

Resumen informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Reforma del Código Penal

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en la reunión celebrada hoy, ha aprobado por amplia mayoría el Informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal elaborado por la Comisión de Estudios e Informes, en el que se han introducido numerosas enmiendas consecuencia del debate suscitado.

En lo sustancial, el Informe queda como sigue:

Prisión Permanente Revisable

La Prisión Permanente Revisable no se incluye en el catálogo de penas del artículo 33 vigente, dando así a entender que se trata de una simple pena grave de prisión superior a cinco años. Tampoco se describe su contenido en el artículo 35, cuando define la pena de prisión. En consecuencia, si el anteproyecto fuera aprobado en su actual redacción, en ninguna parte del Código penal estaría definida esta nueva pena, debiendo suponerse entonces que se trata de una pena de prisión perpetua, aunque ni siquiera se utiliza este 'nomen iuris', sino el de prisión permanente.

Esta técnica legislativa no es admisible en la legislación penal, que está sometida a los principios de seguridad jurídica para evitar ámbitos de incertidumbre, inconcreción y, en suma, de inseguridad jurídica (artículo 25.1 de la Constitución). Según aquilatada doctrina constitucional, la garantía material derivada del artículo 25.1 de la Carta Magna lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa.

Por todo lo expuesto, este Consejo considera que la regulación de la Prisión Permanente Revisable incumple al principio de legalidad y de seguridad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución y la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones de dicho mandato, de manera que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena objeto de cita, más allá de los beneficios penales y penitenciarios a que el penado pueda ser acreedor. Este punto fue aprobado por 19 votos a favor y dos en contra.

En cambio, y frente a lo argumentado en el Informe, el pleno considera que esta figura no excluye la aplicación a los condenados a Prisión Perpetua Revisable de las medidas previstas por la legislación penitenciaria para favorecer su reinserción social. En consecuencia, esta nueva figura delictiva no ignora el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados recogido en el artículo 25.2 de la Constitución.

Esta enmienda fue aprobada con quince votos a favor y seis en contra. Estos seis vocales defenderán en un voto particular que la Prisión Perpetua Revisable si choca con ese precepto constitucional.

La custodia de seguridad

Por 16 votos a favor y cinco en contra emitidos por vocales que anunciaron el correspondiente voto particular en este punto, el Pleno ha aprobado el capítulo del Informe que pone en duda la constitucionalidad de la custodia de seguridad, la segunda gran novedad del Anteproyecto concebida como una medida privativa de libertad a cumplir por el condenado tras el haber concluido la pena de prisión a la que haya sido condenado. Lo hará en un establecimiento especial o, si es necesario, en uno penitenciario, durante un máximo de diez años, y a su término deberá someterse obligatoriamente o una medida de libertad vigilada, que si bien no es privativa de libertad sí puede implicar una importante limitación de derechos tales como el de libre residencia o circulación. Esta libertad vigilada subsiguiente a la custodia de seguridad, por el sistema de prórrogas que la reforma establece, puede tener un carácter ilimitado.

La mayoría del Pleno entiende que esa medida también choca con el artículo 25.1 de la Constitución porque incumple los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica ya que se trata de una prórroga encubierta del cumplimiento de la pena una vez cumplida la impuesta en sentencia.

La selección de los delitos que permiten la aplicación de la custodia de seguridad carece de coherencia, porque incluye delitos que implican violencia junto a otros que no la implican nunca, o no necesariamente.

Las medidas de seguridad

El anteproyecto da una nueva regulación a las medidas de seguridad, suprime su límite temporal de duración del actual artículo 6.2 del Código Penal y lo vincula a la peligrosidad del penado. La supresión del límite no va acompañada de un procedimiento regulado para la adopción, control, modificación, suspensión o cese de la medida, cuya previsión resulta ineludible y esencial. Razón por la cual el Informe reclama la fijación de un límite máximo.

La libertad condicional

La libertad condicional se regula como suspensión de la ejecución de parte de la pena por un periodo que ha de ser superior al tiempo de pena que falta por cumplir. No se establece con claridad el órgano competente para la decisión: si es el juez de vigilancia penitenciaria la que se refiere el inciso primero del artículo 90.1 del Código Penal o si es el juez o tribunal sentenciador, como se dice en el resto del precepto y de los artículos reguladores de la libertad condicional. Debe aclararse esta cuestión, y considera este Consejo que ha de hacerse a favor del juez de vigilancia penitenciaria.

Las faltas

El Pleno ha acordado hacer constar en el Informe su preocupación por la despenalización de algunas faltas, en particular la imprudencia leve con resultado de lesiones, por la desprotección que pueda suponer para las víctimas.

La Disposición Transitoria cuarta reserva la consideración de falta, a efectos procesales, a los delitos leves de frecuente comisión; ello implica que el resto de infracciones leves detalladas en la relación compendiada en las páginas 14 y 15 de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo no se sustanciarán mediante la regulación prevista para las faltas, sino de acuerdo con lo establecido por la norma procesal para los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o con penas de distinta naturaleza cualquiera que sea su cuantía o duración, es decir, bajo los auspicios del procedimiento abreviado regulado en los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o conforme al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos a que se refieren los artículos 795 y siguientes.

Tal medida supone conferir un tratamiento procesal heterogéneo a infracciones de igual naturaleza sustantiva. Ello comporta una alteración de los postulados seguidos por la normativa procesal vigente, pues el único criterio que ha guiado al prelegislador para establecer tal diferenciación es la frecuente comisión de las infracciones que se detallan en el párrafo primero.

El Informe del Consejo propugna mantener un régimen procesal uniforme para las infracciones de naturaleza leve, de manera que todas ellas sean sustanciadas, hasta en tanto entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, por los trámites previstos para el juicio de faltas.

Extranjería

La sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español se extiende a todos los extranjeros con independencia de que su situación sea regular o irregular, decisión que en principio no encuentra objeción legal, si bien debería adecuarse a la regulación del art 57.2 de la Ley Orgánica sobre Extranjería y excluir de tal posibilidad las condenas por delitos dolosos.

Resulta adecuada la instauración del sistema anterior a la Ley Orgánica 11/2003 para dejar al juez o tribunal sentenciador la decisión sobre la expulsión sustitutiva en atención a las circunstancias personales del penado, en particular su arraigo, y las del hecho, previa audiencia del penado, tal como exige el Tribunal Constitucional. No se encuentra acertado, por el contrario, la omisión de audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, por lo que debería regularse un trámite para su intervención.

El párrafo segundo del artículo 318 bis.1 establece que el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de acusar por el delito de auxilio a

la entrada ilegal de un extranjero cuando el objetivo perseguido sea prestar ayuda humanitaria. Esta previsión se anuda a lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE que permite a los Estados miembros decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado uno cuando el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

La forma en que se proyecta la transposición al ordenamiento interno del artículo 1.2 de la citada Directiva suscita alguna observación. Es evidente que el prelegislador se ha decantado por la aplicación del principio de oportunidad, de manera que la ponderación por parte del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal sólo queda condicionada por la concurrencia de un aspecto reglado, cual es la finalidad altruista a que se refiere el precepto.

Sin embargo, nada dice el precepto sobre qué otros factores o aspectos habrán de ser tenidos en cuenta de cara a ponderar la pertinencia del ejercicio de la acción penal, difiriendo la concreción de este aspecto a la futura unificación de criterios que sobre esta cuestión adopte el Ministerio Público. Frente a esa opción, sería más adecuado atribuir al precepto la naturaleza propia de las excusas absolutorias en atención a la importancia de la finalidad perseguida por el autor, siempre que la gravedad de los hechos fuera escasa, como así lo requiere implícitamente el subtipo atenuado recogido en el número seis.

El asesinato

El artículo 139 de la propuesta de reforma del Código Penal introduce una nueva circunstancia que cualifica el asesinato, "*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*", que no encuentra relación con las demás circunstancias del mismo artículo.

La reforma eleva la pena del delito a 25 años y crea un amplísimo marco penal (15 años a 25 años) que podría afectar al principio de legalidad.

El artículo 140 introduce unos supuestos de especial gravedad, castigados con la pena de prisión permanente, en los que son destacables los problemas de *bis in idem* que plantean las circunstancias 1ª y 3ª.

Las lesiones

La gran novedad de la regulación de las lesiones se encuentra en la exigencia de denuncia previa para perseguir el delito de lesiones de menor entidad y el de maltrato. En atención al bien jurídico protegido y entidad de la lesión, se está de acuerdo con la exigencia de denuncia previa en los supuestos de malos tratos, siempre que no se trate de violencia de género. Sin embargo, en los supuestos de las lesiones de menor entidad del artículo 147.2, se considera que debería suprimirse este requisito.

Delito continuado

Una de las finalidades perseguidas mediante la reforma del artículo 74.1 es la de garantizar que la pluralidad de acciones delictivas propia del delito continuado conlleve una efectiva agravación de la pena. Sin embargo, la regla penológica que se recoge en el texto articulado no implica necesariamente un incremento del reproche penal previsto actualmente, sino que posibilita un mayor grado de discrecionalidad en la fijación de la pena, ya que los únicos límites que constriñen el arbitrio judicial consisten en la superación, siquiera sea en su más exigua expresión, de la pena mínima aplicable a la infracción más grave, y, por otro lado, que la pena finalmente impuesta no exceda de la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos que integran la continuidad.

El incremento de la discrecionalidad puede dar lugar a que, sin exceder del marco legal configurado, la aplicación de la regla penológica explicitada en el artículo 74.1 conlleve un trato penal más benigno del que se dispensa hogaño, lo que es contrario al propósito manifestado por el prelegislador, o que la punición sea equivalente a la suma de las infracciones, lo que implicaría, de hecho, ignorar la naturaleza continuada de la infracción. La anterior consideración es extensiva, en lo esencial, al régimen jurídico que se prevé para en concurso medial en el artículo 77.3

Violencia de género

Con relación a la suspensión de penas privativas de libertad por delitos de violencia de género, el Informe señala:

1º) Se excluyen del catálogo de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por relación similar, de afectividad, respecto de los que han de ser impuestas imperativamente las prohibiciones y deberes de las reglas 1º, 4º y 6ª del artículo 83 como condición de la suspensión de la ejecución de la pena, los delitos del Título I (Del homicidio y sus formas), cuando en caso de formas de ejecución imperfectas y de concurrencia de varias circunstancias atenuante o una muy cualificada, podría estarse ante una pena suspendible, siendo aconsejable la inclusión de estos delitos en el catálogo de aquellos para los que se prevé la imposición obligada de aquellas prohibiciones y medidas caso de suspensión de la ejecución de la pena.

2) No resulta adecuada la previsión de multa como medida a imponer en la suspensión sustitutiva si se hubiera tratado de la comisión de alguno de los delitos relacionados con la violencia de género.

3) Es recomendable que la prohibición a la que puede condicionarse la suspensión del número 1 del artículo 83 Código Penal, consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima u

otros miembros de la familia, se extienda también a otras personas con relación a la víctima y a la prohibición de comunicar con la misma o personas respecto de las que se establece la prohibición, tal como se prevé en la regulación actual.

4) Se suprime el distinto tratamiento del incumplimiento de las prohibiciones y deberes de imperativa imposición en los delitos relativos a la violencia de género, siendo recomendable mantener el tratamiento actual de revocación automática ante un incumplimiento de algunos de los deberes o prohibiciones a los que se refiere el artículo 83.2 y que son de imperativa imposición en este tipo de delitos.

Además, el informe sugiere que en los delitos relativos a la violencia de género se clarifique el tema del elemento finalístico; se tipifique como delito leve las vejaciones injustas cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia; que el alejamiento previsto en el artículo 57 con carácter preceptivo pase a ser facultativo y que se suprima la pena de multa para todos los supuestos de violencia de género y doméstica.

Finalmente, sería conveniente estudiar posibles nuevas competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como, por ejemplo, el delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar impuesta por un delito de violencia de género, o el delito de acoso.

La detención ilegal

En cuanto al subtipo agravado de detención ilegal del artículo 166 del Código Penal, para evitar que evoque al delito de sospecha, sería aconsejable la redacción del tipo en torno a la configuración del deber de garante del secuestrador respecto de su víctima.

Se eleva además notablemente la pena, equiparándola al del delito de homicidio. Y se introducen dos circunstancias de agravación, estableciéndose una pena de 15 a 20 años.

Matrimonio forzoso y delitos contra la libertad sexual

El artículo 172 bis introduce el delito de matrimonio forzoso como un tipo específico del delito de coacciones. Si bien la opción política criminal de la incriminación de los matrimonios forzosos es loable, su regulación presenta algunos problemas como la exigencia de la intimidación grave o la referencia en el tipo a las coacciones, lo que dejará fuera algunos supuestos de matrimonios forzosos.

Además, este nuevo delito podrá jugar como tipo atenuado cuando hayan mediado amenazas condicionales. No parece adecuada la previsión de una pena de multa, y es aconsejable que se prevea una agravación cuando la víctima sea menor de edad.

La reforma de los delitos contra la libertad e identidad sexual y corrupción de menores busca transponer la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011,

relativa a la lucha contra los abusos sexuales y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

En los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años de edad, se modifica la descripción de la acción típica, que pasa a describirse como "actos de carácter sexual", lo que resulta acertado. Y se introduce el comportamiento previsto en el art 3.6 de la Directiva: compeler mediante violencia o intimidación a un menor de 13 años a participar en actos de naturaleza sexual de un tercero.

La reforma introduce la definición de pornografía infantil de la Directiva 2011/92/UE con una redacción difícil, poco técnica y mal cuidada que sin duda dará lugar a problemas interpretativos.

El artículo 197.4 bis introduce el nuevo delito de difusión no consentida de imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima en su domicilio o fuera del alcance de la mirada de terceros. El delito, que viene a llenar una laguna de impunidad existente en la actualidad, se configura como de tipo mixto alternativo (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparan en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o vídeos a terceros.

Se trata de un delito de propia mano, por cuanto que sólo podrá ser cometido por aquél a que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima. Sería recomendable establecer una agravación para el caso de que la víctima sea o haya sido cónyuge o persona que tenga o haya tenido con el autor una relación análoga, sin que en este caso pueda ser impuesta la pena de multa.

El acoso

El artículo 172 ter introduce el delito de acoso, que sanciona conductas acosadoras caracterizadas por la intromisión en la vida de otro que atentan contra la libertad de la persona afectando gravemente a su desarrollo de su vida cotidiana. Ha de valorarse positivamente la creación de este nuevo tipo que viene a colmar una laguna de impunidad que existe, pues muchas de esas conductas no podían ser sancionadas con los delitos de amenazas o coacciones, pese a alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima.

El uso de armas

El artículo 235 bis 1.1º prevé la imposición de una pena de dos a cuatro años para el delito de hurto cuando el autor u otro de los partícipes porte armas o medios peligrosos. Como es de ver, el prelegislador confiere al potencial peligro que acarrea el porte de armas o instrumentos peligrosos un desvalor desproporcionado a efectos penológicos, pues la mera llevanza de esos efectos no es perceptible para la víctima y, sobre todo, el desvalor del resultado no es equiparable al de la mayoría de los supuestos enunciados en el artículo 235, cuya penalidad es inferior.

La equiparación penológica entre el simple porte de armas o medios peligrosos y su utilización efectiva, en el contexto del robo con violencia o intimidación a que se refiere el artículo 242.3, también supone tratar de manera homogénea dos supuestos de gravedad disímil. Por ello, se sugiere mantener la agravación prevista en el citado precepto sólo cuando se haga uso de tales instrumentos.

La administración desleal

La idea general de la reforma, en cuanto a la extensión de la administración desleal a supuestos ajenos al ámbito societario, merece una valoración positiva, lo que no obsta para que la forma concreta en que la reforma pretende plasmar esa buena idea general padezca de deficiencias técnicas.

Por ejemplo, la creación de dos tipos genéricos de abuso de poder (artículo 251.1 del anteproyecto) y de deslealtad (artículo 252.2 del anteproyecto) presenta serios problemas técnicos, concursales y de taxatividad.

El Pleno acordó sugerir la supresión del límite temporal de dos meses para la exención de pena a los denunciantes de supuestos de corrupción, como forma más eficaz de combatirla. Este punto generó dos votos en contra de vocales que estiman que con dicha propuesta el Consejo excede sus competencias consultivas.

Además, el Consejo propugna la inclusión en la tipificación del delito de cohecho la recomendación de la OCDE sobre corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales.

La malversación

Al haberse configurado la malversación por remisión a la administración desleal, los mismos problemas y la misma valoración crítica allí efectuada por su generalidad incompatible con el principio de taxatividad penal es trasladable aquí, con la circunstancia agravante de que la malversación de caudales tiene una pena superior.

Propiedad industrial

La pena contemplada en el número uno del artículo 274.1, relativo a la fabricación, producción o importación de productos con contravención de los derechos de propiedad industrial, conlleva un incremento notable respecto de la prevista en el vigente artículo, pues el techo se duplica hasta alcanzar los cuatro años.

Si bien el aumento del techo de la pena es menor (hasta tres años), otro tanto cabe decir en los supuestos de comercialización y distribución al por menor a que se refiere el primer párrafo del número dos, al igual que de la venta ambulante y la meramente ocasional contemplada en el número tres, cuya sanción queda comprendida entre los seis meses y dos años de prisión.

Por ello, desde el reconocimiento de la legitimidad que ostenta el prelegislador para modular la duración de las penas, se aconseja reflexionar sobre la pertinencia de mantener el endurecimiento penológico a que se ha hecho mención.

Incendios forestales

En términos generales, la modificación de la modalidad agravada de incendio forestal prevista en el artículo 353.1 (afectación del incendio a zonas próximas a núcleos de población o lugares habitados; condiciones climatológicas o del terreno que incrementen de manera relevante el riesgo de propagación y afectación a zonas que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción, flora amenazada o que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal) merece una valoración positiva, pues la mayor intensidad de la respuesta penal se anuda a la concurrencia de circunstancias que denotan un mayor peligro para las personas o el entorno ambiental.

Asimismo, también se considera adecuada la previsión del artículo 358 bis, en virtud del cual, las medidas previstas en los artículos 338 a 340 se extienden a los delitos de estragos, de riesgo provocado por explosión y otros agentes y de incendio.

En relación con los delitos de incendio forestal, resulta relevante la aplicación del artículo 340, pues de conformidad con lo estatuido en el precepto el autor deberá asumir el coste de las medidas necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado o de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados.

El atentado

El Anteproyecto pretende excluir del delito de resistencia, con su consiguiente traslación al delito de atentado, aquellos comportamientos que, en un contexto principal de resistencia pasiva, presentan algún episodio de violencia activa de carácter leve.

El Consejo advierta de que supone equiparar comportamientos cuya gravedad es desigual, pues es evidente que un acto episódico de violencia leve, dentro de un comportamiento global de resistencia meramente renuente, no es equivalente a la resistencia activa de carácter grave que configura el delito de atentado.

En concordancia con lo ya dicho, también debe destacarse la reducción del ámbito de aplicación del delito de resistencia, que queda circunscrito a la mera resistencia pasiva sin violencia de ningún tipo y a los supuestos de intimidación leve. En virtud de lo expuesto, se recomienda mantener la regulación prevista para el delito de atentado en el vigente artículo 550.

El comiso

La reforma unifica las distintas regulaciones del actual Código Penal: el comiso de la parte general (artículo 127), el comiso del

artículo 374 para los delitos de tráfico de drogas y el comiso del delito de blanqueo. Introduce además importantes modificaciones optando por un comiso ampliado en su máxima extensión, por encima de la ofrecida por la Decisión Marco 2005/212/JAI, resultando un conjunto poco respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia

El anteproyecto regula el comiso ampliado de bienes respecto de los que se tiene indicios racionales que proceden de actividades delictivas similares, lo que va más allá de la mencionada decisión marco, que exige una prueba plena de que los bienes tienen esa procedencia.

Se establece la posibilidad de un comiso sin sentencia condenatoria en caso de fallecimiento del sospechoso o acusado, de una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento o de su rebeldía, lo que contradice la naturaleza del comiso como consecuencia accesoria del delito, sometida al principio acusatorio, por lo que será exigible en todo caso que exista ya una acusación y una petición en ese sentido.

Se establece el comiso de bienes de terceros, a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, siempre que se acredite que ese tercero conociera o pudiera haber conocido su ilícita procedencia. Resulta imprescindible que se permita la intervención de ese tercero en el proceso penal y se regule la condición en la que ha de comparecer en él, pues no es responsable civil ni el receptor civil a título de lucro.

Y finalmente, se establece la posibilidad de un nuevo comiso en ejecución de sentencia si el anterior no ha podido realizarse, lo que supone un desconocimiento de la naturaleza del comiso, consecuencia accesoria que debe ser fijada en sentencia.

Otros aspectos del Informe

- El Pleno aprobó incluir en el Informe una propuesta de regulación de un incidente de ejecución en el que se puedan decidir de modo conjunto las distintas formas de suspensión o sustitución de penas aplicables a un mismo reo.
- El artículo 36.4 reputa leve la multa inferior a dos meses. Redactado en esos términos, la pena de dos meses de multa quedaría en una suerte de limbo jurídico, ya que al no superar los dos meses no sería incardinable en el artículo 33.3 i) como pena menos grave, y tampoco pueda ser reputada leve al exceder del umbral fijado por el prelegislador. Por ello, se sugiere conferir al artículo 33.4 f la siguiente redacción: "La multa no superior a dos meses".
- Respecto de los trabajos en beneficio de la comunidad se estima necesario salvar la discordancia detectada entre el vigente artículo 33.3 k), que reputa menos grave dicha pena cuando su extensión es de 31 a 180 días, y el artículo 40.4, el cual prevé que la duración de la pena citada será de 31 días a

un año. Dado que el artículo 33.2 no contempla, bajo ninguna circunstancia, la modalidad grave de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se sugiere modificar la redacción del artículo 33.3 k), al objeto de ampliar a un año el techo de la referida pena.

Madrid, 16 de enero de 2013