivo, sino para el propio patrimonio de los acreedores). Si a ello se añade que la sanción penal se extiende tanto a las conductas que se realizan con dolo como a las que se ejecutan imprudentemente (art 259.3 PMCP), la conclusión sólo puede ser que, en una esfera tan delicada como es la del fracaso en la iniciativa empresarial, se está produciendo una intervención penal en supuestos de creación imprudente de un peligro que, en ocasiones, es además abstracto. Son pocos los casos de Derecho comparado que castigan la imprudencia en este ámbito; en mi opinión, más aún a la vista de la

[27] Ésta es la opinión, por ejemplo, de QUINTERO OLIVARES, G., *Insolvencias punibles...*, *op. cit.*, p. 750.

imparable expansión de las fronteras del dolo eventual en nuestra jurisprudencia, bastaría la respuesta del Derecho mercantil para las conductas imprudentes conectadas con la gestión de asuntos económicos[28]. En todo caso, ello debiera ser así en el caso de las conductas ejecutadas con imprudencia leve, que, en los términos estrictos del art. 259.3 PMCP, también serían punibles.

3. La sanción penal de conductas de insolvencia punible causal (art. 259.2 PMCP)

En el caso de que alguna de las conductas descritas en el art. 259.1 PMCP cause o agrave la situación de insolvencia, la pena que se ha de imponer es la de dos a seis años de prisión (el Proyecto no aclara que la pena ha de ser de "prisión", pero se trata de una errata evidente) y multa de ocho a veinticuatro meses. La imposición de esta pena (idéntica a la que prevé el actual art. 260 CP) exigiría, dado que se trata de un tipo de resultado, la imputación objetiva a la conducta del sujeto de la insolvencia o de la agravación de ésta.

Por otro lado, en tanto que la sanción penal para los comportamientos imprudentes está regulada en el apartado posterior del artículo (art. 259.3 PMCP), también es de aplicación a los supuestos de insolvencia punible causal, si bien en este caso el exceso punitivo es de menor intensidad, toda vez que se trata de un tipo de resultado lesivo[29].

4. Tipos agravados (art. 259 *bis* PMCP)

El art. 259 *bis* PMCP contempla tres circunstancias que determinan la imposición de una pena superior (prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, en el caso del artículo 259.1, y prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a treinta y seis meses, en el caso del artículo 259.2). Estas circunstancias son: (i) peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas, o de ponerlas en una grave situación económica; (ii) causar a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 €, y (iii) correspondencia de más de la mitad del importe de los créditos concursales a créditos frente a la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral y frente a la Seguridad Social. Son extensibles a este precepto las prevenciones que ya se han puesto de manifiesto con anterioridad respecto de la justificación de la agravación vinculada con el carácter público de los acreedores[30].

5. Las condiciones de procedibilidad alternativas (art. 259.4 PMCP)

El art. 259.4 PMCP prescinde como criterio único de una condición formal (la declaración del concurso) para la persecución e identifica alternativamente una condición material económica (cese en el cumplimiento regular de las obligaciones

[28] QUINTERO OLIVARES, G., *Insolvencias punibles…*, *op. cit.,* pp. 750 y ss.

[29] SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Insolvencias punibles*, *op. cit.,* p. 760.

[30] QUINTERO OLIVARES, G., *Insolvencias punibles…*, *op. cit.,* p. 751.

exigibles). Acierta, a mi juicio, este precepto al caracterizar esta exigencia como una condición objetiva de procedibilidad -y no de punibilidad-, si bien no se aclara suficientemente cuál es la relación que media entre la condición económica de procedibilidad y la exigencia de insolvencia actual o inminente que el art. 259.1 PMCP exige como presupuesto de la conducta típica. Si se tiene en cuenta que el art. 2.2 de la Ley Concursal señala que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", no tiene sentido alguno que se exija como condición de procedibilidad una circunstancia que necesariamente ha de estar presente por constituir de forma expresa un presupuesto de la conducta típica.

Adicionalmente, es preciso señalar que el apartado 3 de este mismo precepto define la insolvencia inminente a partir de la previsión por parte del deudor (en particular, indica que "se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones"). Sin valorar la utilidad de esta estipulación en el ámbito mercantil, quizá lo razonable, por razones de taxatividad, sería definir la insolvencia inminente a efectos del art. 259.1 PMCP en términos de previsibilidad objetiva[31].

Junto con estas dudas relativas al exacto alcance de la nueva condición "económica" de procedibilidad, cabría preguntarse hasta qué punto la institución de una condición alternativa de procedibilidad de carácter formal -a la que, por otra parte, es preciso reconocer un grado mayor de seguridad jurídica- produce una fisura en un sistema de responsabilidad (como es el configurado en el art. 259 PMCP) construido a partir de criterios materiales económicos. De hecho, una vez admitida ya una pluralidad de posibles condiciones de procedibilidad, lo que cabría plantear es la incorporación de la intervención pública como posible tercera condición alternativa, toda vez que, en estos casos, de no ser por la aportación de fondos públicos se llegaría a dar el sobreseimiento general de los pagos[32].

En este orden de cosas, es preciso mencionar que el art. 257.5 PMCP conserva la mención (que ya existe en el 257.5 CP) a la posibilidad de persecución del delito de alzamiento de bienes aun cuando tras su comisión se inicie un procedimiento concursal. El incierto sentido de esta previsión en el CP alcanza todavía un mayor grado de indeterminación en el Proyecto cuando, como se ha visto, existe una coincidencia general entre los delitos de frustración de la ejecución del art. 257 PMCP y las cuatro primeras conductas de insolvencia punible no causal del art. 259.1 PMCP. En principio, creo que lo razonable es entender que el art. 257.5 PMCP impide que la mera incoación de un proceso concursal paralice o suspenda el proceso penal por el delito de alzamiento (en el CP) o de frustración de la ejecución (en el PMCP), pero no puede constituir un obstáculo para que, en el caso de que los mismos hechos sean típicos del art. 257 y del art. 259 PMCP, una vez acreditado el cumplimiento de la condición de procedibilidad, pueda ser perseguido este segundo delito. A este respecto, en la medida en que existe una identidad -cuando menos,

[31] SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Insolvencias punibles*, *op. cit.*, p. 758.

[32] SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Insolvencias punibles*, *op. cit.*, p. 760.

parcial- entre los bienes jurídicos protegidos por ambas figuras y, por consiguiente, un concurso de normas, cabría distinguir varias situaciones:

a) No está tramitándose un proceso penal por alzamiento (o frustración de la ejecución) cuando se da la condición de procedibilidad; en este caso, se habrá de incoar el proceso penal por el delito que resulte prevalente en el concurso de normas;

b) Hay un proceso penal por alzamiento (o frustración de la ejecución) en marcha cuando se da la condición de procedibilidad y prevalece este delito en el concurso de normas; en este caso, se deberá seguir el procedimiento penal abierto, sin posibilidad de castigo adicional por el delito de insolvencia punible, a fin de evitar la vulneración del principio *non bis in idem;*

c) Hay un proceso penal por alzamiento (o frustración de la ejecución) en marcha cuando se da la condición de procedibilidad y prevalece en el concurso de normas el delito de insolvencia punible; en este caso, se abren a su vez dos posibilidades:

(i) la situación procesal permite modificar el objeto del proceso (el proceso se halla en fase de instrucción o de juicio, pero antes del trámite de formulación de conclusiones definitivas); en este caso podrá modificarse tal objeto a fin de solicitar la condena por el delito de insolvencia punible, si bien, naturalmente, habrá que adoptar las medidas oportunas para salvaguardar el derecho de defensa del imputado o acusado;

(ii) la situación procesal no permite la modificación de la postura adoptada por la acusación (ya se ha condenado, ya se ha celebrado juicio o ya se han formulado conclusiones definitivas); en este caso habrá que condenar por el delito de alzamiento (o frustración de la ejecución), condena que, en aplicación del principio *non bis in idem*, excluiría un ulterior procedimiento por el delito de insolvencia punible.

1. Alteración de la valoración penal del favorecimiento de acreedores (art. 260 PMCP)

El vigente CP castiga en el art. 259 el favorecimiento de acreedores concursal (esto es, el que tiene lugar una vez admitida a trámite la solicitud de concurso); guarda, en cambio, silencio respecto del favorecimiento de acreedores pre-concursal, cuya atipicidad, sin embargo, ha sido reiteradamente proclamada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. El PMCP conserva este tipo penal en el art. 260.2 PMCP, sin alterar la pena actualmente prevista.

No obstante, de forma adicional, incrimina en el art. 260.1 PMCP el favorecimiento de acreedores previo a la declaración del concurso, siempre que se acredite la existencia de una situación de "insolvencia actual o inminente" y que pueda afirmarse que la operación de favorecimiento (ya se trate de un acto de

disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado al pago del crédito no exigible o al otorgamiento de una garantía a la que no se tiene derecho) "carezca de justificación económica o empresarial". Se pretende incorporar de este modo una figura que, si bien está recogida en textos penales de otros países de nuestro entorno -la referencia principal es el §283.e) del Código Penal alemán- no sólo ha sido desconocida hasta ahora en nuestro ordenamiento, sino que, como se ha indicado, ha sido objeto de rechazo sistemático por parte de la jurisprudencia como supuesto de alzamiento de bienes.

Es esta una decisión que genera complicaciones, como, por poner sólo algunos ejemplos, (i) la necesidad de considerar cooperador necesario al acreedor que cobra lo que le es debido (aunque no sea de modo preferente) en un momento en el que, propiamente, no rige la *par conditio creditorum*, o (ii) la diferencia manifiesta de trato con los responsables de las infracciones tipificadas en el art. 259.1 PMCP, cuya responsabilidad está sujeta al cumplimiento de una condición objetiva de procedibilidad (la del art. 259.4 PMCP) que no se reclama en cambio para la exigencia de responsabilidad penal en los supuestos del art. 260.1 PMCP[33].

2. Responsabilidad de las personas jurídicas

El Proyecto deja inalterados el art. 261 *bis* CP (que establece la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de insolvencia punible) e incorpora un art. 258 *ter* PMCP que extiende esta posibilidad a los nuevos delitos de frustración de la ejecución, conservando las penas que el art. 261 *bis* CP establece en la actualidad para los delitos de alzamiento de bienes.

[33] QUINTERO OLIVARES, G., *Insolvencias punibles...*, *op. cit.*, p. 753, y SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Insolvencias punibles*, *op. cit.*, p. 762.

EL DEBIDO CONTROL COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA PUNIBILIDAD A LOS ADMINISTRADORES POR SU FALTA DE ADOPCIÓN

ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. ¿POR QUÉ RESPONDE PENALMENTE LA PERSONA JURÍDICA?

El artículo 31.1.bis del C.P. configura la responsabilidad de la persona jurídica desde una doble vertiente en función del cargo ocupado por el autor del delito que origina la responsabilidad penal. Éste podrá ser el de administrador de hecho o derecho o representante legal de la sociedad, o alguna persona que actúe bajo la autoridad de aquéllos. Así, se establece que en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

1º De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

2º En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior [representantes legales o administradores de hecho o derecho] han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Por lo tanto, nos encontramos con que la persona jurídica sólo responderá penalmente ante determinados delitos y cuando concurran concretas circunstancias. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se excluye por la de la persono física – administrador, representante o empleado -, ya que ambas son acumulativas.

II. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

El proyecto de reforma del Código Penal aprobado el pasado día 20 de septiembre por el Consejo de Ministros incluye modificaciones que afectan de manera esencial a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como a los administradores y representantes legales de estas.

Por un lado, se premia a las empresas que adopten un sistema de prevención de riesgos penales – *Compliance* – y por otro se incluye un nuevo delito que impone responsabilidad penal personal al administrador o representante legal que no

implante este tipo de medidas de supervisión y control, y en el ámbito del ejercicio de la sociedad se dé inicio a la comisión de un delito.

Como acertadamente advierte ALONSO GALLO, en el anteproyecto de reforma del Código Penal de octubre de 2012 que fue remitido para informe al CGPJ y al Consejo Fiscal no incluía ni la modificación del artículo 31. Bis que hemos comentado, ni la inclusión de este artículo. Sólo tras la publicación a finales de 2012 del informe de la OCDE sobre la evaluación de España en el marco del convenio de la corrupción de funcionarios extranjeros, donde se criticaba la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por falta de seguridad jurídica, se incluyeron estas reformas.

La técnica a la que se recurrió para dar respuesta a las recomendaciones de la OCDE fue importar el contenido de la legislación italiana – arts. 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 231/2001 respecto al artículo 31 C.P., y trasladar el artículo 130 de la Ley de Contravenciones alemana – OWIG – reguladora de la responsabilidad de las personas jurídicas, para incluir el nuevo artículo 286 seis. El problema que surge es que en ambos casos, se trata de modelos de responsabilidad administrativa, de la persona jurídica, no penal, por hechos cometidos en las empresas.

Respecto a la modificación del artículo 31.bis C.P. esta reforma viene a consolidar la opinión de una gran parte de la doctrina penalista, que defendía que si la persona jurídica conseguía demostrar que había ejercido el debido control que le era exigible, y que a pesar de ello se cometía un delito en el seno de la empresa, ello debería ser considerado como una causa de exención de la responsabilidad de la persona jurídica, pues si su responsabilidad surgía por un defecto de supervisión u organización, la misma se eliminaría si se lograba probar que no existía defecto alguno[1].

Con ello se aprecia un cambio en la política criminal acerca de los programas de cumplimiento y control, que en la Circular de la Fiscalía general del Estado 1/2011 estaban prácticamente denostado, para otorgarles la categoría de eximente de responsabilidad penal.

[1]BACIGALUPO SAGESSE, S. *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 C.P.).* Diario La Ley. Nº.7541. Sección Doctrina. 5 de enero de 2011. P. 5.; JUANES PECES, A/GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, N. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor.* Diario La Ley. Nº.7501. Sección Doctrina, 3 de noviembre de 2010. Año XXXI. Ref. D-335.P.5; ECHARRI CASI, F.J. *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales.* Diario La Ley. Nº.7632. 18 de mayo de 2011. LASCURAÍN, J.A. "Compliance, debido control y unos refrescos" en, ARROYO ZAPATERO, L/NIETO MARTÍN, A. *El Derecho Penal económico en la era Compliance.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. P.121; GÓMEZ JARA, C. "La culpabilidad de la persona jurídica" en BAJO FERNÄNDEZ, M/FEIJOO SÁNCHEZ, B/GÓMEZ JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Thomson Reuters/Civitas.Cizur Menor. 2013. P. 172.; LIÑÁN LAFUENTE, A. "El control preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AGÚNDEZ M.A./MARTÍNEZ SIMANCAS, J. *Cumplimiento normativo. Compliance.* La Ley. Cuadernos de Derecho Para Ingenieros. Nº.14.p.56.

Eso sí, para que esta sea aplicable según el nuevo texto, se deberá haber adoptado y ejecutado con eficacia, con anterioridad a la comisión del delito, *modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control* para prevenir delitos de la misma naturaleza de los que se han cometido. Para ello, el Código Penal determina las características mínimas que deberán tener los Programas de Cumplimiento o *Compliance* para que pueda ser aplicada la exención de responsabilidad.

Por otro lado, el proyecto de reforma incluye un tipo penal de comisión por omisión y de peligro, totalmente novedoso en el ordenamiento jurídico español, y que castiga con hasta un año de prisión al administrador o representante legal que no hubiese adoptado las medidas de vigilancia y control exigibles para evitar la comisión de conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se diera inicio a la ejecución de las conductas ilícitas.

Así, nos encontramos con que si bien el proyecto incorpora la posibilidad de que la persona jurídica quede eximida de responsabilidad si adopta las medidas adecuadas y eficaces de supervisión y control, establece una sanción penal a aquel administrador que no las haya implantado y se dé comienzo a la comisión de un delito en el seno de su empresa.

III. EL DEBIDO CONTROL Y LOS ELEMENTOS QUE HA DE CONTENER UN PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES.

La actual redacción del artículo 31.1 bis del Código Penal exige al administrador de la persona jurídica ejercer el *debido control* sobre las personas que presten servicios para esta, y se encuentren sometidos a la autoridad de los administradores o representantes legales de las personas jurídicas.

Según esto, la responsabilidad de la persona jurídica se podría evitar si se ha logrado ejercer el "debido control" en la empresa, pero en ningún apartado del actual Código Penal se específica en qué consiste ese debido control.

Ello se ha venido traduciendo en la adopción, por parte de las empresas, de sistemas organizados de supervisión y control sobre la legalidad de los actos que, en ejercicio de sus actividades, ejercen tanto sus administradores como sus empleados. Para la implantación de estos programas de *Compliance* se han tomado como referencia los sistemas utilizado en otras jurisdicciones que tradicionalmente tenían establecida la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas.

Así, han servido como modelo *las Federal Sentencing Guilines* estadounidenses, el del Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001[2], de *Disciplina dellareponsabilità administrativa delle persona jurídica, delle società e delle asociazioni*

[2] Sobre ello, Vid. ALONSO GALLO, J " Los Programas de Cumplimiento" en, DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J/RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios sobre la reforma del Código Penal.* Civitas.2011. pp. 143-200.

anche prive di personalità giuridica de Italia, los requisitos establecidos en La Ley Chilena número 23393 de 25 de noviembre de 2009 que *Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho,* o los criterios expuestos por el *Institut der Wirtchaftsprüfer in Deutschland e.V* en su proyecto Compliance-Prüfungsstandar (EPS 980)[3].

No obstante, la labor que los juristas han realizado al aplicar estos criterios a la idiosincrasia del modelo jurídico español estaba aún huérfana de una referencia – ya reglamentaria, ya jurisprudencial – que avalase los sistemas de prevención de riesgos que se estaban implantando en España.

En el proyecto de reforma del código penal se incorporan los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión de prevención de riesgos penales para que su implantación pueda servir como eximente de responsabilidad de la persona jurídica. Así, el artículo 31.5 bis del proyecto de reforma del código penal establece los siguientes requisitos que ha de contemplar el modelo:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que debe ser prevenidos.

4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Este sistema de prevención se deberá adecuar a la naturaleza y tamaño de la propia organización, pues en función de la actividad que desarrolle le afectarán distintos riesgos penales. El sistema de prevención requerirá en todo caso:

a) Una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación, cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y

[3] Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Compliance y Derecho Penal.*Aranzadi. 2011. P. 113.

b) De un sistema disciplinario que sanciones adecuadamente las infracciones o medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.

Con ello, lo que se persigue es que los programas de *Compliance* no se conviertan en meros manuales "de paja" que no lleven aparejada una exigencia por parte del empresario de su cumplimiento, llevando a cabo una verificación periódica de su control, y un sistema disciplinario – que deberá ser de corte laboral – que imponga sanciones al empleado que no cumpla con las obligaciones contempladas en el programa de prevención de delitos.

IV. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR LA ADOPCIÓN DE UN PLAN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES.

La redacción del artículo 31 bis del Código Penal planteó una cuestión fundamental sobre la que, si bien aún no ha sido resuelta por la jurisprudencia, la doctrina se ha pronunciado de un modo bastante homogéneo. La cuestión planteada era la consecuencia jurídica que tendría el hecho de que una persona jurídica hubiese adoptado un programa de prevención de delitos con antelación a la comisión del mismo, y si ello podría ser interpretado como una causa de exención de la responsabilidad del hecho de la persona jurídica al haber ejercido ésta el debido control.

Ello surge porque el artículo 31.4.bis.c) considera como circunstancia atenuante *haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.* Pero esta atenuante se contempla para la implantación de medidas para prevenir delitos, incluso si no estaban adoptadas y se aprueban con posterioridad a la comisión del delito. Por lo tanto, la atenuación reside en la actuación futura de la persona jurídica, y no en la previsión que tuvo antes de la comisión del hecho delictivo.

La exención de responsabilidad por haber adoptado un programa de prevención de riesgos penales es un asunto tratado en la Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2011, la cual, tras advertía lo siguiente:

Existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, compliance guide, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados.

Se puede apreciar un giro radical en la política criminal, al comprobar que el proyecto de reforma del código penal da carta de naturaleza jurídica a estos

programas de *Compliance,* al afirmar el sus artículos 31.2 bis y 31.4 bis que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si ha cumplido una serie de condiciones en la adopción de los sistemas de prevención y control.

En los casos de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o las o personas con facultades de organización y control de las personas jurídicas (es decir, por lo empleados o por agentes vinculados sometidos a la autoridad de una empresa), hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Así[4], la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza.

2ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiando a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control.

3ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

4ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones, de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

Si se cumpliesen estas condiciones, a pesar de que se hubiese cometido un delito en el seno de la persona jurídica, y en su beneficio, está no tendría responsabilidad penal.

No obstante, y a pesar de celebrar este aspecto de la reforma, procede advertir que en función de cómo se interprete por el juez o tribunal qué puede ser un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, se podrá aplicar la exención de responsabilidad de manera efectiva, o quedará como un requisito insalvable.

Ello podría suceder si se cayera en el maniqueísmo – y existe ese riesgo actualmente – de considerar que como se ha cometido un delito en el ámbito empresarial ha sido insuficiente la labor de supervisión y control, sin examinar la

[4] El proyecto de reforma del Código Penal parece incluir una diferencia en función de las personas que cometan el delito, al exigir en el art. 31.bis.4. la exigencia añadida a las cuatro condiciones expuestas, *que la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente u modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que fue cometido.* Esta condición es similar a la exigida en la primera condición del artículo 31.2.1ª, por lo que sería conveniente que en el proceso de enmienda se mejorase y simplificase la redacción.

situación concreta de cada caso e investigar si han fallado los procedimientos de control implantado, o si el delincuente los ha sorteado al descubrir sus debilidades.

V. EL DELITO DE OMISIÓN DE VIGILANCIA Y CONTROL DE INFRACCIÓN DE DEBERES.

Como ya he anunciado, considero que la inclusión del artículo 286 seis en el proyecto del Código Penal resulta precipitado y que adolece de graves defectos en la técnica de redacción legislativa.

Si bien es cierto que el proyecto de reforma del código penal premia al empresario diligente que haya adoptado las medidas de prevención de riesgos penales con una eximente de responsabilidad, en caso de que demuestre haber cumplido los requisitos contemplados en el artículo 31 bis C.P., no lo es menos que para el empresario que no lo haga, reserva un castigo penal en forma de un nuevo delito de omisión.

El artículo 286 seis del proyecto del código penal establece que,

1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar infracciones de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los artículos 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la multa de tres a seis meses.

De este modo, se incorpora un nuevo delito de omisión que sólo podría ser cometido por los representantes legales o administradores de hecho o derecho de cualquier tipo de persona jurídica, e incluso de aquellos que representen o dirijan las entidades sin personalidad jurídica.

Esto ya de por sí resulta contradictorio con el artículo 31. bis del Código Penal, que establece únicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con independencia de que el artículo 129 del Código Penal establezca como como consecuencias accesorias de la pena alguna de las penas contempladas para las personas jurídicas, que podrá imponer motivadamente el juez o tribunal.

Es decir, si a una entidad que carezca de personalidad jurídica no le es aplicable el artículo 31.bis del Código Penal, ni las obligaciones de implantar medidas de control y supervisión para prevenir delitos al carecer de responsabilidad penal, ¿Cómo puede defenderse la imposición de una pena a su representante legal por no haber implantado un sistema de *Compliance* para para evitar que la entidad no cometa delito cuando, de manera ontológica, es imposible que los cometa por carecer de la capacidad para ello? Este es el primer aspecto que debería tener en cuenta el legislador antes de aprobar el actual texto del artículo 286 seis del proyecto de Código Penal.

Por ejemplo, en el ámbito de una comunidad de bienes, o en un pequeño comercio donde un autónomo contrata a un par de empleados ¿sería necesario contar con un plan de prevención de riesgos penales? Y más importante ¿el hecho de no tenerlo podría provocar responsabilidad penal de la persona responsable de la organización?

Como recuerda MARCHENA GÓMEZ, con mayor claridad: *No se puede prevenir un delito que no se puede cometer, y de acuerdo con nuestro sistema, los entes sin personalidad jurídica no pueden ser sujetos de ningún delito.*

La conducta que castigará este delito se fundamenta en la omisión de los administradores o representantes legales de haber adoptado las *medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito.*

Ante ello, la primera pregunta que surge es ¿cuáles son las medidas exigibles de vigilancia y control a adoptar? El segundo párrafo de dicho artículo se remite en general a las medidas que deberá contener un programa de *Compliance* (reguladas en artículo 31 bis. 2 y 3), de lo que puede inferirse que las medidas de vigilancia y control se habrán de traducir en un sistema estructurado de *Compliance* cuya finalidad sea la prevención de riesgos penales que pudieran afectar a la empresa. Por lo tanto, lo que de facto se introduce es la obligación de adoptar programas "efectivos" de *Compliance* los empresarios.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la mera omisión no provocaría la responsabilidad penal del empresario que careciese de dichos mecanismos de prevención y control por sí mismo. El tipo penal exige un elemento más, y es que *se dé inicio* (en el ámbito del ejercicio de las actividades sociales, se debería entender) *de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada si se hubiera empleado la diligencia debida.*

Se ha de llamar la atención que el tipo penal no exige, para la consumación del delito de omisión, que se cometa un ilícito penal, sino *que se dé inicio*, aunque no se llegue a consumar el mismo, por lo que con la mera tentativa de un delito[5], por

[5] Según el artículo 16 C.P. hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.

algún empleado o administrador de la empresa (se entiende, aunque no estaría de más que se concretase en la descripción del tipo penal) sería suficiente para que se consumase el delito de omisión (y de peligro)de los administradores.

Es decir, que si por ejemplo el empleado de una aseguradora intenta estafar a un cliente sin conseguirlo– le intenta vender un seguro inexistente – y el empleado es descubierto (por la propia empresa o por un tercero), y la sociedad en la que trabaja no cuenta con un plan de *Compliance,* su representante legal o administrador de hecho o derecho podría ser condenado a una pena de hasta un año de prisión, multa de 24 meses y *en todo caso* – lo que implica que siempre se impondrá este tipo de pena – la inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años. La desproporción de la pena resulta, a todas luces, evidente.

Pero existe un último aspecto que ha de plantearse por afectar directamente a las medidas de vigilancia y control establecidas. Los planes de Prevención de Riesgos Penales que la empresas han implantado, o van a implantar, se centrarán únicamente en prevenir los riesgos penales que afecten a su sector y que provoquen la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se ha de recordar que no todos los delitos provocan dicha responsabilidad, sino los que expresamente estén contemplados en el Código Penal.

Por lo tanto, y poniendo otro ejemplo, una entidad financiera estructurará un plan de *Compliance* que prevenga y controles riesgos penales que pudieran afectar a su actividad y provocasen su responsabilidad penal como los delitos de estafa, blanqueo de capitales, corrupción, cohecho, contra la Hacienda Pública, bursátiles, etc. Sin embargo, el artículo 286 seis del proyecto no limita los delitos a los que se pueda dar ejecución a los que provoquen responsabilidad de la persona jurídica, sino que los amplía a todo el Código Penal, por lo que si un empleado de un banco amenaza a un cliente y no existen medidas de prevención del delito de amenazas porque este no provoca la responsabilidad penal de la persona jurídica, el administrador de la entidad – tal y como se encuentra redactado el tipo penal en la actualidad – también respondería penalmente pues el sistema de vigilancia y control no había incluido medidas para prevenir estas conductas peligrosas. Ello provocará, o que las medidas de *Compliance* se amplíen a todas las conductas de riesgo tipificadas en el Código Penal – algo que resulta objetivamente imposible – o asumir el riesgo de que los planes de *Compliance* siempre puedan ser considerados insuficientes e ineficaces.

Por último, se ha de tener en cuenta que este tipo de delito de omisión se podría cometer también de manera imprudente por el representante legal o el administrador.

Ello puede presentar problemas en el ámbito de la participación imprudente en el delito de otro. Es decir, si se considera que por no haberse implantado las medidas de control y supervisión se ha facilitado – cooperador – la comisión de un delito y te castigan por ello, si se comete de manera imprudente, estaríamos ante la participación imprudente en un delito – doloso o imprudente -.

Ello nos lleva al complicado terreno de la participación imprudente y su posible castigo, aspecto del que la doctrina ha desarrollado con brillantez, como lo hizo DE TOLEDO Y UBIETO, pero que aún sigue generando polémica, y si bien el Tribunal Supremo sigue exigiendo de manera casi unánime que tanto la cooperación como la complicidad exigen doble dolo, primero respecto a la propia contribución, segundo respecto a la realización del delito por el autor[6], es un asunto que no se encuentra, en mi opinión, resuelto.

VI. CONCLUSIÓN

Si finalmente llega a entrar en vigor el proyecto de reforma del código penal, la adopción de un sistema de *Compliance* que cumpla los requisitos establecidos en el Código Penal puede ser considerado como una eximente de responsabilidad penal de la empresa. Esta modificación resulta, en mi opinión adecuada, no sólo por dotar de seguridad jurídica a los programas de *Compliance* que de facto ya se están implantando en nuestra realidad empresarial, sino por aportar los criterios y elementos que estos programas deben contener para que se consideren efectivos.

No obstante, el artículo 286 seis del proyecto corre el riesgo de convertirse en tipo penal de mera amenaza al empresario de que si no implanta medidas de prevención y control de riesgos, será castigado – y de manera muy grave – por ello. Esto, junto con la deficiente redacción del tipo penal auguran que en caso de aprobarse tal y como se encuentra redactado, se convertirá en un foco de problemas por quebrantar el principio de taxatividad y de seguridad jurídica. Por lo tanto, si se quiere seguir adelante con la implantación de este tipo penal, se hace necesaria una reconstrucción del mismo para que pueda servir para los fines propuestos – incentivar de manera positiva al empresario a mejorar su sistema de control interno- , y evitar las injustas consecuencias que se derivarán si el delito se aprueba tal y como se encuentra redactado.

[6] Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1995 (LA LEY, 1995-3, 597), de 21 de marzo de 1997 (LA LEY, 1997, 4801) y de 26 de abril de 1999 (LA LEY, 1999, 6157) siguen manteniendo esta exigencia con la complicidad pero la extienden también a la cooperación necesaria.