



## La nueva reforma penal de 2013\*

Francisco Javier Álvarez García

*Universidad Carlos III de Madrid*

[falvarez@der-pu.uc3m.es](mailto:falvarez@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

El autor aborda el estudio de algunas de las líneas de política criminal que gobiernan el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013 y que actualmente está sometido a trámite de aprobación en el Congreso. Lo hace partiendo de la idea de que la reforma obedece, en buena medida, a una política de endurecimiento penal para satisfacer a algunos de los sectores sociales que entiende el Gobierno le pueden resultar más rentables electoralmente, así como para mantener sus apoyos políticos y empresariales.

### Palabras clave

Reforma penal, orden público, seguridad ciudadana, prisión permanente (cadena perpetua), malversación de caudales públicos, supresión del Libro III.

## New Reform of Spanish Criminal Code in 2013

### Abstract

The author analyses criminal policy guidelines of the Criminal Code Reform Project of 2013 now under law-making process. The main thesis is to reform looks for tightening criminal regulation in order to satisfy preferences of some social and business groups that give electoral advantages to the government political party.

### Keywords

Criminal Law reform, public safety, public security, life sentence, embezzlement, abolition of Criminal Code's Book III.

\* En homenaje a quien fuera mi muy querido amigo y Maestro, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid.

## 1. El contexto

El nuevo Proyecto de reforma del Código Penal preparado por el Gobierno<sup>1</sup>, sólo es posible comprenderlo en el contexto económico y social que se vive en España; y no me refiero solamente, que también tal y como se verá más adelante, a la actual crisis económica que ha arrojado a la pobreza a centenares de miles de conciudadanos, sino al proceso que iniciado hace ya tres décadas ha conducido a desahuciar a los ciudadanos de buena parte de nuestros “bienes comunales”. En efecto, la riqueza nacional (la financiera, energética<sup>2</sup>, industrial, de comunicaciones, transporte, educativa, suelo, etc., etc., y en los últimos años la sanitaria y, por fin, la de seguridad pública) ha venido siendo privatizada desde los años 80, y muy acentuadamente entre los años 1996/2004 y en la actual legislatura, y ello se ha llevado a cabo, fundamentalmente, con el argumento de la mayor eficiencia teórica de la gestión privada sobre la pública, la modernización de la gestión, la transparencia y el abaratamiento del mercado para los consumidores como consecuencia de la competencia.

En realidad, y como bien sabemos, la finalidad no era la anunciada sino que consistía simplemente en el enriquecimiento de las clases económicamente más poderosas acudiendo a una alianza entre éstas y la nomenklatura que ha tenido como consecuencia un saqueo, que no cesa, de la riqueza del Estado y de los ciudadanos, incluso de la particular de cada ciudadano (los desahucios son un claro ejemplo de esto último). Además, y por supuesto, se ha demostrado que la gestión privada es más ineficiente y que en no pocos casos ha llevado a la quiebra (o ha “obligado” a malvender o a acudir al Estado a “rescatar”) a las empresas que previamente se habían privatizado: los ejemplos de las autopistas de peaje o de

<sup>1</sup> Elaborado por, se supone, juristas de identidad desconocida. Esta costumbre de ocultar la autoría, parapetándose detrás de ésta o aquélla Administración se corresponde, seguramente, con el hecho de estar avergonzado por lo efectuado y no atreverse a afrontar una discusión pública sobre la labor hecha. Esto no ha sido, ni mucho menos, siempre así: las grandes reformas penales de la democracia llevan nombres y apellidos, y sus autores (Quintero Olivares, Muñoz Conde, Gimbernat Ordeig, González Cussac...) las han defendido y explicado, y se han sometido a las críticas. Eso es, además, lo que se corresponde con un régimen democrático, pues a éste le es inherente la transparencia, el saber quién y para qué, y con qué fundamento se hacen las cosas. Sólo cuando hay algo (o mucho) que ocultar los autores se esconden: seguramente habrá que acabar legislando en materia de autoría, complicidad y, sobre todo, encubrimiento de reformas legales.

<sup>2</sup> En el caso de la energía eléctrica –y escojo este sector como paradigma de todo lo sucedido– se ha tratado de algo más que de una privatización. En efecto, como bien se recordará las empresas eléctricas han tenido siempre en nuestro país un enorme peso económico, de lo que ilustró suficientemente una recordada obra de Ramón Tamames (1960) que se constituyó en una de las “biblias” intelectuales de la oposición a la Dictadura. Pues bien, en esta ocasión no ha bastado con la entrega absoluta por parte del Estado a las empresas privadas del control sobre la producción y distribución de la energía (véase la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico, donde en una inolvidable Exposición de Motivos se aseveraba: “El suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad...”, y a renglón seguido “No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento... La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas...”, sino que se inventaron un “déficit tarifario” que acumula cifras multimillonarias de deuda (en verdad inexistente) a favor de las eléctricas y que implica una subvención permanente que los ciudadanos “conceden” a esas empresas (deuda que se ha “blindado” gracias a su “titulización”). Pero donde la crueldad y la absoluta falta de ética, en estos años de verdadera penuria, ha escalado las más altas cumbres, es en la guerra contra el fraude eléctrico que el Gobierno acaba de lanzar, y que está dirigido a reprimir a aquellos que se “enganchan” ilegalmente a las redes eléctricas o manipulan los contadores (mayoritariamente los pobres de solemnidad); pues es verdad que esta conducta es ilegal (y a veces incluso puede ser delictiva), pero dirigir en estos momentos la represión contra aquellos que acuden al fraude eléctrico para iluminar sus hogares (con las excepciones que se quiera) es verdaderamente desvergonzado (véanse los artículos 14.8 c), III, 30.2 z) ab) y 40.2 s) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico).



nuestra flamante “compañía de bandera” (Iberia), son suficientemente explicativos a este respecto.

Naturalmente, y además, se ha producido un notable encarecimiento de los precios en esos sectores en los que la libre competencia iba a producir, se alegó, un ajuste a la baja de las tarifas<sup>3</sup>; lo que se ha traducido en unas mayores dificultades para los sectores más desfavorecidos (cada vez más amplios en su número y en la calidad de sus “necesidades”) para acceder a servicios esenciales.

Todo esto se ha llevado a cabo con auténtica demostración -por parte de los responsables políticos- de una verdadera y sincera vocación por la corrupción, lo que se ha plasmado tanto por el Legislativo (la reforma de diciembre de 2012 de la ley de financiación de los partidos políticos es, en este sentido, paradigmática) como por los teóricos órganos de control (no sólo la demostrada inutilidad del Tribunal de Cuentas, sino que desde las instancias del poder no se ha dudado en reclamar la supresión de los órganos fiscalizadores autonómicos “ante las dificultades económicas del momento”, y justo cuando la corrupción de las administraciones está más en evidencia<sup>4</sup>), o en la gestión ordinaria (sólo hay que abrir los periódicos cualquier día para encontrar múltiples ejemplos<sup>5</sup>).

## 2. Las grandes líneas de política criminal de la reforma penal

Pues bien, todo lo hasta aquí expuesto ha dado lugar a una protesta social creciente en España, que se ha traducido en importantes movimientos destinados a evitar el lanzamiento de los ciudadanos de sus viviendas por no poder afrontar la deuda con los bancos<sup>6</sup>, duras huelgas protagonizadas por los trabajadores de diferentes sectores públicos que están siendo privatizados, paros en las empresas para enfrentar disminuciones salariales y de plantilla abusivas, enfrentamiento

<sup>3</sup> En este caso, y una vez más, es el estratégico sector eléctrico el que más alzas ha protagonizado (más de un 75% en los últimos diez años), y ello a pesar de que la producción de energía eléctrica ha aumentado más que considerablemente, de que sus fuentes de generación se han multiplicado (con la poderosa introducción de la eólica), de que las estructuras más costosas –hidráulica y nuclear- ya están amortizadas, y de que hay considerables excedentes de producción.

<sup>4</sup> Por todos véanse las intenciones expresadas en este sentido por la Presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en su discurso sobre el Estado de la región celebrado en septiembre de 2013 (donde se ufano de haber suprimido el Defensor del Pueblo, el Consejo Económico y Social y la Comisión Regional de la Competencia; es decir: todos los órganos que de alguna manera podían ejercer algún control sobre las actividades políticas, administrativas y económicas; y ello se hace, justamente, en el momento en el que se están denunciando –y con procedimientos judiciales abiertos- múltiples casos de corrupción en la región, alguno de los cuales afecta a la propia Presidente). Al respecto ver: <http://www.clm24.es/articulo/economia/cospedal-anuncia-proxima-supresion-sindicatura-cuentas-clm/20130905125932020511.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>5</sup> Véase un curioso listado (que sólo abarca a algunos de los casos más llamativos) en [http://wiki.15m.cc/wiki/Lista\\_de\\_casos\\_de\\_corrupci%C3%B3n](http://wiki.15m.cc/wiki/Lista_de_casos_de_corrupci%C3%B3n). Revisado el 28 de febrero de 2014. En este sentido resulta también muy ilustrativo un estudio publicado por investigadores del Departamento de Geografía de la Universidad de La Laguna (Jerez Darías, Martín Martín y Pérez González (2013).

<sup>6</sup> Resulta llamativo, por otra parte, que el Banco “malo” (Sareb) creado para gestionar los activos tóxicos de las entidades financieras que han sido reflatadas gracias al dinero público, y que en realidad está sirviendo como regulador para evitar la caída de los precios de los inmuebles en beneficio de los bancos, que son los grandes propietarios de suelo y construcción, está poniendo a disposición de fondos internacionales (buitres) el patrimonio que administra gracias a la referida inyección de dinero público. Al respecto, <http://www.expansion.com/2013/12/30/empresas/inmobiliario/1388421006.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014. En este mismo sentido algunas administraciones públicas (como la Comunidad Autónoma de Madrid), están entregando a fondos de inversión (y a bajo precio) las viviendas sociales construidas por la Administración con fondos presupuestarios, y sin molestarse en ofrecer los mismos a los concretos particulares que las habitan en régimen de alquiler social, lo que ha producido un considerable malestar social. Ver [http://www.eldiario.es/economia/PAH-IVIMA-viviendassociales\\_0\\_194231043.html](http://www.eldiario.es/economia/PAH-IVIMA-viviendassociales_0_194231043.html). Revisado el 28 de febrero de 2014.

generalizado de los más jóvenes antes sus nulas expectativas laborales y sociales - caso del Movimiento 15 M-, distintas “mareas” (Sánchez, 2013), y un largo etcétera.

Obviamente el Gobierno, impulsor de esa política que no sólo desmonta el Estado del Bienestar sino que implica un “golpe de mano” contra el pacto social, trata de acallar esas protestas y amordazar a los ciudadanos; y como continúa con actuaciones que tienden cada vez más al empobrecimiento de las masas populares, lo que provoca más enfrentamientos, únicamente le queda como salida reprimir la protesta social y endurecer una legislación cada vez más antidemocrática. Es precisamente a estos planteamientos a lo que responde la primera de las líneas de la actual reforma del Código Penal (delitos de atentado, resistencia y desobediencia, y desórdenes públicos) y las de las leyes de Seguridad Ciudadana y Seguridad Privada (así como las propuestas de modificación o de elaboración de otras normativas, como una ley de huelga –obviamente con objeto de limitar el derecho<sup>7</sup>-, modificaciones a la de asociación, etc.)<sup>8</sup>.

Pero, además, esta política de amordazamiento de los ciudadanos la afronta el Gobierno con un nuevo modelo: la privatización de la seguridad pública, lo que no significa más que coherencia con el resto de la política de privatizaciones a la que he hecho mención más atrás (eléctrica, financiera, sanitaria...); lo único que tiene de peculiar es que, en este caso, se trata de la gestión de derechos fundamentales en su conjunto (lo que ex artículo 104 CE está encomendado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) y de un problema de cesión de soberanía (la admisión de empresas extranjeras para ordenar y administrar el núcleo duro de los derechos fundamentales, por medio de su incorporación al mercado de la seguridad en España a través de compañías privadas de seguridad).

La segunda gran línea de política criminal se corresponde con la lucha contra la corrupción, que es la verdadera reina de todo el proceso de desapoderamiento económico al que me acabo de referir; mas esa lucha contra la corrupción, y a diferencia del caso anterior, se trata de mero populismo punitivo<sup>9</sup>. Es decir, cuando se quiere reprimir, seriamente, la protesta social no sólo se acude a la reforma del Código Penal sino a la de las leyes administrativas correspondientes (las ya anotadas de seguridad ciudadana y privada), y se aprestan todas las estructuras del Estado a esos objetivos (incluida la compra de nuevo material antidisturbios); sin embargo, cuando se pretende únicamente cumplir “sobre el papel”, no se modifican –en este caso- los mecanismos de control sobre la actividad administrativa y política donde aflora la corrupción (antes al contrario, pues como se ha visto se están suprimiendo los tribunales de cuentas, las comisiones de control o los defensores del pueblo<sup>10</sup>). De esta forma, y con independencia de su desacierto técnico, la

<sup>7</sup> La pretensión es la de que los trabajadores hagan “huelgas civilizadas”, eliminar los “piquetes”, imponer el respeto a los servicios mínimos; es decir, convertir la huelga en fraternal excursión escolar celebrada en alegre día festivo.

<sup>8</sup> Además se pretende por el Gobierno y el resto de las administraciones públicas dar una sensación de normalidad en el desarrollo de la vida social, y eso lo hace tratando de ocultar los problemas existentes. En este sentido, constituye todo un ejemplo lo sucedido en el Ayuntamiento de Benidorm donde se acaba de aprobar una Ordenanza (30 de septiembre de 2013) declarando la expulsión de los mendigos de su término municipal, aun a costa de pagarles un billete en un transporte para que se trasladan a otros municipios –algo que ya se hizo en tiempos en otras ciudades, tal fue el caso de Santander a finales de los años 80 del siglo XX. Ver: <http://www.lasprovincias.es/20131001/comunitatvalenciana/comunitat/benidorm-tirara-mendigog-201310012118.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>9</sup> En realidad, la lucha contra la corrupción no es posible en España porque la corrupción es parte integrante de “nuestro” sistema político a cuya esencia pertenece, y en donde está ausente una mínima ética de lo público.

<sup>10</sup> O se anulan, nombrando para su gestión a personas de las que se sabe que, por afinidad familiar o ideológica, van a ser complacientes con las “debilidades” de los políticos de turno; o se oculta la



reforma penal en materia de corrupción no servirá más que como propaganda de lo que no se hace: luchar contra la corrupción.

Con la tercera línea, que busca réditos electorales que no es posible encontrar con una inexistente política social, se plasman en la legislación penal las reclamaciones de familiares de víctimas de delitos que por sus circunstancias de comisión han tenido una gran repercusión social (desapariciones de menores o adolescentes, asesinatos también de personas de corta edad, violaciones, etc., y por supuesto crímenes terroristas). Estos familiares se movilizaron –lo que desde el punto de vista individual es perfectamente comprensible y hasta lógico<sup>11</sup>– en favor de la consecución de penas privativas de libertad más graves o/y régimen de cumplimiento más severo. Un primer fruto de esa severidad reclamada ya se obtuvo con las reformas del CP de 2003 (pactada por “populares” y socialistas)<sup>12</sup>, en las que se introdujeron –entre otras– modificaciones que alteraban por arriba y por abajo los límites de duración de la pena privativa de libertad: disminución del mínimo de la de prisión, que pasó a ser de tres meses frente a los seis establecidos en el CP1995, contradiciendo de esta forma lo avanzado al respecto desde 1975<sup>13</sup>; y aumento del máximo, en caso de concurso real, que pasó de los 30 años a los 40, y todo ello sin, desde el CP1995, redención de penas por el trabajo (y con una modificación de la libertad condicional que ponía a ésta bastante más “cara” en determinados supuestos). Es decir: las penas largas de prisión se endurecieron considerablemente en relación, incluso, a la legislación franquista, además de cercenarse “contundentemente las posibilidades de suavizar el cumplimiento de este tipo de penas”<sup>14</sup>.

---

actividad de los órganos de control expulsando de las áreas de gestión de los mismos a los que no son ideológicamente afines (lo sucedido recientemente en la Agencia Tributaria anunciado triunfalmente por el Ministro del ramo, Sr. Montoro: “hemos echado a los socialistas”, constituye todo un paradigma: [http://economia.elpais.com/economia/2013/12/06/actualidad/1386341342\\_622980.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/12/06/actualidad/1386341342_622980.html). Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>11</sup> Otra cosa es que la política criminal la deban escribir las asociaciones de víctimas. En efecto, no cabe duda de que las víctimas deben ser protegidas y que el Estado ha de acudir en su socorro, pero sentarlas en el sillón del Legislador es lo mismo que retroceder cientos de años en materia de represión penal.

<sup>12</sup> De entre toda la amplia literatura que generó me parece especialmente claro y sintetizador el artículo de Díez Ripollés (2013) en el que expone el camino andado desde el fin del dictador hasta las leyes 7 y 11 del año 2003.

<sup>13</sup> Que se debió, entre otras razones, a la supresión de la fracasada pena –por falta de asignación presupuestaria y no porque no constituya una buena alternativa– de arresto de fin de semana.

<sup>14</sup> Véase Díez Ripollés (*id.*: 12) donde se añade: “Esto último se refleja bien, por un lado, en el retraso del acceso al tercer grado de manera general en las penas de prisión de duración media, y en la obstaculización a su acceso, cuando no práctica imposibilidad de acceder, en las condenas a prisión que se hayan beneficiado significativamente de los límites a la acumulación de penas del concurso real. Se manifiesta asimismo en las dificultades o práctica imposibilidad para obtener la libertad condicional por quienes tienen problemas para acceder al tercer grado, lo que se agrava, para quienes se han beneficiado de los límites de acumulación de penas del concurso real, a la hora de satisfacer el requisito de superar las 2/3 o ¾ partes de la condena”.

La propia Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, evidenciaba una de las finalidades de la reforma de la siguiente manera:

*Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio.*

*Con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 ó 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.*

Pues bien, ahora se trata, con la reforma, de dar una nueva vuelta de tuerca en materia de penas privativas de libertad<sup>15</sup>, lo que se logra con la introducción de la prisión permanente revisable, una aspiración largamente sentida por las asociaciones de víctimas<sup>16</sup> (incluso algunas de ellas aspiraban a mera “prisión permanente”, sin más apellidos<sup>17</sup>). Obviamente, el establecimiento de semejante pena obligaba, lo que ha sido apuntado lúcidamente por Peñaranda Ramos, a “buscar” delitos a los cuales aplicarla; y éstos fueron encontrados en los delitos de asesinato agravado<sup>18</sup>, que han debido ser modificados a tal efecto en una línea coincidente –como veremos- con un derecho penal de autor. En este contexto, además, se introducen, amplían o modifican otras instituciones en la Parte General del Código, que endurecen considerablemente el régimen punitivo. Me refiero, por ejemplo, a la libertad vigilada y a la libertad condicional.

Una cuarta dirección es la que se plasma en la supresión del Libro III del CP. Su propósito, según la propia Exposición de Motivos del Proyecto, es hacer realidad el principio de intervención mínima. Sin embargo, el destino dado a las faltas que figuran en el vigente Código Penal discute que la finalidad real de la reforma sea la confesada por sus autores, pues muy pocas de ellas se eliminan (desafortunadamente en algunos casos, como en los homicidios y lesiones por imprudencia leve, que se desvían al Derecho Civil de daños, con la consecuencia de que los numerosos accidentes de tráfico con resultado de muerte o lesiones por imprudencia leve se “privatizan” -de la misma forma que se hace con la sanidad o la seguridad-, lo que tendrá consecuencias procesales y económicas de largo alcance, de lo que algunos –compañías de seguros- se beneficiarán, y también lo hará el Estado por la cobranza de las tasas. Nuevamente, pues, sufrirán los ciudadanos en su derecho de acceso a la Justicia), y las que permanecen en el Código Penal –que son, pues, la mayoría- se incorporan a la legislación como delito incrementando considerablemente su sanción. Por lo tanto, la invocación al principio de intervención mínima se nos antoja falsa, siendo las finalidades, más bien y entre otras, la de reprimir duramente la pequeña delincuencia (lo que es evidente en el caso de las faltas patrimoniales que pasan a delitos), hacer lo propio con la protesta social (falta de desobediencia) y continuar en la línea de privatización de la Justicia (accidentes de tráfico con resultado de muerte por imprudencia leve). Ninguna propuesta inteligente, sin embargo, que garantice una sanción apropiada y proporcionada a las infracciones que hoy se acogen en el Libro III.

La quinta línea de la reforma camina en la dirección de endurecer la política criminal en materia de sexualidad, y para ello –como señala Díez Ripollés (2013: 56) - se utiliza como excusa la trasposición de la Directiva 2011/93/UE para ir bastante

<sup>15</sup> Aunque algo menor de lo que se pretendía pues el intento de introducir la llamada “custodia de seguridad” generó tan amplia y casi unánime repulsa, que hasta un Ministerio que practica una política criminal tan reaccionaria como es el de Justicia se vio obligado a “dar marcha atrás”. Los argumentos usados por la doctrina para enfrentar la custodia de seguridad tienen el mejor reflejo en los utilizados por un grupo de profesores de Derecho Penal -encabezados por el Dr. Muñoz Conde- en Álvarez García (2013a), coordinado por Dopico Gómez Aller.

<sup>16</sup> No estamos, sin embargo y en opinión de Jaén Vallejo (2012: 2) sino ante “*la necesidad sentida socialmente* de ofrecer, siempre en el marco constitucional, un tratamiento razonable de supuestos de excepcional gravedad, como los de terrorismo, que tanto daño han causado a la sociedad española” (las cursivas son mías).

<sup>17</sup> Véase: <http://www.intereconomia.com/noticias-gaceta/politica/victimas-exigen-que-futura-prision-permanente-revisable-no-albergue-fisuras>; <http://noticias.lainformacion.com/espana/las-victimas-arrancan-del-gobierno-la-promesa-de-agilizar-la-implantacion-de-la-cadena-perpetua-revisable-ltW7nhQHgBVvuTB5GCw4x/>. Revisado el 28 de febrero de 2014. Asimismo: <http://www.publico.es/70326/la-familia-de-mari-luz-recoge-firmas-para-pedir-cadena-perpetua-para-los-pederastas>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>18</sup> También en los homicidios especialmente graves por la calidad del sujeto pasivo o por la finalidad (terrorista), o en los delitos de genocidio y lesa humanidad.



más allá de lo que ésta exige<sup>19</sup>. No constituye, desde luego, novedad este propósito, puesto que el Partido Popular ya había modificado el Código Penal con idéntica finalidad anteriormente<sup>20</sup>. En todo caso, la modificación, como veremos más adelante, sobrepasa los fines o propósitos de la Directiva tanto en lo que importa a la inclusión (o ampliación) de tipos penales, como en la previsión de agravantes y en los máximos de las penas; y, además, incrementa injustificadamente el espacio en el que la jurisdicción española resulta competente.

Naturalmente, tampoco podía faltar un criterio realmente insólito en las reformas penales: el recaudador. El Gobierno decidió desde el principio de la actual legislatura poner precio a todos los servicios públicos, y también al de la Justicia<sup>21</sup>; en este sentido la dirección político criminal que le ha otorgado a no pocas penas no es la de prevención de una u otra clase, sino sencillamente la recaudatoria.

En fin, un último criterio político-criminal es el de apartarse, y sólo puede ser conscientemente, de los principios de la buena legislación, de los que gobiernan el Derecho Penal así como de los basamentos mismos de una sociedad democrática. Ello tiene múltiples traducciones en el texto de la reforma penal, mas me referiré ahora exclusivamente a una de ellas con la que se logra atacar ambos referentes: la tipificación propuesta en el artículo 510 CP. Nuevamente en este caso se trata de justificar la reforma por la trasposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal; aunque lo cierto es que se ha superado, con mucho, lo previsto en la Decisión Marco, y, en realidad, se lleva a cabo un decidido ataque contra la libertad de expresión, utilizando para ello medios en la tipificación que se alejan considerablemente de las exigencias del moderno Derecho Penal (especialmente, las referidas a la taxatividad).

Obviamente, en una reforma penal tan amplia como la que propone el Gobierno hay otros aspectos significativos, y también debo decir que no todas (sino, simplemente, la inmensa mayoría) las propuestas de modificación son antidemocráticas o/y desafortunadas desde el punto de vista técnico, pues hay algunas que suponen una mejora técnica de lo ya normado o implican ampliación típica afortunada. Pero veamos detenidamente las enunciadas líneas de política criminal ya particularizadamente.

### **3. Privatización de la seguridad y amordazamiento social: el tejido legal de la Dictadura**

A) Los delitos contra el orden público, y en concreto los contemplados en el Título XXII, Capítulos II (atentados, resistencia y desobediencia) y III (desórdenes públicos), han sido, como veremos, muy afectados por la modificación que se aborda. Pero punto esencial de esa reforma, referente para su adecuada

<sup>19</sup> Que, por otra parte, es mucho. En efecto, y como he recordado en otros lugares, ya desde hace años una corriente puritana recorre Europa, y bajo diferentes excusas (como la represión de la pornografía infantil o la de los clientes de la prostitución) están tratando de criminalizar una determinada moral sexual, que puede ser o no aceptable, pero que es moral y no otra cosa.

<sup>20</sup> Véanse, por ejemplo, las modificaciones operadas por las LLOO 11/1999, de 30 de abril; 11/2003, de 29 de septiembre, y 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>21</sup> El caso de las tasas judiciales es más que notorio; en este sentido, lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (inmediatamente modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita).

comprensión, es la decisión de privatizar la seguridad pública<sup>22</sup>; y para comprender adecuadamente la cuestión hay que analizar, si quiera sea sumariamente, los textos de reforma de las leyes de Seguridad Privada (23/1992, de 30 de julio) y de Seguridad Ciudadana (1/1992, de 21 de febrero).

El modelo al que obedece la vigente Ley de Seguridad Privada queda claramente expresado en el siguiente pasaje de su Exposición de Motivos: "...los servicios privados de seguridad [se entienden] como servicios complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública...la presencia de vigilantes en controles de acceso y seguridad interior no suele tener una trascendencia externa que perjudique el quehacer de los Cuerpos de Seguridad, porque están llamados a actuar como elementos colaboradores en tareas que difícilmente podrían cubrir por sí solos". Estas declaraciones resultan confirmadas en los artículos 1 de la Ley y, especialmente y más allá de declaraciones programáticas, 13:

Salvo la función de protección del transporte de dinero, valores, bienes u objetos, los vigilantes de seguridad ejercerán sus funciones exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieran encargados, sin que tales funciones se puedan desarrollar en las vías públicas ni en aquellas que, no teniendo tal condición, sean de uso común.

No obstante, cuando se trate de polígonos industriales o urbanizaciones aisladas, podrán implantarse servicios de vigilancia y protección en la forma que expresamente se autorice.

El reparto de ámbitos queda así claramente establecido: las empresas privadas de seguridad se ocuparán (y con las excepciones reflejadas que están muy tasadas), exclusivamente, del control en el interior de los espacios de que se trate (y sus limitaciones en lo que se refiere a la detención<sup>23</sup>, identificación<sup>24</sup> o registros personales<sup>25</sup> avalan lo acabado de expresar), y la seguridad pública, de todo lo demás.

<sup>22</sup> Debe tenerse en cuenta que la seguridad pública se encuentra fuertemente descentralizada, pues además de los "cuerpos nacionales" concurren sobre el mismo objeto policías autonómicas y municipales. Lo que quiere decir que, en realidad, en España hay una gran multitud de policías públicas a las que sólo en los últimos 20 años, y en referencia a las municipales, se las ha tratado de uniformar y cohesionar aunque acudiendo a técnicas indirectas que fueran respetuosas con el principio de autonomía municipal. Pero además de esta descentralización, se halla desagregado (tomo el contenido material del concepto de Parejo Alfonso (2008: 15) algún sector como ocurre con lo que constituye hoy en día competencia de la seguridad privada.

<sup>23</sup> Artículo 11.1 d): *Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos.* Véanse, asimismo, los artículos 490 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues los Vigilantes de Seguridad tienen las mismas capacidades para efectuar una detención que cualquier particular –no más allá-, aunque su posición respecto de la detención no es la facultativa del particular, pues en su caso la no realización de la detención en los casos en que procediera puede determinar la comisión de una infracción disciplinaria.

<sup>24</sup> Artículo 11.1 b): *Efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que en ningún caso puedan retener la documentación personal.*

<sup>25</sup> Véanse el artículo 76 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, que desarrolla la Ley 23/1992: *En el ejercicio de la función de protección de bienes inmuebles, así como de las personas que se encuentran en ellos, los vigilantes de seguridad deberán realizar las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión.* Así como la STS 613/2002, de 8 de abril, y el ATS 152/2007, de 25 de enero.

En la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Seguridad Privada (en adelante PLSP<sup>26</sup>, que en el momento en que escribo estas líneas está en fase de tramitación parlamentaria), y a diferencia de la anterior, se afirma: “La ley pasa de poner el acento en el principio de la subordinación a desarrollar más eficazmente el principio de complementariedad a través de otros que lo desarrollan, como los de cooperación o de corresponsabilidad, y ahonda en el principio de subsidiariedad mediante una técnica legislativa más flexible que permite una adaptación permanente a los cambios que experimente la sociedad sin que sea precisa una reforma de rango legal para ello”; y se continúa en esta línea afirmando: “los poderes de intervención y control público sobre la seguridad privada se focalizan en los aspectos verdaderamente esenciales para la seguridad pública, desregulando los aspectos accesorios que no tienen una directa relación con el servicio de seguridad, al tiempo que se moderniza su gestión y se potencia su colaboración con la seguridad pública”.

El anuncio de lo que vendrá después (en el articulado de la Ley) se ha efectuado con claridad: complementariedad (cooperación, corresponsabilidad) entre la seguridad pública y la privada, reconocimiento de ámbitos de gestión de la seguridad propios a la seguridad privada (desregulación de los aspectos considerados no esenciales, accesorios, lo que, como se verá a continuación tiene una traducción “particular” en el texto de la Ley), y por supuesto mucha “modernidad en la gestión”.

¿Cómo se concreta en el articulado del PLSP (y en el del Anteproyecto de la Ley de Seguridad Ciudadana –ALOPSC- y en el Proyecto de Reforma del CP) esta declaración de intenciones? Pues en lo siguiente:

Mediante un claro cambio de modelo ya no policial sino de gestión de derechos fundamentales. En efecto, el artículo 1.1 de la vigente LOPSC enuncia:

24

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 149.1.29 y 104 de la Constitución corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos.

Sin embargo, el artículo 1 del ALOPSC asevera:

1. La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes.

La diferencia es evidente: mientras que el texto vigente plasma el modelo de gestión (protección total, salvaguarda, etc.) de los derechos fundamentales recogido en el artículo 104 CE (lo que exige su encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), el Anteproyecto –enfrentándose al texto constitucional- hurta

<sup>26</sup> Utilizo el texto correspondiente al Informe de la Ponencia (BOC, Serie A, núm. 50-3, de 10 de diciembre de 2013). Debe decirse que por imposición de la mayoría parlamentaria se determinó que el trámite de examen y aprobación siguiera lo previsto en el artículo 148 del Reglamento del Congreso (competencia legislativa plena de la correspondiente Comisión), de manera tal que se ha hurtado el debate público sobre la Ley en cuestión; siendo así que esa modalidad de tramitación está prevista no para textos normativos fundamentales y de gran trascendencia pública, sino para aquellos otros que carecieran de la aludida repercusión. Fraude de ley, pues, en la tramitación de la norma; y todo ello con un objetivo: ocultar lo más posible cómo se conculca el artículo 104 CE.

en el artículo 1 de la Ley la dicha referencia, y a lo largo de su articulado da participación –en todas las parcelas de este asunto- a las empresas privadas.

Equiparación de los Vigilantes de Seguridad con los agentes de la autoridad<sup>27</sup>. Se dispone en el artículo 31 del PLSP:

Protección jurídica de agente de la autoridad.

Se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad;

y en los artículos 554.3 b):

3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:

b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,

y 556, ambos del Proyecto de Reforma del CP:

Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Esta equiparación, más allá de lo evidente, implica un considerable incremento de las competencias materiales de los Vigilantes de Seguridad, precisamente a través del tipo de desobediencia de particulares, pues ciertas negativas a acatar las órdenes de estos Vigilantes pasarán a ser considerados como delito (o como infracción administrativa de las sancionadas en el artículo 35.7 ALOPSC).

Cesión de informaciones y de datos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) a las empresas privadas de seguridad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14.3 PLSP:

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán facilitar al personal de seguridad privada, en el ejercicio de sus funciones, informaciones que faciliten su evaluación de riesgos y consiguiente implementación de medidas de protección. Si estas informaciones contuvieran datos de carácter personal sólo podrán facilitarse en caso de peligro real para la seguridad pública o para evitar la comisión de infracciones penales.

Se trata de hacer operativas a las empresas de seguridad en materia de seguridad, y de proporcionar todos los medios (no sólo datos personales sino también informes de inteligencia) para que desarrollen sus funciones: es decir, el Estado pone a disposición de empresas privadas su *Know how*, lo que, además de

<sup>27</sup> Me refiero en este momento a casos en los que los Vigilantes Privados ejercen sus competencias en su ámbito propio, no a aquellos supuestos en los que actúen auxiliando y colaborando con la autoridad, sus agentes o funcionarios, en los que, ex artículo 555 CP, se les considera acreedores de la protección especial que a estos les concede el tipo de atentados a la autoridad.

lo obvio, ocasionará no pocos problemas por la entidad de los datos, así como de conflictos por la participación de las Fuerzas de Seguridad del Estado en bases de datos e informaciones elaborados en otros países.

1) Constitución de comisiones mixtas de seguridad privada (nacionales, autonómicas o provinciales) para asegurar la colaboración entre las FCSE y las empresas privadas de seguridad (artículo 16 PLSP).

2) Las empresas privadas de seguridad podrán actuar en todos los espacios públicos sin limitación, siempre que cuenten con la correspondiente autorización. En este sentido, y para ocultar o disimular lo que es evidente, el Legislador ha acudido a la “técnica” de realizar una enumeración concretando competencias, que luego ha cerrado con una cláusula general que abre a las empresas privadas todos los espacios de seguridad; así, los artículos 41.3:

Cuando así se decida por la autoridad, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección:

- a) Vigilancia perimetral de centros penitenciarios.
- b) Vigilancia perimetral de centros de internamiento de extranjeros.
- c) Vigilancia de otros edificios o instalaciones de organismos públicos.
- d) Participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial. En este supuesto la prestación de servicios de seguridad y protección también podrá realizarse por guardas rurales,

y 41.4:

4. Requerirán autorización previa por parte del órgano competente en cada caso los siguientes servicios de vigilancia y protección, que se prestarán por los vigilantes de seguridad en coordinación, cuando proceda, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes:

- a) Vigilancia en polígonos industriales y urbanizaciones y en sus vías de uso común.
- b) Vigilancia en zonas comerciales peatonales.
- c) Vigilancia en acontecimientos deportivos, culturales o cualquier otro evento de relevancia social que se desarrolle en vías o espacios públicos.
- d) Vigilancia en espacios o vías públicas en supuestos distintos de los previstos en este artículo.

Como puede comprobarse, después de las correspondientes enumeraciones se incluyen sendas cláusulas generales que permiten, en el caso del artículo 41.4 d), que los vigilantes de seguridad ejerzan funciones en espacios y vías públicas; se rompe así la frontera que delimitaba la actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado de la de las empresas privadas: estas últimas ya han accedido a los espacios públicos, y los Vigilantes de Seguridad ya podrán realizar en la calle lo mismo que realizaban hasta ahora en el interior de los edificios, y lo que realizan los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En cuanto al artículo

41.3 consagra, en su letra d), la intromisión de las empresas privadas de seguridad en el campo propio de actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado<sup>28</sup>.

1) Participación de los vigilantes de seguridad en la disolución de reuniones y manifestaciones. Uno de los puntos más “visibles” de la actuación de los miembros de las FCSE es el de su participación en la disolución de manifestaciones, precisamente por la utilización de medios que afectan fuertemente a derechos fundamentales. Pues bien, el artículo 23.2 del ALOPSC<sup>29</sup> consagra la participación de miembros de empresas privadas de seguridad en la disolución de reuniones y manifestaciones ilegales:

Colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

1. En los casos a que se refiere el artículo anterior [disolución de reuniones y manifestaciones], las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaborarán mutuamente en los términos previstos en su ley orgánica reguladora.

2. Igualmente, las empresas y el personal de seguridad privada están obligados a colaborar eficazmente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>30</sup>.

No hace falta insistir mucho en la trascendencia del reconocimiento a las empresas privadas de seguridad de semejante competencia –que incide en un derecho fundamental-, pues es evidente. Sólo añadir un dato más: como consecuencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006, la regulación legal referida a las empresas de seguridad hubo de ser modificada para hacer real el principio de libre circulación de trabajadores y de libertad de empresa en el ámbito de la UE, así como eliminar otras restricciones que el TJCE consideraba contrarias al Derecho de la Unión<sup>31</sup>. Este hecho ha sido interpretado por algunos, justamente creo, como de posible cesión de soberanía (Cámara del Portillo, 2012: 362).

La conclusión de todo lo expuesto es clara: se ha comenzado a sustituir la seguridad pública por la seguridad privada, y poco a poco los responsables de la gestión de los derechos fundamentales a los que se alude en el artículo 104 CE serán empresas privadas. La “disolución de los cuerpos represivos”, ese grito de los manifestantes contra la Dictadura en los años 70 ha comenzado<sup>32</sup>, pero no por

<sup>28</sup> E insisto en que en no pocos supuestos las sustituye directamente, atribuyendo concretas potestades que hasta el momento son ostentadas por la seguridad pública, a la seguridad privada. Véase en este sentido, y por ejemplo, el artículo 25 del ALOPSC en relación al artículo 13 de la vigente Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

<sup>29</sup> Que es consecuencia de lo previsto en el artículo 41.3 d) del PLSP más arriba reflejado.

<sup>30</sup> Nótese que en este caso no se incluye referencia alguna a que su actuación deba llevarse a cabo bajo el mando o siguiendo las instrucciones que se les dicte por miembros de las FCSE, como por el contrario ocurre en muchos otros casos, verbigracia en los artículos 30 h), 31, 41.3 y 4, etc., del PLSP. Es decir, que hipotéticamente un grupo de Vigilantes de Seguridad puede “cargar” contra una manifestación y disolverla, sin participación alguna de miembros de las FCSE.

<sup>31</sup> Ciertamente, no tiene por qué tener especial trascendencia que los vigilantes privados que disuelvan la manifestación mediante el uso de la violencia sean de esta o aquella nacionalidad, pero de lo que no cabe duda es que no contribuirá a la construcción de una misma Europa “para todos” el que alemanes, belgas u holandeses nutran los “ejércitos privados” que se ocupen de la represión de los manifestantes españoles; y que la semejanza cultural (y, al contrario, la diferencia) puede influir muy positivamente en una mejor forma de resolución del conflicto –sólo hay que pensar en la oportunidad de que conozcan el idioma.

<sup>32</sup> En realidad ya empezó durante los años 1996 a 2004 siendo Presidente del Gobierno el Sr. Aznar, época durante la cual disminuyó escandalosamente la plantilla de la Policía Nacional y de la Guardia Civil (que a duras penas se pudo reconstruir durante los 8 años posteriores). Actualmente el índice de reposición es de 1/10 (Véase <http://www.seguridadytribunales.es/>. Revisado el 28 de febrero de 2014), lo que implica no sólo problemas de número sino de operatividad por el envejecimiento de la plantilla, con lo que se está creando artificialmente la necesidad de incorporar a empresas privadas a la



mano de la izquierda radical sino de la derecha: la Guardia Civil y la Policía Nacional (y los cuerpos autonómicos policiales, y los municipales también) tienen ya sus días contados al menos en cuanto a sus tradicionales competencias, y sus mandos y oficiales pasarán a ser meros auxiliares de los capataces de las empresas privadas de seguridad. El primer paso será (es) la constitución de unidades mixtas operativas (lo que ya se está llevando a cabo en la ilegal vigilancia perimetral de prisiones que se está efectuando actualmente en 21 centros penitenciarios<sup>33</sup>), compuestas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y empleados de empresas privadas de seguridad; poco a poco, éstas, en un régimen de autorización administrativa, empezarán a desempeñar el control en áreas geográficas (en todas aquellas, por ejemplo rurales, que actualmente no cuentan con protección por el deficiente despliegue de, fundamentalmente, la Guardia Civil) o en servicios determinados (tanto en la protección personal de autoridades sustituyendo a los agentes públicos que hasta ahora la han llevado a cabo con eficacia –como se ha demostrado en los años del terrorismo–, como en los traslados de presos, vigilancia de determinadas zonas públicas, etc.; es decir, actividades rentables desde el punto de vista económico que justifiquen de alguna manera que la Administración Pública efectúe los pagos correspondientes: un nuevo espacio, pues, para la corrupción política<sup>34</sup>), y finalizarán adoptando las decisiones fundamentales en materia de seguridad pública.

Pero además de no estar justificada, como hemos apuntado ya, la intromisión de las empresas privadas en la Seguridad Pública a la vista de las actuales cifras de criminalidad, su actuación causará, con toda probabilidad, dos efectos negativos: primero, aumentará la delincuencia, pues el “enemigo” que ésta se encontrará es mucho más débil, y los gestores de las empresas estarán más

---

seguridad pública. Esta “maniobra” tuvo su precedente en las obligaciones incorporadas por una variada normativa y con cargo a empresas de diferentes sectores (véase, por ejemplo, la primera reglamentación establecida a este respecto por el Decreto 554/1974, de 1 de marzo, de medidas de seguridad en bancos, cajas y otras entidades de crédito), de establecer determinadas medidas de seguridad que deberían ser implementadas por empresas privadas de seguridad (se trata, en definitiva, de decisiones estatales por las que se crea una cierta demanda con el propósito de impulsar un ámbito empresarial); recuérdese a este respecto el problema planteado por los asaltos de piratas en el Indico a barcos pesqueros españoles, y cuya solución se alcanzó (además de enviando a buques de la Armada al escenario) mediante la autorización para que los pesqueros y mercantes españoles que tuvieran que surcar aquellas aguas, llevaran a bordo a empleados de empresas de seguridad con armamento adecuado (véase, RD 1628/2009, de 30 de octubre).

<sup>33</sup> En efecto, el artículo 63.1 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, dispone: *La seguridad exterior de los Establecimientos corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, los que, sin perjuicio de que se rijan por las normas de los Cuerpos respectivos, en materia de seguridad exterior de los Centros penitenciarios recibirán indicaciones de los Directores de los mismos.* Es decir: los vigilantes de las empresas privadas no pueden participar en la vigilancia perimetral, y sin embargo lo están haciendo a instancias del Ministerio del Interior; eso sí (lo que si no justifica si explica suficientemente la iniciativa) a un precio muy superior que encomendando la tarea a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (véase “Confidencial” de 13 de diciembre de 2013).

<sup>34</sup> Con independencia de otras consideraciones, en unos momentos en los que la criminalidad, según cifras oficiales proporcionadas por el Ministerio del Interior en su Web (<http://www.interior.gob.es/>. Revisado el 28 de febrero de 2014)-, continúa su descenso a pesar de la crisis económica hasta llegar a los números de 2001, no existe ninguna justificación para abrir la seguridad pública a las empresas privadas porque nada pueden aportar a la vista de las estadísticas. En este sentido, no resulta impertinente apuntar que los modelos continuamente mencionados por las autoridades del Ministerio del Interior para justificar la entrada de empresas privadas en el “negocio de la seguridad” (que incluso se llegaron a invocar expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley de Seguridad Privada de 1992 como “espejo en el que mirarse”, mencionándose concretamente la situación en Bélgica, Reino Unido o Francia), corresponden, justamente, a algunos de los países europeos con mayores índices de criminalidad; es decir: cuanta más presencia de las empresas privadas de seguridad mayor delincuencia, más negocio y, al parecer, más razones para imitar (los menores índices de criminalidad corresponden a Grecia, Portugal y España, justamente los países en los que hay menor infiltración de las empresas privadas en la seguridad pública).

atentos a la obtención del beneficio que a la salvaguarda de los intereses públicos (la experiencia en la privatización de las prisiones inglesas es suficientemente conocida<sup>35</sup>). Esto ya ha sucedido en otros sectores entregados a la “iniciativa privada”, y ocurrirá ahora también<sup>36</sup>; y todo ello, además, con el añadido de que la política de seguridad dejará de ser democrática, pues el que desee seguridad va a tener que pagarla (Díez Ripollés, 2004 y Álvarez García, 2006).

Finalmente conviene señalar que la constitución de ejércitos de vigilantes privados (armados), en un número muy superior al que suman los miembros de la Guardia Civil y la Policía Nacional, con deficiente formación, ideológicamente cercanos al pensamiento más reaccionario –como sucedió en los años 70-, y controlados por instancias particulares al margen del Estado, constituye un elemento de fuerte preocupación desde la perspectiva política<sup>37</sup>, amén de suponer un cuantiosísimo trasvase de fondos económicos desde el Estado hacia las empresas privadas.

B) El orden público, desde el punto de vista constitucional, exige ser comprendido no en un sentido de “quietud” de los ciudadanos sino en el de participación activa de estos en la totalidad del Ordenamiento<sup>38</sup>; ello requiere desterrar como referente conceptos como el de “mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”<sup>39</sup> (mero orden en la calle, esa trivialización del concepto a la que se refería Martín-Retortillo (1975: 42; 1973) u otros similares como contenido material del orden público, y sustituirlos por otros que se refieran a la participación activa plena de los ciudadanos en la vida jurídica (con expresión de todos sus derechos, lo que implica la construcción positiva del concepto<sup>40</sup>)<sup>41</sup>. En este sentido, y no sólo ni principalmente por argumentos de intervención mínima, la intrusión pública en la

<sup>35</sup> Sobre la experiencia privatizadora en las prisiones, véase con carácter general Sanz Delgado (2000; 2009: 2 ss.). Véase también Del Rosal Blasco (1998: 115 ss.). Por lo que se refiere a la experiencia española (constreñida momentáneamente a los centros de menores), consúltese el esclarecedor estudio de Dopico-Gómez Aller (2011).

<sup>36</sup> Y experiencias hay en España y en otros países europeos. El caso de la sanidad y las líneas de ferrocarril en el Reino Unido, tras las privatizaciones llevadas a efecto por la Sra. Thatcher, es ya paradigmático; en el caso español el ejemplo del sector financiero es también suficientemente expresivo de lo que aquí se está narrando.

<sup>37</sup> Ese enorme crecimiento de la seguridad privada se debe al abandono por parte de la seguridad pública de determinadas áreas; véase a este respecto, Rico y Salas (1988: 164).

<sup>38</sup> Prescindo, pues, de aquellas concepciones que abriendo el concepto a la moral, ética, costumbres sociales, sentimiento social, etc., nos arrojan a la más absoluta inseguridad y a una manipulación por necesidad contingente (véase una exposición al respecto en Izu Belloso (1988: 1 ss.)). Por ello coincido con quien fuera mi Profesor de Derecho Administrativo Carro Fernández-Valmayor (1990: 15), cuando afirma: “el orden público sólo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en concretas normas jurídicas. Así, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas por el Ordenamiento jurídico”.

<sup>39</sup> Que es, sin embargo, el usado por el ALOPSC en su artículo 1.2: *Esta ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos*, con lo que se viene a poner claramente de manifiesto la esencia preconstitucional de dicho Anteproyecto, más cercano a la vieja Ley de Orden Público de 1959 que a los vigentes artículos 149.1.29 y 104 del texto constitucional (y al articulado de la vigente Ley de Seguridad Ciudadana, en el que no aparece ni siquiera mentada referencia alguna a la “tranquilidad ciudadana” como objeto de la regulación).

<sup>40</sup> Véase en este sentido la ya vetusta STC 19/1985, de 13 de febrero, según la cual “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”.

<sup>41</sup> Es decir, “perturbación” del orden público no es un equivalente a alteración de las condiciones en las que habitualmente se desenvuelve la vida ciudadana, entendimiento este que se corresponde más –y que entronca con algunos “tradicionales”- con la exclusión material de los ciudadanos de la vida pública y su enclaustramiento en un protagonismo meramente electoral.



vida ciudadana (que no necesaria ni principalmente tiene que correr a cargo del Derecho Penal) ha de retrasarse hasta aquellas situaciones en las que las condiciones mínimas de ejercicio de esa participación de los ciudadanos en la vida jurídica se vean seriamente comprometidas. Dicho de otra forma: el ejercicio público de derechos constitucionales como los de reunión, manifestación, expresión, etc., no puede verse como un supuesto de compromiso para el orden público, sino como plena realización de éste<sup>42</sup>, formando parte del contenido de su concepto<sup>43</sup>. A esto debe dársele una doble trascendencia: por una parte ha de entenderse como modo no sólo legítimo sino necesario de expresión ciudadana para la adecuada conformación del orden político (éste no sólo se construye mediante la expresión o información materializada en los medios de comunicación, pues eso llevaría a que sólo las clases económicamente poderosas pudieran participar en esa conformación, sino también por otros medios, de todo tipo, que estén al alcance de los ciudadanos); así, las protestas, reuniones o manifestaciones públicas han de ser conceptuadas no como elementos de sospecha de alteración del orden sino como expresión de participación ciudadana en la realización del orden constitucional, cuyo desarrollo no sólo no debe ser obstaculizado o reprimido sino alentado<sup>44</sup>. En segundo término, y dada la importancia de los bienes en conflicto, no deben construirse los tipos penales partiendo del presupuesto de que son los derechos de manifestación o reunión los que deban ceder –incluso anticipadamente– ante cualquier alteración en la posibilidad de realización de otros derechos<sup>45</sup>, sino justamente el orden inverso lo que exige –tal y como se lleva a cabo en otras situaciones de ponderación– amoldar esos otros derechos a la situación de conflicto<sup>46</sup>. Es decir, el concepto de orden público como substrato y condicionante para el ejercicio de otros derechos, ha de construirse de modo integrado con el ejercicio de los derechos constitucionales<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Obviamente, no sólo el ejercicio de derechos constitucionales puede comprometer el orden público, y ello es así porque éste es un foco de atracción o soporte de cualesquiera manifestaciones de la vida individual o colectiva, lo que sucede es que el ejercicio de derechos y libertades públicas constitucionalmente reconocidos (comenzando, naturalmente, por su mismo desarrollo) será normalmente el que rellene de contenido material el concepto de orden público (y, en realidad, lo será el substrato de todos ellos: la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad).

<sup>43</sup> Desde luego no es esta la idea que está presente en el artículo 1.1 del ALOPSC según el cual: “La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes”. Como puede comprobarse, la “seguridad ciudadana” (concepto más restringido que el de “orden público” pero que participa de éste en sus elementos esenciales; Parejo Alfonso (*id.*: 75) entiende que “La seguridad pública supone en todo caso una noción más precisa que la de orden público”, constituye un momento previo y externo al ejercicio de los derechos constitucionales.

Hay que señalar que no pocos autores manifiestan no haber entendido suficientemente el problema; es el caso de Blay (2013: 8) cuando afirma en un pasaje de su obra –en la que importa toda una serie de modelos clasificatorios de dudosa utilidad–: “Bajo el modelo de gestión negociada, se considera necesario que policía y manifestantes negocien previamente para poder garantizar los derechos de expresión y reunión y asegurar niveles tolerables de alteración de la convivencia”. Digo que hay insuficiente comprensión del problema porque una manifestación no supone *per se*, nunca, alteración alguna de la convivencia, sino, precisamente, realización de la misma.

<sup>44</sup> Sólo los regímenes totalitarios pueden pretender el acallamiento ciudadano, y sólo éstos pueden ver como un peligro, como “una molestia democrática”, la realización de manifestaciones o reuniones. Por el contrario, la plena realización democrática exige esa confrontación, esa crítica que se produce, también, a través de manifestaciones y reuniones.

<sup>45</sup> Llamo la atención nuevamente sobre la no utilización por mi parte de términos como “alteración de la vida ciudadana u otros parecidos”, y ello porque parto de la idea de que las manifestaciones o reuniones públicas forman parte de esa vida ciudadana, y por ello no deben entenderse como alteración de la misma.

<sup>46</sup> Para la diferenciación entre intervención penal y administrativa en este ámbito, véase Parejo Alfonso (*id.*: 52 ss.).

<sup>47</sup> Sobre su evolución histórica, véase Martín Retortillo (1983).

Pues bien, tanto el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana como el Proyecto de Ley de Seguridad Privada o el Proyecto de Reforma del CP, en lo que se refiere a los artículos 550 y ss. del CP (atentados, resistencia y desobediencia, y desórdenes públicos), parten de una idea esencialmente contraria a la acabada de exponer, pues detrás de los “tipos penales reformados” lo que está es un concepto de orden público entendido como “tranquilidad en la calle”, claramente limitador del ejercicio de los derechos y de las libertades, esto es: un concepto de orden público, unos tipos penales que lo que cuestionan, en definitiva, es el propio orden constitucional<sup>48</sup>; y aquí es donde, parafraseando a López Pina (1991: 248), está el problema: que quien debiera ser el garante de los derechos es el que amenaza nuestras libertades.

En efecto, el texto del artículo 557.1 del ALOPSC (desórdenes públicos), preceptúa:

Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Este texto, y en relación con el vigente<sup>49</sup>, presenta una modificación fundamental: en el vigente se exige como elemento del tipo la efectiva alteración del “orden público” como consecuencia de los hechos que lleve a cabo el sujeto; sin embargo, en el Anteproyecto basta con que se altere la “paz pública”, es decir, que sería suficiente con una afectación a la “tranquilidad ciudadana”. Se adopta así, materialmente, el concepto de “orden público” que se criticaba más atrás, que es el que se ha llevado al tipo penal.

Tres elementos más subrayan la diferencia entre uno y otro texto: 1º) En el Anteproyecto se convierte un delito de tendencia (caracterizado por la exigencia de que el sujeto activo se proponga la alteración de la paz pública) en uno privado de especiales elementos subjetivos en el que bastaría la efectiva alteración de la paz pública (el orden en la calle). 2º) En el Anteproyecto se considera típica no sólo la actuación en grupo sino la individual (“aunque amparada en el grupo”, con lo que se introduce un elemento de muy difícil probanza que terminará avocando al juego de las presunciones), con lo que se amplía la tipicidad a supuestos en los que no es posible que concurren (y en este sentido es coherente la introducción de este elemento con la supresión de toda referencia al orden público) más que meros episodios de alteración de la “tranquilidad en la calle”. En todo caso debe tenerse en cuenta que, como señala Baucells Lladós (2012: 976), “si existe amparo del grupo ya existe actuación ‘en grupo’”. Sobre todo teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende por grupo desde la ‘pareja criminal’ hasta la ‘muchedumbre delincuente’ (STS, de 8 de mayo de 1993) y que se acepta tanto el acuerdo o plan previo como la asunción fáctica durante el desarrollo del delito”; incluso, añadido yo, el Tribunal Supremo ha aceptado el acuerdo improvisado (STS 258/1998, de 28 de febrero) y la jurisprudencia menor ha aceptado también la actuación convergente con el fin de alterar la paz pública (SAP, Guipúzcoa, 3ª, 3147/2000, de 28 de septiembre). 3º) Se elimina la exigencia típica de que, más allá del posible concurso de delitos, el sujeto activo realice actos productores de

<sup>48</sup> Véase en este sentido, De Bartolomé Cenzano (2002).

<sup>49</sup> *Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código.*

lesiones, daños, etc., bastando en el Anteproyecto con actos de violencia sobre las personas o las cosas o amenazas de causarlos; es decir, que de un delito de medios determinados (STS 1622/2001, de 21 de septiembre) se pasa a uno meramente resultativo, y de uno de desórdenes públicos se pasa a un injusto de mera intranquilidad personal. Con ello el tipo se queda bastante alejado de la pretensión de tipificar, como señalaba la Jurisprudencia, el “terrorismo de segundo grado” (SAP, Sevilla, 4ª, 415/2004, de 6 de julio).

Pero si el número 1 del artículo 557, tal y como viene redactado en el Anteproyecto, modifica sustancialmente el núcleo duro de los delitos de desórdenes públicos, el núm. 2 (*Con las mismas penas se castigará a quienes actúen sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo*) cambia absolutamente las reglas de la participación criminal, y castiga la inducción fracasada a título de autoría<sup>50</sup>, así como lo que pudiera ser –siempre y cuando se acepte la complicidad psicológica junto con la material- cooperación necesaria o complicidad (o incluso mero acto preparatorio impune), también con la pena destinada a los autores<sup>51</sup>.

En el nuevo artículo 557 bis<sup>52</sup> se termina de poner de manifiesto, y más allá de incontables errores técnicos en la configuración típica<sup>53</sup>, la clara determinación del Legislador de amordazar la protesta social con la amenaza de gravísimas penas que pueden suponer la entrada en prisión. Me refiero, por ejemplo, a la aplicación

<sup>50</sup> En el Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de Ley de Reforma del CP, se indicaba: “La inclusión de estos comportamientos supone una alteración del régimen general estatuido en el Código Penal, habida cuenta que la incitación no acompañada de la ejecución del hecho sólo es punible, como modalidad de provocación, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 cuando se lleve a cabo por medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas”.

<sup>51</sup> Además se plantean problemas de coherencia con el apartado 1 del mismo artículo porque en éste la conducta, se trata de un delito plurisubjetivo (STS 1622/2001, de 21 de septiembre), corresponde a un grupo o a individuos pero que actúan “amparados por el grupo”; sin embargo, el número 2 alude simplemente a incitación a meros individuos.

En cualquier caso, y tal y como se indica en el Informe del CGPJ antes citado, lo que ya carece de toda justificación “es el diferente tratamiento jurídico de la incitación o reforzamiento regulada en el artículo 559, pues se llega al extremo de tratar con mayor benevolencia comportamientos de gravedad superior. Según establece el artículo último citado. *La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

Debe anotarse, además, que este artículo 559 se refiere a los delitos del 557 bis como “delitos de alteración del orden público”, cuando es lo cierto que, tal y como he señalado, estamos ante delitos contra la “paz pública” y no contra el “orden público”.

<sup>52</sup> *Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes:*

1. *Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.*
2. *Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.*
3. *Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas.*
4. *Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje.*
5. *Cuando el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*En estos supuestos será igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.*

<sup>53</sup> Por ejemplo, carece de sentido que el tipo agravado disponga como límite mínimo de la pena un año, y así coincida en buena parte del marco penal con el tipo básico, lo que puede terminar provocando que la realización del tipo agravado acabe mereciendo menor pena, en el caso concreto, que la que pueda corresponder al tipo básico.

del tipo agravado por el hecho del lanzamiento de “objetos contundentes”<sup>54</sup>. En realidad, lo que se pretende es intimidar (con un contenido que no es el propio de la prevención general negativa constitucionalmente entendida, es decir: con terrorismo penal) para evitar la participación en todos aquellos acontecimientos en los que la manifestación aparezca como algo que vaya más allá de una “alegre romería en día feriado”; y es que, la experiencia nos enseña, el lanzamiento de piedras, botes o botellas es algo relativamente habitual durante el desarrollo de manifestaciones celebradas en ambiente tenso (como el que pudiera corresponder al cierre de plantas industriales o al desmantelamiento de servicios públicos esenciales), lo que es moneda corriente en los actuales momentos por los que están haciendo atravesar a los ciudadanos. ¿Significa ello que propugne la impunidad de estos actos u otros violentos del mismo carácter? No, sino sencillamente que se castiguen pero únicamente atendiendo al resultado producido (daños, lesiones, etc., y no el mero peligro abstracto, y tampoco bajo la construcción de estructuras de sospecha), que debe ser prevenido por los agentes de la autoridad mediante la utilización del equipamiento y entrenamiento adecuados. Todo lo que exceda de ello implica, en realidad, criminalizar el legítimo ejercicio del derecho de manifestación y justificar la intervención violenta de las fuerzas antidisturbios, lo que provocará –eso sí– alteración del orden público en sentido constitucional. Al resto de los supuestos del nuevo precepto se les debería dar idéntica solución: es decir, aplicar el tipo penal que corresponda a la concreta infracción cometida si es que está tipificada autónomamente, o agravar la pena de acuerdo con el catálogo general de circunstancias; en los casos en los que ello no sea así, no hay razones de injusto que justifiquen el incremento de la sanción en relación al tipo básico (¿cuál es el injusto añadido por ser la reunión más o menos numerosa, que justifique el llevar la pena de prisión hasta los seis años en el máximo del marco penal?).

33

En cuanto al artículo 557 ter<sup>55</sup>, constituye toda una burda pretensión de criminalizar los conflictos laborales; más amordazamiento, pues, de las contiendas sociales. De acuerdo a este precepto, los trabajadores deberán protestar sólo respetuosamente y a distancia de las instalaciones empresariales. Es decir: el Ordenamiento jurídico español sigue sosteniendo, abstractamente, la posibilidad de que los ciudadanos protesten las decisiones empresariales o políticas que les afecten, pero no les permite expresar la queja a través de los modos que históricamente, en todo el movimiento obrero y ciudadano mundial, han utilizado. Es el comienzo de la elaboración de la urdimbre jurídica de la dictadura<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> El redactor del Anteproyecto trata de otorgar mayor gravedad a este acto al incluirlo con otros como el lanzamiento de explosivos, cócteles molotov, o similares, lo que carece de sentido.

<sup>55</sup> 1. Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de su actividad normal serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª o 5ª del artículo 557 bis.

<sup>56</sup> Constituyendo la máxima expresión de lo que digo la legislación que se prepara contra las mujeres como género, pues no de otra forma se puede entender una norma (el llamado “Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada”) mediante la cual se suprime el derecho de las mujeres a decidir sobre la evolución de su embarazo, sobre el devenir de su propio cuerpo. Ese anteproyecto es de dominación, de sometimiento, de sujeción de las mujeres a una voluntad ajena a ellas mismas que es la única que debe tenerse en cuenta en esta materia, y por ello no puede calificarse como producto típico de un sistema democrático.

Señala con razón Foucault, y muchos otros autores lo han hecho también, que con la aparición de las prisiones el poder se sofisticaba en cuanto a la tecnología del castigo, pues frente a la acción sobre el cuerpo del reo (los azotes, la marca, la mutilación, la muerte) característica del Derecho Penal medieval y de la Monarquía Absoluta, se pasa al ejercicio sobre su espíritu (la privación de libertad).



En todo caso, no creo que se pueda argumentar, como indica algún autor (Baucells Lladós, *id.*: 979), que la tipificación en cuestión carezca de sentido por estimarse que casi todas sus modalidades ya están recogidas en otros preceptos del Código Penal; en concreto en los tipos de allanamiento del artículo 203 o de usurpación del artículo 245 si se pretende una estadía prolongada. No estoy de acuerdo con este planteamiento por un problema de bien jurídico, y es que, en referencia al allanamiento, y como se señala en alguna jurisprudencia, estos tipos se aplican únicamente cuando la entrada suponga un riesgo para la intimidad de alguien, por lo que será atípico el encierro de los representantes sindicales de una empresa con la intención, no de acceder a datos o documentos, sino de protesta contra determinadas decisiones de aquélla (SAP, Valladolid, 4ª, 243/2006, 20-6). En cuanto a la usurpación del artículo 245 CP exige voluntad de permanencia y una duración de la misma de suficiente entidad y no meramente simbólica (SAP, Barcelona, 5ª, 16 de enero de 2003), lo que no concurrirá generalmente en estos supuestos.

La cuestión fundamental, en todo caso, no es la de una posible existencia de concursos de normas, sino la ausencia de sustrato de esas acciones para constituir un injusto penal (lo que se viene a admitir por el propio Legislador a la vista de la entidad de la pena con que se amenaza la conducta), por un lado, y por otro la de la concurrencia del ejercicio de derechos constitucionales que resultan vulnerados por la norma penal, al menos en el sentido de proporcionalidad –limitación desproporcionada al ejercicio de un derecho.

Finalmente, y en lo que respecta a los desórdenes públicos, he de referirme al nuevo texto del artículo 559 CP, según el cual: *La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis CP, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Otro ejemplo de adelantamiento excesivo de las barreras de punición conforme al cual se castigan actos preparatorios con la clara finalidad de incrementar la intimidación frente a la participación en reuniones o manifestaciones*<sup>57</sup>.

C) Con el Anteproyecto de Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana, que en los momentos en que se redacta el presente trabajo está sometido a informe del CGPJ y de la Fiscalía General del Estado, se trata de terminar de amordazar a los ciudadanos y convertir en inane toda protesta colectiva. De esa Ley resulta llamativo, en primer lugar, que no se hable en ninguna parte, excepto en la Exposición de Motivos, del “orden público”, lo mismo que sucede con la vigente ley (lo que no deja de resultar llamativo a la vista de que la propia Constitución en el artículo 21.1º se refiere a este concepto a la hora de posibilitar la prohibición de reuniones y manifestaciones –a las cuales se dedica no poco espacio en el Anteproyecto-, aunque no menciona el concepto ni a la hora de fijar las competencias estatales en el artículo 149.1.29, ni la misión de las Fuerzas de Seguridad en el artículo 104; también se alude al “orden público” en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión), y sí, exclusivamente, de la seguridad ciudadana; ya me he referido más arriba al distinto contenido de estos

---

Pues bien, con la legislación sobre aborto que nos viene, el cuerpo de la mujer –sólo de la mujer, pues insisto en que se trata de una “legislación de género”- vuelve a convertirse en objeto directo de la brutalidad del castigo, el Estado pasa a controlar su cuerpo, a regularlo, y decide sobre su evolución. La mujer, por ello, pasa jurídicamente a una situación de “no persona”, pues ni siquiera se le reconoce derecho a decidir sobre ella misma, siendo desde un Ministerio desde donde se resolverá si debe continuar su embarazo y parir.

<sup>57</sup> Quizás la vieja idea de los delitos de policía como delitos de peligro abstracto.

conceptos y a las implicaciones “positivas” del de “orden público”, y a las connotaciones que presenta el de seguridad ciudadana.

En todo caso hay que resaltar cómo en el propio artículo 3 d) del ALOPSC se acude a un planteamiento, creo que inadmisibile, desde el punto de vista constitucional: me refiero al de constituir a la seguridad ciudadana como cláusula general limitante del ejercicio de los derechos y libertades (*Constituyen los fines de esta ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación: d) El respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades*). Carro Fernández-Valmayor (1999) apuntaba que... *ha de quedar bien claro que es inadmisibile hablar del orden público (con los problemas, además, que su delimitación conlleva, como nos es ya conocido) como un límite general, implícito, de los derechos fundamentales, que los convertiría, si así fuese, en una especie de derechos debilitados o intereses legítimos. Ya hace algún tiempo tuve ocasión de afirmar que toda intervención limitadora en los derechos fundamentales ha de estar perfectamente determinada por la ley (prevista constitucionalmente) y no justificada en base a una cláusula de orden público entendida como una habilitación general e indeterminada en favor de las autoridades de policía. Pues bien, si como creo, dicha cláusula de orden público no puede ser considerada como una cláusula habilitadora de cualquier intervención, tanto menos es admisible la consideración del carácter implícito, inmanente, del orden público como limitador de los derechos fundamentales.*

En este sentido, ya indiqué en otra obra (Álvarez García, 1999:14) la necesidad de recordar el rechazo que el Tribunal Constitucional ha efectuado de la llamada “cláusula de la comunidad” consagrada en la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana, que permite la limitación de los derechos fundamentales con base en “bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad”, aunque éstos no tengan reconocimiento constitucional. Tesis esta que, en palabras de De Otto y Pardo (1994: 172 ss.)<sup>58</sup>, *reduce a la nada la garantía de los derechos frente a una fuente de limitaciones prácticamente inagotable, que carece de todo fundamento constitucional y que pone los derechos por completo a disposición del poder público*. Desde luego esto no quiere decir que no existan límites a los derechos fundamentales, pues toda la doctrina de los límites inmanentes o implícitos (Gavara de Cara, *íd.*: 160)<sup>59</sup> (límites “necesarios” los denominó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1981, de 13 de febrero), referida a derechos fundamentales sin expresa formulación de reservas, apunta en otra dirección (además del juego que permiten los artículos 53.1 y 81.1 CE, y toda la construcción relativa al “contenido esencial” y al principio de proporcionalidad; incluso nuestro Tribunal Constitucional ha ido más allá por la interpretación, no exenta de críticas, que ha realizado del artículo 10.2 CE, y de las cláusulas de moralidad<sup>60</sup> u orden público<sup>61</sup> a las que en alguna ocasión ha acudido); el juego de la coexistencia de derechos fundamentales, obliga, pues, al establecimiento de límites, aunque entiendo que le asiste la razón a K. Hesse cuando señala que la *presunta contradicción entre normas constitucionales se puede solucionar de dos modos:*

<sup>58</sup> Para quien la “cláusula de comunidad” no constituye más que una derivación de la confusión, durante el período nacional socialista y especialmente debido a Siebert y Larenz, entre límites inmanentes e inherentes. No obstante lo acabado de apuntar, para el autor que ahora se cita, “La principal crítica de la cláusula de comunidad sin tener en cuenta su carácter circular y de concepto jurídico indeterminado es la ausencia de un fundamento constitucional, es decir, su no previsión en la Constitución”.

<sup>59</sup> Ciertamente, en numerosos casos esta doctrina de los límites inmanentes termina pareciéndose a la “cláusula de comunidad”, especialmente por el uso que se hace de ella por los Juzgados y Tribunales ordinarios.

<sup>60</sup> STC 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>61</sup> 65/1992, de 29 de abril.



establecer una decisión de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra o intentar conseguir una optimización de forma que se apliquen ambas normas constitucionales a la vez<sup>62</sup>. En este último sentido apuntar que, posiblemente en algunos casos, se juega demasiado la carta de las limitaciones y poco la de la coexistencia (por ejemplo en materia de libertad de expresión/honor), y desde luego el ALOPSC se apunta a lo primero.

Pero el dicho artículo 3 d) del ALOPSC plantea, además, un fundamental problema hermenéutico, pues se refiere a tres términos (*Constituyen los fines de esta ley... d) El respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades*). Pues bien, si en la primera expresión (el respeto a la ley) ya se refiere a la realización del Ordenamiento Jurídico ¿qué añaden las otras expresiones? ¿Cuál sería el contenido referencial de la “paz”? La Constitución española se refiere a la “paz social” en el artículo 10.1, y en el artículo 63.3 a, sin más apellidos, “la paz” pero en el sentido de “cesación del estado de guerra”. ¿Qué se debe entender, pues, por “paz” en el ALOPSC? Si excluimos la realización del Ordenamiento (ese referente ya está cubierto por el primer término), pareciera que la referencia sería a la “tranquilidad” no infractora del orden jurídico, pero que pudiera causar un estado de inquietud; sin embargo, dicha significación no sería admisible en ningún caso a la vista de que se trata de un condicionante en el “ejercicio de derechos y libertades”. Más aún: hay que tener en cuenta que a la hora del establecimiento de límites al, por ejemplo, derecho de reuniones y manifestaciones en lugares de “tránsito público”, la única causa constitucional de prohibición es la alteración del orden público “con peligro para personas o bienes” (artículo 21.2 CE<sup>63</sup>), lo que viene siendo interpretado en el sentido de infracción penal contra esos dos objetos (concepto que comprendería, según Carro Fernández-Valmayor, el contenido material de la “seguridad ciudadana”, que junto con el de “orden público” quedarían abarcados por el más amplio de “seguridad pública”<sup>64 65</sup>). Por tanto, una simple puesta en peligro de “la paz”, equiparada a una mera “intranquilidad” sin conculcación del ordenamiento penal en lo que importa a la protección de bienes o personas, no puede servir de condicionante para el ejercicio del derecho fundamental.

<sup>62</sup> Cita tomada de Gavara de Cara (*íd.*: 291).

<sup>63</sup> Véase también el artículo 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. También la interpretación del precepto y de la cláusula de “orden público” ofrecida por Martín Retortillo (1983), su trabajo, que es de referencia. Sobre la interpretación de este 21.2 CE véase el fundamental trabajo de Martínez Garay y Mira Benavet (2011: 80 ss.).

<sup>64</sup> Carro Fernández-Valmayor (*íd.*: 22 ss.). Véase el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, según el cual: *La Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación.- 2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley.- 3. Las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley .4. El mantenimiento de la Seguridad Pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Resulta de interés en este punto la obra de Barcelona Llop (1988). También la STC 66/1995, de 8 de mayo, para la cual: “Ciertamente, el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitual discurrir de la convivencia social, puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; sin embargo, sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el mentado precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes”.

<sup>65</sup> El Tribunal Constitucional, sin embargo, en alguna resolución (STC 325/1994, de 12 de diciembre) ha tratado como equivalentes todos estos diferentes conceptos.

Problemas similares existen con la referencia a la ya mencionada “seguridad ciudadana” (referencia fundamental en la vigente Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana). En este caso nos encontramos con un término que sí tiene presencia constitucional: en el artículo 104.1 CE<sup>66</sup>, y que ha sido interpretado por la mejor doctrina en conexión con el de “orden público” (en sentido estricto) y la seguridad pública como realización del orden jurídico en un cierto ámbito. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta que la norma ya se ha referido al “respeto a la ley”, ¿qué incorpora como novedoso, respecto de esta última referencia, la alusión a la “seguridad ciudadana”? Me temo que tanto con esta expresión como con la referencia a “la paz” se pretende ir mucho más allá de lo aceptable constitucionalmente; y esto encaja perfectamente con ese indisimulado deseo de amordazar la opinión pública, la protesta social, y, en último término, de hacer primar una presunta “eficacia” policial sobre la libertad (y a despecho de lo que se dijera en la STC 341/1993, de 12 de noviembre: *La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales*).

Por otra parte, es evidente que esta ampliación del control preventivo responde a esa política que de modo global se ha venido a denominar “securitaria” o de “seguridad ciudadana”, que se caracteriza por adelantar (prevención) los elementos de control a momentos anteriores a los de la producción del acontecimiento no deseado (lo que cohonesta con la llamada “sociedad del riesgo” y se plasma, desde el punto de vista penal, en un claro adelantamiento de barreras punitivas, todo ello junto con la banalización de las diferencias entre autoría y participación y la atracción típica de actos preparatorios generalmente impunes, lo que es propio de un derecho penal de autor –propuesta que, como se ha visto más arriba, se ha llevado al actual Proyecto de reforma del CP en materia de orden público<sup>67</sup>).

<sup>66</sup> *Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*

<sup>67</sup> Aunque haya analizado alguno de los preceptos del ALOPSC no es el estudio de ese texto el objeto de las presentes líneas, pero ello ha sido obligado para poder entender en su plenitud la reforma penal actualmente en marcha. Lo dicho no impide, sin embargo, apuntar la gran alarma que ha provocado en el ámbito jurídico –y más allá de carencias técnicas, que las hay y no pocas- la presentación del Anteproyecto. Preceptos como los contenidos en los artículos 1.2 (con referencia expresa a la “tranquilidad de los ciudadanos” como objeto de la Ley), los “nuevos fines” reflejados en el artículo 3 b) y g) (la redacción de este último ha levantado especiales sospechas en relación con el respeto al derecho de huelga), el establecimiento del deber de colaboración recogido en el último inciso del artículo 7 (que convierte a todos los empleados públicos en policías en su respectivo ámbito, bajo amenaza de sanción), la identificación del artículo 16 que plantea problemas de constitucionalidad en atención a lo dispuesto en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, la detención administrativa a la que se refiere el artículo 17.2, las numerosas imprecisiones sobre el cacheo en el artículo 19, la retención de personas no vinculada a fines de identificación del artículo 20, y un largo etcétera, son motivos de enorme preocupación y de aseveraciones firmes de posible inconstitucionalidad. Pero se me permitirá que destaque especialmente algún renglón de los preceptos destinados a las infracciones a la seguridad ciudadana; lo primero que debe hacerse notar es el desmedido crecimiento de éstas, pues de 19 que se contemplan en la ley vigente se pasa a 58 (véase el Informe de la Fiscalía General del Estado al ALOPSC, especialmente la página 20); en segundo término señalar que se amplía la responsabilidad a los cómplices necesarios e inductores (con una cláusula de autoría similar a la plasmada en el vigente artículo 28 CP) y se constituye el responsable solidario que en no pocos casos lo podrá ser en una configuración de responsabilidad objetiva, a despecho del principio de culpabilidad (artículo 29.2 y 3); se aumenta extraordinariamente la cuantía de algunas sanciones –las muy graves- en relación a lo dispuesto en la ley vigente (véase artículo 38), y un largo etcétera.

Pero llama especialmente la atención alguna de las nuevas infracciones (más allá de que algunas de ellas coincidan punto por punto con tipos penales –como el caso del artículo 35.9- o que presenten graves problemas de taxatividad –como las descritas en los artículos 34.2 y 6-, etc.), como por ejemplo las siguientes: considerar como infracción muy grave la alteración de la seguridad ciudadana no constitutiva de delito y grave idéntica conducta cuando no constituya ni delito ni infracción muy grave,



D) Todo lo dicho hasta aquí ilumina suficientemente las modificaciones efectuadas en los artículos 550 y ss. CP. De lo ahí propuesto (y más allá de lo apuntado más arriba relativo a la equiparación de los vigilantes de seguridad con los funcionarios públicos) sólo resta apuntar lo siguiente: 1º) De la misma manera que sucede, tal y como pondremos de manifiesto a continuación, con los delitos de lesiones, el texto del Gobierno echa por la borda muchos años de esfuerzos de la Jurisprudencia y la doctrina por delimitar los elementos típicos del delito de atentado y diferenciarlo de los de resistencia a la autoridad. Esto, no hace falta mucho énfasis para ponerlo de manifiesto, violenta gravísimamente la seguridad jurídica y destruye estúpidamente el trabajo acumulado por muchos operadores jurídicos; 2º) El nuevo tipo del artículo 550 CP supone un renovado giro autoritario al absorber cualquier clase de resistencia violenta con independencia de su gravedad. Constituye todo un reforzamiento del “principio de autoridad”<sup>68</sup>; 3º) El artículo 551, tal y como aparece en el Proyecto, supone una nueva vuelta de tuerca en la represión de las manifestaciones de protesta; un incremento de la represión cuyo único fin es atemorizar a los ciudadanos. Por ello se incluye una agravación específica referida a la realización de actos “potencialmente peligrosos” para la vida o la salud (pero sin puesta en peligro concreto); la referencia, por lo tanto, es a un mero peligro abstracto que se llega a presumir, *iuris et de iure*, en los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes<sup>69</sup>. Con lo que digo no pretendo dejar desprotegidos a los miembros de la seguridad del Estado sino evitar lo que no son más que excesos punitivos, y que situaciones ya de por sí conflictivas y dotadas de una cierta dinámica agresiva (como son las manifestaciones en un contexto económico y político como el actual), se traten como si de “un baile de debutantes” se tratara; por ello hubiera sido suficiente la previsión de una agravación con puesta en peligro concreto de la vida o la salud; 4º) El actual tipo atenuado del artículo 555 CP deja de serlo, con lo que a los auxiliares se les castigará por atentado aunque con un tipo que posee mayor amplitud que éste; en efecto, y como señaló el CGPJ en su informe, mientras que en el delito del 550 CP se exige que la intimidación sea

---

utilizando un elemento referencial –la “gravedad”- que está absolutamente privado de determinación e incluso difícilmente determinable, y además son conductas recogidas en el tipo descrito en el artículo 558 CP (artículos 34.1 y 35.1); *los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones...*, infracción que, nuevamente, carece absolutamente de taxatividad (artículo 35.5); alteraciones de la seguridad ciudadana usando capuchas, cascos o cualquier otro tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación (artículo 35.2), que (con independencia de reminiscencias históricas que deberían poner sobre aviso a los redactores de la norma, por lo que sería conveniente que leyeran el Bando de 10 de marzo de 1766 y se ilustraran sobre lo que pasó) más allá de problemas, otra vez, de taxatividad, los plantea, y gravemente, de proporcionalidad; las ofensas a España o a las Comunidades Autónomas o entidades locales, supuesto en el que se pone de manifiesto no sólo el decidido empeño del Legislador de huir de toda precisión en la determinación típica, sino también el de silenciar la crítica ciudadana (artículo 35.12); el ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación de servicios sexuales retribuidos en lugares de tránsito público... (artículo 35.13), no la realización de los mismos, lo que no se entiende qué diferencia presenta –como no sea la del “pecado”- a efectos de la seguridad ciudadana con el ofrecimiento, etc., de servicios sexuales no retribuidos; atentados al honor de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –no se sabe si la infracción cubriría también a los integrantes de la seguridad privada-, más allá de la protección que puede dispensarles los delitos contra el honor (36.3), contando además con su privilegiada situación procesal (véanse los artículos 47.2 y 52, verdaderos monumentos a la conculcación de la presunción de inocencia), y resucitando el viejo delito de desacato; etc.

Para concluir esta nota sólo remitir al Informe sobre el ALOPSC elaborado por la Fiscalía General del Estado –páginas 37 ss.) donde pone de evidencia muy graves problemas de procedimiento.

<sup>68</sup> A mi modo de ver yerra el Informe de la FGE cuando dice: “la resistencia, para que merezca la calificación de atentado debe venir acompañada de violencia o intimidación grave, por lo que la resistencia meramente pasiva sigue integrándose en la figura más benigna del art. 556”; y se equivoca porque no es lo mismo decir “intimidación grave y violencia” (que es lo que figura en el texto del Proyecto), que “intimidación o violencia graves”, en el segundo caso la calificación afecta a los dos referentes, en el primero, obviamente, sólo a la intimidación.

<sup>69</sup> Me remito a los comentarios efectuados más atrás en relación a los desórdenes públicos.

“grave”, en el caso del nuevo 554.2 no se requiere, con la consecuencia de que quien ataca a los meros auxiliares merece una pena mayor que quien hace lo propio con, directamente, los funcionarios correspondientes. Esto no tiene sentido y vuelve a poner de manifiesto una considerable falta de, al menos, cuidado en la elaboración de la ley de reforma; por otra parte, la pena resulta excesivamente agravada en relación al vigente artículo 555 CP, y también si se tiene en cuenta que la equiparación a efectos penológicos es excesiva porque, al fin y al cabo, los auxiliares no son funcionarios; 5º) Se equipara a los sujetos activos de los artículos 550 y 551 CP a los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones. Creo, sin embargo y con Díez Ripollés (2013: 62), que se trata de supuestos que no se corresponden con el tipo básico de atentado y que tendrían un mejor tratamiento con la denegación de asistencia en general del Título X o, en último caso y si se decidiera mantenerlos en este Capítulo II del Título XXII, como tipo atenuado<sup>70</sup>.

#### 4. La lucha contra la corrupción

1. Que el sol sale todas las mañanas por el este y se pone por el oeste es tan cierto, y necesita tan poco aparato crítico, como la afirmación de que parte importante de la Administración Pública española, de los partidos políticos y de los sindicatos nacionales están en buena medida corrompidos hasta su núcleo (y a su lado, empresas y sindicatos patronales); y el que todos ellos –de forma concertada o no, con mayor o menor revestimiento “legal”- están despojando a los ciudadanos de su riqueza colectiva e individual, constituye también un aserto que, desgraciadamente y de tan evidente y conocido, no necesita demostración.

Tampoco hay que esforzarse en probar, ya lo he puesto más atrás de manifiesto, que los mecanismos realmente efectivos para detener la corrupción –los de control- o no funcionan (interesadamente), o sus gestores son realmente incompetentes o han sido (o están siendo) suprimidos.

Dicho todo esto, que es lo realmente importante, me centro a continuación exclusivamente en la reforma de algunos artículos de los contenidos en el Título XIX del Libro II CP (me mantengo, pues, exclusivamente en la corrupción pública), referidos a la malversación de caudales públicos.

##### 2. Sobre la malversación se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto:

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Como puede verse, se produce todo un cambio de modelo en la tipificación de la malversación que se lleva a cabo con referencia a la administración desleal. En efecto, es conocido cómo el Tribunal Supremo -y utilizo las palabras de Nieto Martín (2013: 789)-, tras más de siglo y medio de existencia del delito, descubrió, en

<sup>70</sup> Aunque en este caso, y como bien apuntan Cuerda Arnau, Olloquiegui Sucunza y De la Cuesta Aguado (2012).



los años 90, que el artículo 252 CP contiene dos figuras: administración desleal y apropiación indebida. A partir de ese momento, todo el desarrollo de las relaciones entre una y otra figura con la administración desleal recogida expresamente -a partir del CP1995- entre los delitos societarios, ha sido, y en buena medida –aunque no sólo- como consecuencia de las reglas de determinación de la pena, tremendamente confusa y no exenta de contradicciones (Roca Agapito, 2011: 741 ss.). Por ello era necesario realizar una modificación en todos estos tipos penales, y en ese sentido, y por lo que se refiere al modelo, la alteración –con carácter general<sup>71</sup>- producida con el Proyecto en lo que importa a la relación entre administración desleal y apropiación en el ámbito patrimonial privado es acertada, lo que facilitará enormemente la aplicación de estas distintas figuras.

Sin embargo, el esquema que el Legislador traslada a los delitos de malversación que consiste en construirlo, exclusivamente, sobre la administración desleal, considero que no es atinado; y no lo es porque, como con acierto manifiestan Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez (2013: 782), la administración desleal “a diferencia de la apropiación indebida, no sanciona conductas apropiatorias, sino de disposición fraudulenta de los bienes en la que el perjuicio causado no deriva de la expropiación de la cosa al titular, ni el beneficio se produce a consecuencia de la incorporación de la cosa poseída al propio o ajeno patrimonio, sino de su utilización desleal en interés propio o ajeno, pero sin apropiación/expropiación del bien”.

Lo acabado de exponer obliga –y, en realidad, de forma paralela a como se ha hecho en los delitos patrimoniales diferenciando apropiación indebida y administración desleal, y reflejando la actual relación entre los vigentes artículos 432 y 433 CP, aunque atendiendo a la especial relación entre el funcionario y los bienes que están a su disposición, a su cargo, lo que no necesariamente significa que los “tenga” por alguno de los títulos a los que se refiere el artículo 253 del Proyecto- a mantener –con algunos cambios de carácter meramente técnico- el actual tipo de malversación expropiatoria combinándolo con una nueva tipicidad de administración desleal que vendría a sustituir a alguna de las tipicidades actuales. De otra forma, lo que se acabaría provocando es, sencillamente, una desprotección frente a algunos comportamientos expropiatorios del patrimonio puesto a su cargo por parte de los funcionarios públicos.

Por lo que se refiere a la malversación por administración desleal parece más oportuno, en lugar de remitirse sin más al tipo de administración desleal de particulares -y como propone Roca Agapito (2013: 923)-, describir la tipicidad; y desde luego hacerlo –como sugiere Nieto Martín (*id.*: 794 ss.), de una forma más taxativa de lo que aparece en el modelo tomado del Derecho alemán, el cual, como es conocido, obedece a una reforma efectuada por el nacionalsocialismo en el año 33, con una amplitud en la descripción plenamente fiel a las directrices del Derecho autoritario.

Entiendo, además, que no sería inoportuno realizar una previsión de malversación por imprudencia grave, aunque sancionada con penas más leves e

<sup>71</sup> Pues algunas de las decisiones en la nueva tipicidad son –entiendo- equivocadas, por ejemplo la que se refiere a la eliminación del “dinero” como objeto material del “nuevo” delito de apropiación indebida (artículo 253), lo que va a provocar, con seguridad, no pocos problemas. Pero, en lo que importa al modelo genérico la decisión es más que correcta (e insisto, al margen de que se tendría que haber salido al paso de algunos problemas o haber evitado la comisión de ciertos errores, verbigracia: se debería haber sido más taxativo en la redacción del nuevo tipo, o, como señala algún autor como Nieto Martín (*id.*: 795 ss.), hubiera sido conveniente realizar previsiones particulares de administraciones desleales específicas; o tener en cuenta los patrimonios “autónomos” sin dueño –Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez (2013: 768 ss.).

incidiendo en las privativas de derechos (por resultar más apropiado ante razones evidentes que atañen al desvalor de la acción), para evitar conductas gravemente atentatorias al bien jurídico cometidas culposamente. Con ello se podría salir al paso de actuaciones de nuestros administradores públicos que han supuesto “negocios” absolutamente ruinosos para la Administración (los ejemplos de tantos aeropuertos desocupados o “proyectos” faraónicos de todo tipo, con inversiones verdaderamente multimillonarias, están en la conciencia colectiva).

En lo que interesa a las penas, tanto de la malversación expropiatoria como de la administración desleal del patrimonio público, deberían, en todo caso –es decir, también en el tipo imprudente-, no descender de los tres años de prisión, con el abierto objetivo de provocar la entrada en prisión de los funcionarios malversadores. Es decir: frente al mensaje que continuamente ha venido enviando el Consejo de Ministros (éste y los anteriores), de que los malversadores (especialmente si el destino del producto de la malversación era el financiar ilícitamente su partido político) deben ser tratados con benevolencia (lo que se ha venido traduciendo en los continuos indultos, totales o parciales, de que han sido, y están siendo, objeto), la prevención general, la preservación del bien jurídico protegido, requiere imponer penas de prisión de mayor dureza. Más aún: una política criminal coherente con la lucha contra la corrupción debería, y para evitar las continuas “bondades” del Consejo de Ministros con la “profesión de los políticos”, llevar a incluir como “disposición común” a los delitos contra la Administración Pública, la de prohibición del indulto a los funcionarios condenados por esos injustos (extendiendo así, no ilegítimamente, lo ya previsto en la Constitución para los miembros del Gobierno por el artículo 102.3). De no hacerlo así continuaremos viendo, como se ha denunciado ya<sup>72</sup>, cómo los delitos contra la Administración Pública son, proporcionalmente, los más indultados<sup>73</sup>.

41

Resta manifestar que con gran generosidad el Legislador, en los últimos tiempos, viene introduciendo en algunos delitos atenuaciones específicas en atención a la conducta postdelictiva del sujeto activo. Ello ha alcanzado el *desideratum* en el delito fiscal, siendo la generosidad del Legislador en este caso tanta que a base de “regularizaciones” puede el sujeto quedar totalmente exento de pena o con una sanción ridícula con la que no se pueden cumplir –es imposible- las finalidades de prevención general negativa (véase el artículo 305.4 y 6); con todo ello lo que se pone de relieve es la auténtica *ratio legis* de estos preceptos “premiales”: dejar en la impunidad el delito fiscal aunque con apariencia de que ello no es así. De esta forma puede decirse con absoluto rigor que en España sólo cometen delito fiscal los muy tontos o los exageradamente avariciosos; y que el Legislador nacional persevera con ahínco en buscar finalidades exclusivamente recaudatorias a la legislación penal.

Pues bien, estimo –y en ello vengo a coincidir con Roca Agapito (*íd.*: 927) - que la atenuación específica por colaboración en los delitos de malversación debería desaparecer, pues en nada contribuye semejante cláusula, antes al

<sup>72</sup> Un 1,6% de los penados: Doval, Blanco, Fernández Pacheco *et al.* (2011: 1 ss.).

<sup>73</sup> Considero que no fue ajeno a este propósito de indultar a los corruptos, la modificación efectuada en la Ley de Indulto en el año 1988. En efecto, la Ley de 1870 decía en su artículo 30: *La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta*; este texto fue modificado por Ley 1/1988, de 4 de enero, de modo que el vigente precepto reza así: *La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*. Como se puede comprobar la modificación no es baladí: se eliminó, nada más y nada menos, que el requisito de la motivación y no es necesario explicar por qué dada su obviedad (aunque la STS, Sala 3ª, de 20 de noviembre de 2013, ha devuelto la cuestión al estado inicial de la Ley, al exigir motivación en el caso del RD 1668/2012, de 7 de diciembre).



contrario, a la lucha contra la corrupción, siendo por otra parte suficiente a los efectos de la conducta post delictiva del culpable la atenuante genérica de reparación a la víctima del artículo 21.5<sup>a</sup> o la de confesión del 21.4<sup>a</sup>, ambas del CP<sup>74</sup>.

3. Pero la debilidad que se manifiesta en el Proyecto en la lucha contra la corrupción se pone en evidencia tanto por lo que falta como por lo que se reforma mal (para los intereses generales). En efecto, como ya he puesto de relieve anteriormente (Álvarez García, 2013b: 36 ss.), lo antidemocrático (siempre lo es la falta de compromiso en la lucha contra la corrupción) llega también por no implementar tipos penales que obliguen a los administradores públicos a ponerse a disposición de los ciudadanos; es decir: por evitar que la Administración Pública sea verdaderamente servidora de los intereses generales. Pues bien, en tanto que los ciudadanos están en buena medida alejados de cualquier posibilidad de ejercer un control efectivo sobre los administradores públicos<sup>75</sup> -pues ni siquiera se cuenta con acceso a la información-, se hace necesario acudir a la constitución de tipos penales con la consiguiente amenaza de sanción.

Ciertamente la Jurisprudencia penal ha tratado de ejercer ese control a través de tipos como el de la prevaricación del funcionario, y así, construyendo este delito en comisión por omisión, ha intentado penalizar la conducta de aquellas autoridades que reclamadas para realizar una acción referida a las funciones de su cargo, no la llevaban a efecto. El problema es que esta “solución” presenta no poco inconvenientes, entre los que se encuentran dos especialmente relevantes: primero, decir que la construcción de la prevaricación en comisión por omisión no resulta fácil técnicamente, por ello, no es extraño encontrar posiciones discrepantes (o fuertemente limitativas) en doctrina y jurisprudencia acerca de la posibilidad de edificar tal estructura delictiva en este delito; segundo, que incluso los partidarios de admitir la omisión impropia en la prevaricación, la restringen a ciertos supuestos –en los que es posible identificar un resultado. Es decir, y como conclusión, tenemos una Administración Pública servida por unos funcionarios a los que no podemos obligar –fuera de algunos supuestos que están expresamente contemplados como la obligación de perseguir delito o la de prestar asistencia sanitaria- a realizar muchas de sus funciones, a los que no podemos “doblarles el brazo” cuando no hacen aquello a lo que están obligados por el Ordenamiento, por lo que la mayor parte de las omisiones de los funcionarios respecto al deber del cargo<sup>76</sup> quedan fuera de control y de sanción, lo que coloca a los administrados, frecuentemente, en una situación “desesperada”, pues no tienen herramientas reales<sup>77</sup> para salir al paso de la arbitrariedad administrativa. Además, de lo que se trata es de contar con un

<sup>74</sup> Contrasta, además, la benevolencia en los supuestos de malversación con el rigor que se evidencia en el nuevo artículo 438: “La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código, en el que no existen posibles causas de atenuación.

<sup>75</sup> Ciertamente se podría contestar: lo ejercen a través de sus representantes, por ejemplo, en los Ayuntamientos por medio de los Concejales; pero esa, obviamente, es sólo una salida formal del problema, pues los Concejales están tan alejados de los ciudadanos como otros administradores, y generalmente sólo atienden a los intereses de sus partidos políticos –que en no pocos casos son radicalmente extraños, cuando no contrarios, a los de los ciudadanos).

<sup>76</sup> No en algunos casos, como digo; es, por ejemplo, el supuesto del artículo 320.1, últ., donde se recoge la conducta del sujeto que *haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*.

<sup>77</sup> Digo reales y no sólo teóricas, pues ya se, es evidente, que el administrado puede acudir al contencioso-administrativo para tratar de ver tutelado su derecho; pero teniendo en cuenta los tiempos (y los dineros) que se necesitan para obtener una sentencia firme en ese orden, no se trata de una posibilidad “real”.

instrumento que permita controlar al funcionario en el ejercicio de su función, de modo que ante su inicial inactividad, y sin tener que esperar a que realice otro tipo penal, se pueda actuar contra él. Dicho de otra forma: resulta preciso incorporar al Código Penal un tipo de, al modo italiano, omisión o denegación de actos de la función, sin necesitar que se encuentren adjetivados (omisión de perseguir delitos, de juzgar, etc.). De esa forma, en el momento en que el funcionario infrinja dolosamente el deber del cargo (cuando el Alcalde no impida la prosecución de una obra sin licencia, no pare la edificación “salvaje” en terreno no calificado, no clausure un local que realice su actividad sin la necesaria autorización causando molestias difícilmente soportables a los vecinos, o cuando el Fiscal no acuse debiendo hacerlo<sup>78</sup>, etc.), habrá realizado un tipo penal.

En fin, no se trata de sugerir en este lugar todo un programa de tipificaciones, pero sí de indicar alguna medida con la que se podría combatir con mayor eficacia la corrupción. En este sentido recordar que en el CP no está tipificada la prevaricación imprudente, infracción que sí existió en nuestra legislación hasta el año 1995 cuando, en un momento histórico en el que estaban aflorando gravísimos casos de corrupción, sorprendentemente fue despenalizada (al contrario de lo que sucedió con la prevaricación judicial imprudente que continúa, justamente, en el artículo 447 CP, lo que es más llamativo pues el Juez se enfrenta en solitario – en el caso de órganos unipersonales- a la decisión, sin embargo en la Administración se cuenta con múltiples asesores jurídicos –no pocos nombrados por obra de resoluciones manifiestamente injustas- que pueden ilustrar sobre la adecuación o no a Derecho de la resolución que se pretenda dictar). Al respecto hay que tener en cuenta, además, que la tipicidad existente en el viejo artículo 358 CP1973, se refería, lógicamente, a la imprudencia temeraria, y que el dolo es muy difícil de probar en estas infracciones –lo que explica que hasta que se eliminó la prevaricación imprudente era ésta, en el caso de las judiciales únicamente ésta, la que aparecía en los repertorios jurisprudenciales, y sólo en muy pocos supuestos también la dolosa).

## **5. No existe prisión permanente buena (revisable) y mala (no revisable), sólo prisión permanente, es decir: cadena perpetua**

1. Quizás lo primero que haya que plantear en este apartado es la cuestión de cuál debería ser el máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad –y al margen de la cuestión de la pena de cadena perpetua que suscita, como digo, problemas distintos-, lo que es punto conflictivo tanto para la Jurisprudencia como para la doctrina. Recientemente Boldoba Pasamar (2006: 105 ss.), tras exponer, en lo que coincide con la casi totalidad de la doctrina, que *Las penas privativas de libertad de larga duración, con base en sus efectos desocializadores, plantean graves problemas desde varios puntos de vista: desde la humanización de las penas, hasta los derechos de los reclusos, en especial, el respeto debido a la*

<sup>78</sup> Es hora ya de que se controle penalmente a los Fiscales de la misma forma que se hace con todo el resto de los funcionarios públicos, ya sean judiciales o administrativos. Es más, en la falta de control del Ministerio Fiscal se encuentra, seguramente, una de las causas de la expansión de la acusación popular que tan injustamente, entiendo, está siendo criticada (por más que se haya de reconocer ciertos abusos en la utilización de la misma, abusos que en cualquier caso no son privativos de los acusadores populares pues se extienden también –y con mayor abundancia- a los acusadores particulares); y digo injustamente porque sin tal instrumento procesal –y ante la abulia persecutoria del Ministerio Fiscal en no pocos casos de corrupción- los supuestos de descontrol de conductas delictivas ligadas con la corrupción y las actuaciones arbitrarias de los funcionarios, sería mucho mayor. A nadie sensato se le puede ocurrir acabar o limitar fuertemente la acusación popular, pues ponerse en manos del Ministerio Fiscal –que actúa jerárquicamente y cuyo Jefe es nombrado por el Ejecutivo- significa lo mismo que echarse en manos del poder de turno, y renunciar a cualquier posibilidad de control en el ámbito penal.



*dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad*, se pronuncia sobre este espinoso tema diciendo: *... en nuestro país existe un reconocimiento generalizado por parte de la doctrina científica de que una pena de prisión superior a quince años opera un deterioro considerable de la personalidad del penado*, citando en apoyo de esta afirmación –actualizo las ediciones e incluyo el texto de la concreta cita- a Barbero Santos (1963-1964: 107), Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (1995: 905)<sup>79</sup>, Jescheck y Weigend (2002)<sup>80</sup>, Mir Puig (2002: 673) y Cerezo Mir (1994: 10; 2004: 36)<sup>81</sup>. Desde luego que a estos autores, y en un mismo sentido, se pueden añadir otros muchos, como Guanarteme Sánchez Lázaro (2007: 74)<sup>82</sup>, Jorge Barreiro (1996: 335)<sup>83</sup>, Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco (1996: 70)<sup>84</sup>, Sanz Mulas (2000: 220)<sup>85</sup>, Maxwell Fyfe (1948)<sup>86</sup>, Gimbernat Ordeig (2007)<sup>87</sup>, etc., etc.

Todas estas citas<sup>88</sup> vienen a cuento de lo siguiente: en ninguna de ellas se justifica suficientemente, con el apoyo en alguna investigación criminológica, lo que se afirma; es decir, que la estadía continuada durante más de quince años en una prisión –en algún caso se habla, como se ha visto en esta nota y en la anterior, de doce o de veinte años-, produzca daños irreversibles en la conciencia del sujeto. Esos datos, además, sería difícil aportarlos, y no porque no existan –hay estudios, aunque mayoritariamente antiguos, fundamentalmente en el área anglo sajona<sup>89</sup>-, sino por la, entiendo, imposibilidad de aplicarlos sin más a distintos sistemas penitenciarios; y ello porque, creo, el problema no reside tanto en el tiempo privado de libertad como en el régimen de esa privación, y éste, el régimen (y las condiciones materiales), es sensiblemente diferente de unos países a otros, e incluso dentro del mismo país de unos casos a otros. Quiero con esto decir lo siguiente: a nadie se le ocultará que una estancia, incluso de mediana duración –seis u ocho años-, en una prisión centroamericana, brasileña, venezolana, etc., tiene que producir terribles consecuencias sobre la personalidad del interno –si es que

<sup>79</sup> Señalan: “una imprescindible reforma es la de reducir el máximo de su duración efectiva, al objeto de no traspasar los límites en que se opera una destrucción espiritual del penado”.

<sup>80</sup> Allí se dice: “...un encarcelamiento indefinido puede conducir a considerables trastornos de la personalidad”.

<sup>81</sup> En este último se dice: “En la moderna Ciencia del Derecho penal se considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir un grave deterioro de la personalidad del recluso”.

<sup>82</sup> Señala: “...un período de privación de libertad de duración superior a quince años causa tales perjuicios en el sujeto que lo transforman en un ser irrecuperable para la vida en libertad”.

<sup>83</sup> Dice: “...la Criminología moderna ha puesto de manifiesto que las penas privativas de libertad superiores a quince años de duración producen graves e irreversibles alteraciones en la personalidad de condenado”.

<sup>84</sup> Donde se precisa: “Las investigaciones criminológicas apuntan a que la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los quince años. Por encima de ese tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad, muy difíciles de reparar”.

<sup>85</sup> Señala: “Es por ello que ante todas estas previsiones excepcionales hechas por el código penal, y empezando por la propia del art. 36 y su fijación del tope máximo en 20 años, cabe aseverar...que, en lo que a este tema se refiere, ha desoído todas las recomendaciones psicológicas y criminológicas en que la moderna ciencia del Derecho penal se ha apoyado a la hora de aconsejar un límite máximo nunca superior a los 15 años de prisión continuada de libertad por el grave deterioro que en la personalidad del recluso supone”.

<sup>86</sup> Dice: “Por una parte la opinión pública difícilmente admitirá que un asesino sea liberado después de diez o quince años de prisión. Por otra, los expertos estiman que después de diez o quince años de prisión el individuo queda mental y físicamente degradado. Si la reforma debe ser el fin de la detención de los criminales, se sigue al parecer que la prisión real no debiera exceder de una duración de quince años. Se considera que un período más largo significa salvar el cuerpo del hombre en detrimento de su espíritu”.

<sup>87</sup> Allí señala: “...la privación perpetua de la libertad provoca en el penado ‘daños irreversibles en su personalidad’, conduciéndole a su ‘destrucción como ser social’”.

<sup>88</sup> En relación a ese tema puede verse también Álvarez García (2006: 28).

<sup>89</sup> Véase a este respecto Carrasco Andriano (2006).

éste sobrevive a su estancia en la prisión; y seguramente se debería decir lo mismo de las prisiones de algún país candidato a integrarse en la Unión Europea –véase Turquía-, y, desde luego, idéntico juicio –sino bastante más duro- hay que efectuar en relación a las prisiones rusas y de algún otro país otrora perteneciente a la antigua URSS, o a China, Marruecos, Israel, y a tantos otros en los que imperan sistemas no democráticos. Pero incluso en referencia a naciones de nuestro ámbito de cultura, las diferencias existentes entre los regímenes penitenciarios impiden una extrapolación, al menos automática, de los resultados alcanzados en un determinado país a otro distinto.

Se trata de un tema ayuno de los suficientes estudios criminológicos pero de enorme importancia, pues si se concluye que una estancia en prisión de más de un determinado tiempo produce, generalmente, efectos psicológicos suficientemente graves y permanentes en los internos, habría que deducir, inmediatamente, las siguientes conclusiones: 1ª) Las sanciones, por su duración, afectadas deberían ser consideradas, directamente, contrarias a la Constitución, pues su incompatibilidad con el dictado del artículo 15 (prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes) y el artículo 3 del Convenio de Roma —incorporado, a través de la Jurisprudencia del TEDH, a nuestro Derecho por la vía del artículo 10 CE— sería notoria, y 2ª) Las finalidades de las penas a las que se refiere el artículo 25.2 CE resultarían, en todo caso, imposibles de alcanzar, por lo tanto todas las penas que presentaran este déficit deberían ser expulsadas del Ordenamiento, pues si bien, como se acaba de decir más arriba, la reeducación y reinserción social no constituyen las únicas finalidades de las penas, cualquier sanción que, *ab initio*, impida su consecución resultará contraria al texto constitucional.

De todas formas hay que tener en cuenta que toda privación de libertad, con independencia de su duración, y *per se*, produce determinados efectos psíquico-sociales en los internos<sup>90</sup>. La cuestión, por ello, es diferenciar entre efectos “normales” y “extraordinarios”. Pues bien, entiendo (en lo que interesa a las penas largas privativas de libertad —e, insisto, más allá de las consecuencias psicológicas que van anudadas a toda privación de libertad con independencia de su duración), “su constitucionalidad va unida irrenunciablemente a la puesta en marcha de dispositivos que impidan —o que racionalmente y respecto a la generalidad de los sujetos— o puedan impedir, el deterioro sobrevenido en la personalidad del sujeto. La cuestión fundamental, por tanto, no es si largas privaciones de libertad determinan inevitablemente el deterioro irreversible de la conciencia del sujeto, sino si es posible combinar penas largas privativas de libertad con un régimen de cumplimiento que evite esas consecuencias desfavorables; si esto fuera así, no habría problemas en afirmar la constitucionalidad de las penas largas privativas de libertad, hasta el límite en el que, por su duración, las citadas sanciones pudieran llegar a ser consideradas..., inhumanas o contrarias, de forma absoluta, a la finalidad de reinserción del sujeto” (Álvarez García (2009: 41).

2. Los partidarios de la prisión permanente (sea revisable o no) consideran adecuado condenar a una persona a pasar todo lo que les quede de vida en una celda y a morir en ella<sup>91</sup>. Pues me disculparán los penalistas que sostienen tal

<sup>90</sup> Véase Álvarez García (2009: 40 ss.). En esta obra, y como resultado de un estudio riguroso llevado a cabo en la prisión cántabra de “El Dueso”, se pone de manifiesto que no necesariamente estancias prolongadas en prisión producen los efectos psíquicos a los que se refiere la mayoría de la doctrina, aunque sí una importante desocialización -con este planteamiento vengo a modificar la posición que he mantenido anteriormente respecto a este problema.

<sup>91</sup> Posibilidad real en tanto y en cuanto la pena en cuestión (y respondiendo a su naturaleza de perpetua) no tiene un límite temporal obligado. En este sentido Savater (2008) comenta que los castigos irreversibles “identifican sin enmienda posible al criminal con su delito y niegan no ya la



opinión pero entiendo que esa decisión atenta directamente y sin tapujos contra la dignidad de la persona (amén de suponer un trato cruel, etc.), y es absolutamente impropia de nuestro desarrollo cultural<sup>92</sup>. Con esta materia sucede algo parecido a lo que ocurre con la pena de muerte<sup>93</sup>: no es cuestión de presentar pruebas acerca de si la pena de muerte es o no capaz de cumplir ciertas expectativas utilitarias, es decir, si su aplicación tiene efectos intimidantes o no de acuerdo con estas o aquellas estadísticas, pues aunque fuera la sanción más útil para la prevención del delito, incluso aunque consiguiera todos los resultados perseguidos, éticamente no me parece aceptable, es más se me antoja repugnante, y por lo tanto no voy más allá en la argumentación<sup>94</sup>. Pues bien, con la cadena perpetua (es decir, con la pena de prisión permanente revisable o no) sucede exactamente lo mismo: más allá de lo que dispone el artículo 25.2 de la CE, más allá de necesidades inocuizadoras o ejemplarizantes, más allá de las dificultades que existen para valorar la persistencia de la peligrosidad en el sujeto, más allá de la posible colisión con instrumentos internacionales signados por España<sup>95</sup>, la cadena perpetua no es aceptable éticamente. No lo es el arrojar a un ciudadano –por grave que haya sido el crimen cometido- a una cárcel de por vida: es lo mismo que desnudarle de todos los atributos que corresponden a una persona, declararle “no persona”, una perspectiva totalitaria absolutamente incompatible, por tanto, con un Estado democrático. No hay, pues, prisión permanente buena y prisión permanente mala, hay únicamente prisión permanente, cadena perpetua, y ésta implica la negación de la persona en lo que es su principal atributo: su dignidad<sup>96</sup>. De esta manera, la pena de cadena

perfectibilidad moral de la persona que ha delinquirado sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida. Es, precisamente, esta idea de la perpetuidad la que hace singular –cualitativamente distinta- a la pena de cadena perpetua respecto de las de prisión temporal, pues en estas con la ejecución –incluidos los beneficios penitenciarios que no deben considerarse más que parte del tratamiento- se pretenden finalidades de reeducación y reinserción; sin embargo, las perpetuas sólo es posible entenderlas en un sentido puramente retributivo.

<sup>92</sup> Incluso algún autor, lo que creo es acertado, entiende que implica ir en dirección contraria a la evolución de nuestra legislación, que precisamente, y desde el CP1928, ha caminado –y al contrario de lo sucedido en legislaciones centroeuropeas- en el sentido de prescindir de las penas perpetuas (esta idea fue brillantemente expuesta por Peñaranda Ramos en un Seminario celebrado el 4 de diciembre de 2013 en la Universidad Carlos III sobre el tema “El desafío del nuevo sistema de penas y medidas de seguridad: ¿Un futuro incierto?”).

<sup>93</sup> En este mismo sentido se pronunciaba Pacheco (1867: 315) insistiendo en lo que de común tienen ambas penas: su perpetuidad.

<sup>94</sup> Ya expuse motivadamente mi posición al respecto en Álvarez García (2001: 83 ss.), y a ello me remito, y también en Álvarez García (2004: 85 ss.).

<sup>95</sup> Sobre todo ello véase Cuerda Riezu (2011) y la bibliografía allí citada. Véanse también, Cuerda Riezu (2012); Gallego Díaz (2009); Lascurain (2010); Llorens (2012); Marín de Espinosa y Ceballos y González Tascón (2013: 2012 ss.); Morillas Cueva (2013: 459 ss.); Nistal Burón (2010); Pérez Royo (2009); Queralt (2000); Redondo Hermida (2009); Ríos Martín (2013); Rodríguez Ramos (2009); Sáez (1993); Sáez Rodríguez (2013: 7 ss.); Sanz-Díez de Ulzurrun Lluçh (2006) y Torío López (1986: 69 ss.).

<sup>96</sup> Tampoco está tan clara, como argumentan algunos –por ejemplo la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma que estoy comentado-, la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo a partir de la Sentencia de 18 de septiembre de 2012, caso James, Wells y Lee contra Reino Unido, en la que se declaran contrarias al artículo 5.1 del Convenio las formas de ejecución de las llamadas “condenas indeterminadas para la protección pública”. Se trata de supuestos en los que el sujeto es condenado a una pena de prisión de duración indeterminada, y sólo tras haber cumplido un cierto número de años y si logra demostrar ante una comisión *ad hoc* su ausencia de peligrosidad puede llegar a ser liberado. El Tribunal ha considerado que los fines rehabilitadores de la pena –consagrados tanto en el Derecho inglés como en los instrumentos internacionales- no resultan impugnados por la mera previsión legal de la “condena indeterminada”, lo que exige mecanismos concretos y capaces de conseguir esa rehabilitación. Esta resolución hace ver bajo un nuevo enfoque resoluciones anteriores del mismo Tribunal (véase, por todas, STEDH de 12 de febrero de 2008, caso Kafkaris contra Chipre).

En cuanto al Derecho Comparado (y al lado de algún ordenamiento nacional en el que expresamente se rechazan las penas perpetuas, como es el caso de Portugal), destaca la aceptación de la prisión permanente revisable en países como Alemania, Austria, Francia, Inglaterra, Gales o Italia, pero el que

perpetua que se introduce en el Ordenamiento y que es apoyada por algunos penalistas, tiene la principal consecuencia de servir para negarnos a nosotros

eso sea así no implica que semejante pena deba ser aceptada en España, de la misma forma que en nuestro país no se adoptan los sistemas de control del ejercicio del poder político y económico que existen en los citados países. A este respecto dice, con mucho acierto, Savater (2008): “No se trata de que España deba dictar lecciones a los demás países sobre estos temas, pero tampoco hay que resignarse a imitar lo que hagan otros, por mucho pedigrí histórico que tengan. El argumento de autoridad perdió vigencia al finalizar la Edad Media y no parece momento oportuno de resucitarlo, tal como está el mundo...”

Dice el artículo 11.1 de Ley 3/2003 del 14 de marzo sobre la Orden Europea de Detención y Entrega: *Cuando la infracción en que se basa la orden europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al derecho o práctica del Estado de emisión, con vistas a la no ejecución de la pena o medida.* Pues bien, no se trata, entiendo, de un reconocimiento ni siquiera tácito de compatibilidad de la pena de cadena perpetua (revisable o no) con la Constitución española, sino de una decisión en relación con la ejecución de la Orden de Detención Europea que, no hay que olvidar, establece límites muy rígidos a la revisión por parte del Estado requerido.

De todas formas, ha de tenerse en cuenta que, materialmente, alguna de las penas que contempla nuestra legislación vigente lo es ya de prisión permanente, es el caso de la pena de 40 años de prisión a la que se puede llegar en aplicación de lo previsto en el artículo 76.1 c) o d) del CP. En este sentido conviene recordar que en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha planteado dudas sobre la constitucionalidad de estas penas por su extraordinaria duración, y así ha manifestado que “unas penas excesivamente largas son un obstáculo para la posible reeducación y reinserción social del condenado e incluso pueden considerarse inhumanas y contrarias a la dignidad de la persona” (STS 1005/2001, de 31 de mayo. En el mismo sentido, SSTS 722/2000, de 25 de abril; 1772/1999, de 16 de diciembre; 367/1998, de 31 de marzo; 557/1996, de 18 de julio; 1822/1994, de 20 de octubre, y 1985/1992, de 29 de septiembre). Especialmente destacable es, también, la STS 1744/1993, de 7 de julio, según la cual:

*Del mismo modo ha de recordarse la afirmación del art. 15 de la Constitución de que todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, pueda ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes. Nuestro legislador, desterrando la perpetuidad en la imposición de las penas privativas de libertad, y atento a los fines de que se ha hecho mérito, ha concebido el límite de los treinta años, rebajado a los veinte en el Proyecto del Código Penal de 1992 -excepcionalmente de veinticinco y de treinta años para los supuestos que prevé, art. 77-, como tiempo máximo concebible de cumplimiento. No puede conseguirse o resulta muy difícil -afirma la Sentencia de esta Sala de 30-5-1992- la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien, sustraído a la mecánica normal del art. 70.2.º del CP, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el art. 15 de la Constitución [cfr. STC 65/1986, de 22 mayo].*

Pues bien, si esto ha dicho el Tribunal en relación a penas temporales, la conclusión en referencia a una pena permanente es más que clara.

En cuanto al Tribunal Constitucional su posición queda fijada en los siguientes términos en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, con los que, desde luego, no se está declarando la compatibilidad de la prisión permanente revisable con la Constitución, sino exclusivamente que a efectos extradicionales se considera garantía suficiente que en caso de imposición de la pena de cadena perpetua su cumplimiento no sea de por vida (también STC 49/2006, de 13 de febrero):

*“... a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida (STC 148/2004, de 13 de septiembre)”.*



mismos, puesto que el delincuente es en todas sus dimensiones esenciales igual a nosotros: al negarle a él su condición de persona nos despojamos de la nuestra.

Pero además de lo ya dicho –que en mi opinión es lo fundamental, la objeción ética- no es inoportuno añadir que el sistema propuesto con la reforma en marcha empeora el existente en el último CP español que incluía en su catálogo de penas la prisión perpetua<sup>97 98</sup>, el de 1870. En efecto, en el artículo 29 de ese Código se preveía:

Los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados<sup>99</sup> a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno.

Sin embargo, el sistema que trata de introducir la nueva reforma penal es mucho más grave: aquél –el de 1870- partía de la idea de que una pena de 30 años de prisión era ya un máximo, y que sólo en circunstancias extraordinarias debía continuar el cumplimiento; por ello la norma general era que alcanzado aquél término procedía la liberación a no ser que la Administración demostrara circunstancias verdaderamente extraordinarias. La “nueva” normativa que se trata de introducir con la reforma parte de otra idea [véase el artículo 92.1 c) del Proyecto<sup>100</sup>], y serán unos imposibles informes de evolución –además de otros factores, algunos no controlados por el sujeto como sus circunstancias personales y sociales y la gravedad del delito ya cometido- los determinantes de la puesta en libertad. Obviamente, en el caso de terroristas las exigencias son mayores, y no se

<sup>97</sup> Digo, y digo bien, que el CP1870 es el último en el que se registraba la pena de cadena perpetua. Sin embargo, hay que subrayar que el CP1928 establecía un sistema de sentencia indeterminada que sobre la base de medidas podía conducir a ingresos perpetuos en establecimientos especiales (véanse los artículos 96, 103, 104, 133 y 157 CP1928). A ese propósito Jiménez de Asúa y Antón Oneca (1929: 487) que “... en ciertas medidas aseguradoras, como el manicomio judicial, la retención en establecimientos especiales de los delincuentes de hábito o incorregibles, y el internamiento en asilos o establecimientos especiales o de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos, no está tasada *a priori* su duración, y si el sujeto no se corrige o cura, permanecerá perpetuamente sometido a ellos. Mas observemos que estos medios no son penas, sino medidas de seguridad, y que no se proclama su carácter perpetuo *a priori*, sino que surgirá en tal caso como secuela del régimen de sentencia indeterminada que se ha adoptado con acierto” (llama la atención esta apelación a la sentencia indeterminada, pues aunque Jiménez de Asúa había sido muy influido por Dorado Montero -lo que se puso de manifiesto en su tesis doctoral sobre, precisamente, *La sentencia indeterminada*, Madrid (1913)-, posteriormente había evolucionado alejándose de los estrictos planteamientos correccionistas-positivistas; y de hecho en una obra coetánea de la que se ha extraído la cita anterior – *El nuevo Derecho Penal. Escuelas y códigos del presente y del porvenir* (1929: 76 ss. y 114 ss.)-, impugna la oportunidad de las sentencias indeterminadas.

<sup>98</sup> En nuestra legislación histórica hay de todo, pues al lado de la Ley IV, Título 21, Partida 7ª que admitía presidio o galeras perpetuas, una Pragmática de Carlos III (Ley VII, Título 40, Libro 12 de la Novísima Recopilación) estableció muy serias limitaciones. El CP1822 preveía la pena de trabajos perpetuos (artículo 28 y 47 ss.), si bien a los 10 años (idéntica previsión temporal que en la Pragmática de Carlos III) cabía relajar los trabajos perpetuos a deportación (artículo 144). El CP1948 la mantuvo en su escala de penas (artículo 24), aunque al decir de Vizmanos y Álvarez Martínez (1848: 225 ss.) la posibilidad de combinarla con el indulto la hacía aceptable (en una concepción de la finalidad de la pena como enmienda).

<sup>99</sup> Precisamente la existencia del indulto, y por ello la posibilidad de alcanzar la libertad, es lo único que, para Pacheco (*íd.*) podía vencer la repugnancia que sentía por esta pena. Comentaristas de los códigos penales de 1848 y 1870 se referían a la pena de cadena como la pena “de la desesperación” (es el caso de Buenaventura Selva (1870: 42).

<sup>100</sup> *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 una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepan esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”.*

exigirá únicamente ese pronóstico favorable, sino además que el sujeto “haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado...” (artículo 92.2 del Proyecto).

Pues bien, es evidente que estas últimas exigencias dirigidas a delincuentes terroristas no tienen nada que ver con reinserción social alguna; es más: una conducta como la mencionada en el caso de un terrorista de ETA a lo que obligará al sujeto, seguramente, es a extrañarse de su medio social, pues el papel de delator (a favor o en contra de la Justicia, es indiferente) siempre ha sido socialmente rechazado. Pero con independencia de lo acabado de decir, en el citado artículo 92.2 del Proyecto se establece: a) O bien la presunción de que no ha habido reeducación ni existen las condiciones favorables para una reinserción social de ser liberado si el sujeto no se “arrepiente activamente”, o b) Se incorporan exigencias que exceden de las propias para el cumplimiento de las finalidades de las penas establecidas por el artículo 25.2 CE. Pues bien, siendo lo primero falso (el sujeto puede haberse reeducado –en el sentido de haber aceptado los valores constitucionales- y estar dispuesto a llevar una vida en libertad absolutamente respetuosa con el Ordenamiento Jurídico<sup>101</sup>, sin embargo no quiere denunciar a sus antiguos compañeros en una organización de la que se ha disociado), lo segundo excede claramente de las exigencias constitucionales. A la vista de lo cual una conclusión se impone: ese número 2 del artículo 92 del Proyecto de reforma es claramente contrario a la Constitución y también al Convenio Europeo de Derechos Humanos; y siendo siempre sumamente arriesgado hacer una previsión en esta materia –y el jurista prudente no debe nunca hacerla- me atreveré a ello: el citado precepto, y por lo acabado de apuntar, va a ser declarado contrario a la Constitución o/y al CEDH, salvo que, obviamente, no llegue a ser Derecho positivo.

3. Finalmente señalar que el exceso represivo del que es portador este Proyecto de Reforma del CP no se cierra con la pena de cadena perpetua y las ya vigentes, y extremadamente prolongadas, penas “temporales” de prisión<sup>102</sup>, pues ha de tenerse en cuenta que en la reforma del CP efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo la libertad vigilada (García Albero, 2010), con la que el círculo se terminaba de cerrar, pues los largos años de prisión serán posteriormente incrementados con un período de libertad vigilada que puede durar hasta otros diez años más<sup>103</sup>; así aparecen, y como apunta Portilla Contreras (2008: 36), *las actuales políticas penales basadas predominantemente en el control, en la inspección permanente de los espacios en los que habitan esos sectores de riesgo, las nuevas ‘clases peligrosas’, una vigilancia que aglutina simultáneamente la técnica del Panóptico vigilante disciplinar y la ubicua observación permanente del Gran Hermano*. De esta forma se imputa toda la responsabilidad en la comisión del delito pasado y en el posible futuro, exclusivamente, al sujeto, desentendiéndose de ello la sociedad.

<sup>101</sup> Véase Álvarez García (2001: 55 ss.).

<sup>102</sup> No deben dejarse de lado las amplias facultades que se concede a las víctimas de los delitos para controlar la ejecución de las penas privativas de libertad y, especialmente, el nuevo “Estatuto de la Víctima” que ya está en fase de dictamen.

<sup>103</sup> Todo ello al margen del significado que la ejecución penitenciaria puede tener en relación con algunos tipos de delincuentes; véanse en este sentido las consideraciones que efectúa Rodríguez Yagüe (2010).

Esta medida de libertad vigilada afectaba en un principio –es decir, lo hace actualmente-, únicamente, a los delitos contra la libertad sexual y al terrorismo (artículos 192 y 579.3 CP). Sin embargo, en el actual Proyecto de reforma del CP la previsión es extender, también, la libertad vigilada a los delitos de: homicidio (asesinato, homicidio imprudente y auxilio e inducción al suicidio), lesiones, detenciones ilegales y secuestros, acoso del artículo 172 ter CP, malos tratos del artículo 173.2 CP, trata de seres humanos, hurto, robo, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, estafa, receptación y blanqueo de capitales<sup>104</sup>, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la seguridad colectiva (riesgo catastrófico, incendios, salud pública y seguridad vial) y orden público<sup>105</sup>. Es decir, a la mayor parte de los delitos que estadísticamente se cometen<sup>106</sup>, sólo queda fuera lo excepcional (no se va a aplicar únicamente, como esperaban los ingenuos, a delitos especialmente graves), por lo tanto la regla establecida por la reforma operada por la LO 5/2010 se ha invertido: la libertad vigilada será el régimen normal y sólo lo excepcional quedará fuera de ella.

Es decir, al lado del Derecho penal de la culpabilidad se construye un Derecho penal paralelo, tan amplio como el primero, de la peligrosidad, un “segundo Código penal” tal y como definió Muñoz Conde (1985: 54) al derivado de la Ley de Peligrosidad de 1970. Un segundo Derecho penal que se aplicará, como se asevera en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio: *cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.*

Pues bien, marginando, lo que no es poco, los problemas aplicativos derivados de las dificultades (en no pocas ocasiones verdadera imposibilidad) del juicio de peligrosidad<sup>107</sup>, y de la implantación material de este Derecho penal de la peligrosidad por un coste en estos momentos inabordable, cabe decir que el Derecho Penal español ha comenzado a descender la peligrosa pendiente del derecho penal de autor.

<sup>104</sup> Naturalmente no están dentro de esta relación ni los delitos societarios ni el delito fiscal (por otra parte, y como ya he manifestado, inexistente en España).

<sup>105</sup> Es obligado, en este punto, llamar la atención sobre el hecho de que esta disposición permitirá establecer vigilancia especial a los autores (y partícipes) de los delitos de atentado, resistencia, desobediencia, desórdenes públicos... Es decir, se abre la vía, también, al control por el Estado de la disidencia social y política (no es la primera vez que esto ocurre en nuestra historia moderna, desde luego; debe recordarse en este sentido –y marginando el período de la Dictadura de Primo de Rivera– que la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 se utilizó, también, como instrumento para combatir los movimientos políticos de izquierda; en ese sentido la dicha norma se trató de aplicar al Secretario General del Partido Comunista, José Díaz, o a líderes anarquistas como Buenaventura Durruti –sobre la utilización de esta Ley para la represión política, véase Díaz Ramos (1970); obviamente la represión política fue consustancial a la dictadura que vino tras la Guerra Civil donde el control de la disidencia mostró mil caras, pero tras la Constitución no se había realizado un intento similar). Esta norma –la aplicación de la libertad vigilada a supuestos como los desórdenes públicos y similares–, habida cuenta de la fuerte incidencia que puede tener sobre el ejercicio de derechos fundamentales, sólo puede ser considerada contraria a la Constitución. Ya aquí no se trata meramente de un problema de técnica legislativa, o de una política criminal más o menos acertada o reaccionaria, sino que se están poniendo las bases para la construcción de un Estado Policía. Detrás de esta norma y de nuevas leyes como las de Seguridad Ciudadana y Seguridad Privada, vendrán nuevos reglamentos judiciales, tras los cuales, y con los oportunos cambios procesales y de la estructura orgánica y planta de los juzgados y tribunales, nos encontraremos con...

<sup>106</sup> No se diferencia, como se ha hecho en otros países, entre delitos graves o violentos (y siempre delitos sexuales) y el resto de los injustos (véase para una exposición del Derecho Comparado, Torres Rosell (2012: 15 ss.), pues el Legislador español prevé la aplicación de la libertad vigilada incluso para penas de unos cuantos meses de privación de libertad.

<sup>107</sup> Véanse las consideraciones que efectúan al respecto Vives Antón (1974); Muñoz Conde (1975: 42 ss.); Romeo Casabona (1986: 32 ss.); Cuello Contreras (2002: 148 ss.); Sanz Morán (2003: 87 ss. Y 96 ss.); Urruela Mora (2009: 72 ss.) y García Rivas (2011: 15 ss.).

## 6. Supresión del Libro III del Código Penal

En las enmiendas formuladas por el Grupo Comunista del Congreso al Proyecto de Código Penal de 1980<sup>108</sup>, se proponía la supresión del Libro III; motivando su propuesta de la siguiente forma:

La postura que se mantiene supone una seria actitud renovadora en todo nuestro sistema punitivo, tanto material como procesal, y obliga a afrontar algo estrictamente necesario: la implantación, clarificación y estructuración de un Derecho Administrativo Penal adecuado a las necesidades actuales en el doble aspecto de eficacia y garantía de los administrados, en el que tengan cabida toda una serie de conductas hoy comprendidas en el Libro III del Código Penal.

Lo que proponía el Grupo Parlamentario del Partido Comunista era muy sencillo: incorporar al Libro II las que denominaba “faltas delictuales” (las que no son más que degradación cuantitativa de tipos delictivos), y llevar todo el resto de las faltas a una “Ley General de Infracciones del Orden” (por adoptar la terminología alemana). Esta no sólo era una propuesta coherente con el principio de intervención mínima y *ultima ratio*, sino que materializaba la idea de que hay que comprender *las reacciones del ordenamiento como un continuum que comienza con los modelos menos traumáticos de reacción frente a la infracción tanto para el infractor como para la víctima, y finaliza con el uso del modelo penal de represión* (Álvarez García, 1999: 30).

Pues bien, este es el esquema que sigo considerando debería adoptarse<sup>109</sup>. En efecto, en relación a las faltas se deben afrontar sin demora –al menos- los siguientes problemas:

1º) Hay conductas con un claro sesgo de injusto administrativo y que para nada está justificado su tratamiento penal<sup>110</sup>; y no sólo desde el punto de vista

<sup>108</sup> Véase Enmienda núm. 1260.

<sup>109</sup> Algunos otros autores comparten, en líneas generales, esta propuesta; véanse al respecto, entre otros, Díez Ripollés (2013: 51 ss.). Una Ley como la aludida permitiría, además, ordenar el inmenso espacio que está ocupado por el derecho administrativo sancionador, y racionalizar y llevar la sensatez a un ámbito que está experimentando una expansión desordenada, sin criterio-guía en muchas ocasiones y con una intervención en el ámbito personal que no deja de plantear problemas en relación al libre desarrollo de la personalidad (piénsese, por ejemplo, en el caso de las Ordenanzas municipales; véase en este sentido, Rando Casermeiro (2010: 9 ss.).

Sin embargo, una ley general de infracciones del orden que era plenamente viable cuando el Grupo Parlamentario Comunista lo planteó, hoy en día es mucho más difícil de plasmar. En efecto, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas bloquea de salida esta posibilidad. A lo anterior hay que sumar el reforzamiento de la potestad sancionadora local (con carácter general, los artículos 139 a 141 de la Ley de Bases de Régimen Local, en la redacción introducida por la ley de reforma de 2003, que habilita con carácter general a los ayuntamientos para, en la línea de la jurisprudencia constitucional, tipificar infracciones y establecer sanciones en sus ordenanzas con sujeción a los criterios de antijuridicidad que fijan aquélla o que determinen las leyes sectoriales –la del Ruido es prototípica a este respecto; sobre todo ello véase Alegre Ávila (2004). En fin, para superar estos problemas de armazón normativo harían falta una generosidad y una altura de miras que nunca han sido prenda de nuestros dirigentes políticos y desde luego no del Parlamento nacional, con lo que puede asegurarse que la dicha vía está cerrada. Ello no impediría, sin embargo, estructurar un sistema, en cada Comunidad Autónoma, que reflejara la visión general expuesta; pero para ello haría falta, también, una visión de la que carecen nuestros dirigentes autonómicos. En fin, con muchas más limitaciones podría abordarse la tarea desde el ámbito local; sin embargo, nuestros regidores no poseen las capacidades necesarias para afrontar el desafío.

La conclusión a todo lo anterior es que nos tendremos que aguantar (que no conformar) con un sistema sancionador administrativo “handicapado” a consecuencia de la absoluta incompetencia de quienes nos gobiernan.

<sup>110</sup> Pudiera ser el caso de las recogidas en los vigentes artículos 618.1 (que o constituye omisión del deber de socorro o no merece represión penal, si el sujeto no se encuentra en posición de garante) y 2 (incumplimiento de obligaciones familiares no constitutivas de delito), 620 (vejaciones, amenazas o



sustantivo, sino también desde el procesal, pues carece completamente de sentido, verbigracia, el que se ponga todo el lento, costoso y atascado aparato de la Administración de Justicia para reprimir conductas de meras alteraciones circunstanciales del orden público vecinal<sup>111</sup>. Es injustificable. Sin embargo, también sabemos que se trata de conductas que hay que reprimir. Por lo tanto pareciera que para todos esos comportamientos debería bastar la rápida y eficaz sanción administrativa (que no sólo debe consistir en multas, sino que la panoplia puede, y debe, ser más amplia). Ello se podría llevar adelante con unos “tribunales administrativos”, meramente “de policía”, no servidos necesariamente por magistrados profesionales sino por técnicos administrativos que en breves audiencias resolvieran la cuestión. Todo ello aliviaría no sólo la carga de los tribunales sino también de los órganos administrativos, además de reforzar las garantías ciudadanas; y sobre todo: posibilitaría una respuesta rápida y proporcionada a unas conductas sobre las cuales hay que hacer sentir los beneficiosos efectos de la prevención general negativa<sup>112</sup>.

---

coacciones injustas de carácter leve, así como amenazar con armas o exhibirlas en riña; el caso de las injurias leves entiendo que debe, todo lo más, encomendarse su protección al Derecho Civil), 622 (mera infracción del régimen de custodia de los hijos), 630 (abandono de jeringuillas en disposición de causar mal o en lugar frecuentado por menores), 631 (abandono de animales y suelta de animales feroces o dañinos en disposición de causar mal –esta conducta, sorprendentemente, es elevada en el Proyecto a la consideración de delito leve, lo que no deja de ser sorprendente tratándose de una conducta de mero peligro, siendo así que, como apuntan Fernández Hernández y Olloquiegui Sucunza (2013: 72) casos de resultado grave como el homicidio o las lesiones causadas por imprudencia leves son, sin embargo, derivados al Derecho Civil), 633 (perturbación leve del orden, aunque en el caso de juzgados y tribunales habría que atribuir al titular del órgano la competencia para, en procedimiento administrativo, imponer la sanción que correspondiera; a este último respecto debe tenerse en cuenta lo que preceptúan los artículos 684: *El Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 5.000 a 25.000 pesetas las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la Ley una corrección especial.- El Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerare oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el artículo anterior.- Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente.- Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituyan delito, serán expulsados del local y entregados a la Autoridad competente*), y 687, ambos de la LECrim.: *Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia*, 634 (falta de respeto y desobediencia leve a la autoridad), 635 (allanamiento de local fuera de las horas de apertura), 636 (realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios) y 637 (uso público e indebido de uniforme o insignia –entiendo que si es de condecoración no debe comportar sanción alguna-, y atribución pública de una cualidad profesional amparada por título académico que no se posea).

<sup>111</sup> La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma justifica la modificación en la disciplina de las faltas, fundamentalmente, en: “...reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales”. Desde luego no voy a poner en cuestión el que las decisiones de política criminal tienen que estar en función de los medios de los que se dispongan, por lo que algunas que quizá desde muchos puntos de vista fueren muy convenientes, no obstante no son abordables por la limitación de medios y hay que desecharlas, y conformarnos con un peor sistema penal (de la misma forma que ocurre con el sistema educativo o sanitario o con la dotación de la Armada). Sin embargo, lo que no es aceptable es argumentar en relación al atasco de los tribunales cuando éste se debe, fundamentalmente, a malas leyes procesales.

<sup>112</sup> Además, sin duda alguna, servirían para evitar la progresión en determinados comportamientos que implican alteración del orden público. Sirvan como referente todos aquellos comportamientos originadores de molestias en el vecindario, como la emisión de ruidos, humos, etc., que actualmente suelen causar malestar durante años; que tienen potencialidad para causar lesiones de diversa índole (especialmente psicológicas por alteraciones en el sueño), y que están terminando, tras largos procesos, en condenas penales (por atentados a la intimidad, lo que no deja de ser forzado). Son, sin embargo, conductas que con un adecuado tratamiento como el que se propone, quedarían reducidas a pequeños incidentes.

El Proyecto de CP de 2013 –y más allá de la eliminación del Libro III- no sólo no ha optado por este esquema sino que integra en el Libro II conductas claramente merecedoras de pasar a integrar meros injustos administrativos; es el caso, por ejemplo, de los artículos 633 y 634 CP, a la vista, como he señalado más atrás, de la inaceptable ampliación de los delitos de atentado y desórdenes públicos.

2º) Hay otros comportamientos –las aludidas “faltas delictuales”- respecto de las cuales el tratamiento más oportuno pareciera ser su integración en los correspondientes tipos delictivos de la Parte Especial, de los cuales únicamente les separa cuestiones meramente cuantitativas (la, verbigracia, mayor o menor valoración económica del objeto material del delito, en el caso del hurto, robo y hurto de uso de vehículos de motor, estafa, apropiación indebida, defraudaciones, y ataques a las propiedades intelectual e industrial –artículo 623 CP- o de la moneda falsa del artículo 629 CP, la alteración de lindes o mojones del artículo 624 CP, o lo daños del 625 CP), lo que no justifica la degradación de su tratamiento a falta o a infracción administrativa –a salvo de la consideración de lo que quiera entenderse como “insignificante” en relación con los diferentes tipos delictivos, por ejemplo y especialmente en relación con las propiedades intelectual e industrial. Bastaría, pues, en estos casos con disponer de un marco penal suficientemente amplio que permitiera valorar adecuadamente la gravedad de la conducta en términos de pena<sup>113</sup>. Esto, por supuesto, va a suponer aumentar la gravedad de la respuesta penal en determinado tipo de situaciones en relación a la que se otorga ahora, pero ese argumento no impide que la solución que se propone sea la correcta<sup>114</sup> (el que

<sup>113</sup> Es el caso del artículo 621.1 CP. Con un esquema como este podría salirse al paso, además, de una situación que, sencillamente, no es aceptable, ni para el sistema ni socialmente. Me refiero a los supuestos, no escasos, en los que un mismo sujeto es detenido y condenado en decenas de ocasiones por la comisión de faltas de hurto: el tratamiento de todas estas situaciones, y a todos los efectos, como delito contribuiría sin duda alguna a la mejor protección del objeto jurídico y a un más fácil logro de las finalidades de prevención general (y, desde luego, permitiría prescindir de la desafortunada, por tantas razones, reforma que concluyó con la incorporación del párrafo II del artículo 237 CP, y similares, que a lo único que ha contribuido es a crear problemas de aplicación y no ha solucionado nada, lo que, por otra parte, era fácilmente previsible). Véase al respecto, Álvarez García (2011: 74 ss.).

<sup>114</sup> En este sentido apuntar que me parece francamente incorrecta y productora de una gran inseguridad jurídica la técnica utilizada para estas tipicidades. Tomemos como ejemplo el caso del hurto (igual en su estructura a buena parte de los “nuevos” delitos leves, como es el caso también de la apropiación indebida) recogido en el artículo 234 del Proyecto en donde se asevera:

*1. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses. - 2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 o 235 bis”.*

La tipicidad acabada de presentar me parece todo un monumento a la confusión. En efecto, las referencias al “escaso valor de los bienes sustraídos” y a “la situación económica de la víctima”, van a crear problemas sin cuento a la hora de su delimitación, tal y como elementos de formulación similar han originado en otras ocasiones. Además ¿en qué debe afectar la situación patrimonial de la víctima en un tipo atenuado? Entiendo que en nada –no posee menor gravedad la conducta porque el sujeto pasivo tenga mucho o poco patrimonio, además la atenuación “Robin Hood” no cuadra bien con un Gobierno tan reaccionario-, pues la situación patrimonial del sujeto pasivo ha de tener relevancia, exclusivamente y dolo mediante, como agravante y en los casos a los que se refiere el artículo 235.4º CP.

Es decir, creo que lo más sensato y correcto técnicamente hubiera sido prescindir del número 2 del precepto, y completar el 1 con una pena alternativa (multa) en atención a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable (o plasmar esto mismo en un núm.2, como ocurre con el vigente artículo 147.2 o el último párrafo del artículo 368, ambos del CP). De esa forma se podría dar adecuada respuesta tanto a los casos en los que el valor del objeto material no sea excesivamente elevado (o aún siéndolo no implique una mayor gravedad, orillando así la equivocada referencia que se hace a los 1.000 € en el Proyecto, que nos aboca a una especie de delitos



durante años ciertos comportamientos hayan sido amenazados con una sanción menor, o que, incluso, hayan estado fuera del sistema penal, no impide el considerar que el tratamiento más adecuado sea el que en estas líneas se sugiere y no el que hasta el momento se haya seguido<sup>115</sup>).

3º) Cuestión aparte es la que plantean aquellas faltas imprudentes caracterizadas en lo subjetivo por una menor gravedad; es decir: homicidio o lesiones por imprudencia leve. Pues bien, entiendo que en casos como los citados la importancia del bien jurídico protegido, el resultado producido, su frecuencia y gran número de víctimas (piénsese en el tráfico vial) y las consecuencias procesales, abonan la idea de mantener las mentadas conductas en el ámbito penal<sup>116</sup>.

4º) En fin, hay supuestos que no tienen correlación –al menos meramente cuantitativa- con tipos delictivos recogidos en el Libro II y que, sin embargo, merecerían ser recogidos en éste como delitos leves; es el caso de los malos tratos de obra (artículo 617.2), o de la cesación de los deberes de asistencia de ancianos o discapacitados desvalidos y dependientes del sujeto activo (artículo 619), o el supuesto del artículo 626 (deslucimiento de bienes muebles o inmuebles, que podría integrarse en los daños), del 632.2 (maltrato a animales en espectáculos) o del 632.1 (que, como en el caso anterior, podría integrar un delito leve caracterizado por la ausencia de grave perjuicio), todos del CP.

## 7. Endurecimiento de la política criminal sexual

1. Nuevamente, y ya son incontables desde el CP1995, se propone una reforma del Derecho Penal sexual; y lo peor de todo es que ello se vuelve a hacer a trompicones y con un texto lleno de contradicciones y defectos técnicos, en parte con modificaciones innecesarias y siempre con severidad, que es como se ha tratado legislativamente al sexo desde el Código Penal de 1995. Desde esta última fecha todas las modificaciones efectuadas lo han sido para endurecer su tratamiento, a veces alocadamente y siempre con una asignatura pendiente: la de trazar una política criminal clara en relación al sexo de menores y con menores. Tampoco la cuestión de la prostitución está resuelta, y lo que se atisba (en ordenanzas municipales como las de Barcelona o Madrid, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, y sobre todo en una corriente puritana que está viniendo desde el norte de Europa, que clama por la punición de los clientes de la prostitución y por la reducción de ésta a la clandestinidad, el peor destino) no es tranquilizador.

En todo caso lo primero que hay que resaltar es la decisión del Gobierno de elevar el límite del consentimiento sexual hasta los dieciséis años<sup>117</sup>. A este

---

cualificados por el resultado), como a los supuestos en los que la multirreincidencia exige, por motivos de prevención general, acudir a penas más severas.

<sup>115</sup> Hay autores, sin embargo, que propugnan en estos casos una “congelación” de la sanción penal en los términos actuales, como si de “un derecho adquirido” del correspondiente injusto se tratara (es el caso, verbigracia, de Díez Ripollés (2013: 53).

<sup>116</sup> Lo que se hace, sin embargo, en el Proyecto –y como dije más atrás- es llevarlas al Derecho Civil de daños (véase la propuesta efectuada por el Gobierno en relación al contenido de los artículos 621.2 y 3 CP).

<sup>117</sup> Esta modificación de la edad del consentimiento sexual no figuraba en el Anteproyecto que el Gobierno sometió al dictamen previo del CGPJ y de la FGE. Que esto haya ocurrido así no es nada extraordinario, pues a pesar de las obligaciones establecidas en los artículos 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y 108.1 2) de la LOPJ, el Gobierno debe estimar que no se encuentra vinculado; opinión que no comparte, desde luego, el Tribunal Constitucional (véase al respecto la Sentencia 181/1988, de 13 de octubre). Sobre todo ello, Álvarez García (2013c).

Además, en este caso, el Gobierno no puede alegar que la idea de elevar la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años le vino después de aprobar el Anteproyecto y remitirlo al CGPJ y a la Fiscalía, pues

respecto hay que decir que resulta curioso que a medida que se ha ido resquebrajando el tabú sexual en la sociedad española, a medida que se ha ido “descubriendo el sexo” y que la educación sexual –a pesar de la resistencia de los sectores más reaccionarios con la iglesia católica a la cabeza- se ha normalizado en las escuelas, la edad del consentimiento sexual se ha ido incrementando: de los doce pasamos a los trece y ahora a los dieciséis años. Obviamente ello ha provocado un endurecimiento general de las sanciones por la realización de conductas de naturaleza sexual con sujetos pasivos que no hayan cumplido aún los dieciséis años<sup>118</sup>.

Se trata de una decisión errónea que se dirige contra el uso social y que va a provocar una innecesaria conflictividad. Los adolescentes maduran sexualmente cada vez más pronto, no sólo física sino psíquicamente también, habiendo contribuido a esto último la educación sexual que se imparte en los centros de enseñanza y una sanísima “relajación de las costumbres”. Por eso carece de sentido, o sólo se explica como una nueva imposición del “pensamiento” español más reaccionario, el tratar de impedir a los adolescentes de entre trece y dieciséis años el tener un acceso normalizado al sexo; acceso que sólo ha de tener límites en la violencia, la intimidación, el engaño o el prevalimiento. Fuera de esos contornos, no es aceptable poner fronteras a la actividad sexual de personas que ya han madurado suficientemente su personalidad al menos en ese aspecto; en todo caso, y si hubiere falta de maduración, no es el Código Penal el instrumento adecuado para inducirla.

Pero además se da con esta reforma un decidido paso para castigar hechos que únicamente podrían producir reproche ético o moral<sup>119</sup>. Me refiero a buena parte de las tipicidades recogidas en el artículo 189.1, párrafo segundo, que reza así:

A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser

ya en el Anteproyecto se había incluido, en el artículo 182.1, una modificación en materia de edad según la cual el tratamiento de los abusos sexuales a menores sería disciplinado como sigue: *1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.* Esa referencia a los dieciséis años condujo a la doctrina –cuando la interpretaba en relación al artículo 181.3- al estupro, pues era incoherente el texto propuesto en relación con el acabado de mencionar. Pero no se trataba de un error, sino el heraldo de la alteración que en el Proyecto de Ley iba a introducir el Gobierno tras “burlar” a las instituciones que deben emitir los informes preceptivos.

<sup>118</sup> Aunque, es cierto, la introducción de la cláusula que se incorpora en el nuevo artículo 184 *quater* contribuirá a mitigar los efectos de este endurecimiento: *El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez.*

<sup>119</sup> En este mismo sentido Morón Lerma y Fernández Teruelo (2013: 702) afirman: “La política penal europea en los delitos contra la libertad sexual y, en particular, en lo relativo a la pornografía infantil está lastrada por connotaciones morales que dificultan afrontar el tema con la objetividad y el rigor que éste merece”.



un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

La cuestión está, a mi modo de ver y al margen de la escasa fortuna en la redacción del precepto<sup>120</sup>, en lo siguiente: el bien jurídico protegido en estos injustos (indemnidad sexual) debe estar vinculado con la utilización de menores, no con la representación fiel o menos fiel de menores, sino con la participación directa de menores en el material de que se trate. Las imágenes, las representaciones visuales, más o menos realistas, de un menor o de sus órganos sexuales pero que no se correspondan con un menor “existente”, no deben ser en ningún caso objeto de integración típica, pues en esos supuestos no se protege a menores sino una determinada moral (o ni siquiera) que puede ser compartida o no, pero que no ha de ser materia de contemplación penal<sup>121</sup>.

2. En lo que importa a los tipos penales (y más allá de incoherencias y del hecho de que el Legislador se empeñe en usar, en ocasiones, distintas expresiones para referirse a idénticas situaciones, con lo que no sólo desaprovecha el trabajo acumulado durante muchos años por doctrina y Jurisprudencia, sino que provocará –hasta que se consoliden los nuevos conceptos, lo que suele tardar lustros- una inaceptable situación de inseguridad jurídica<sup>122</sup>) subrayar que se lleva a cabo un endurecimiento general de las penas que es también de la disciplina penal sexual entera, al incorporarse nuevas conductas a los tipos. Es el caso del estupro de prevalimiento en el artículo 182.1, o los nuevos 183.4 e), 183 bis, 183 ter.2, 188.2, 188.3 b), d) y e), 188.4, etc. A esto hay que añadir el ya anunciado incremento de todas las penas por la elevación de la edad del consentimiento sexual y también la de alguna de las figuras ya existentes (es el caso del estupro engaño del artículo 182.1 CP, en el que la pena pasará de prisión de uno a dos años a prisión de uno a tres años, lo que no deja de resultar llamativo en una conducta que ya no tiene apenas presencia jurisprudencial y que “sabe a rancio” (García Rivas, 2012: 618)<sup>123</sup>; agravación que también afectará al “nuevo” estupro de prevalimiento de personas entre dieciséis y dieciocho años a las que se extrae de la disciplina general del artículo 181.3 CP y se las encaja en este nuevo artículo 182.1, con la consecuencia de que no se les aplicará la alternativa de pena de multa prevista en el artículo 181.1 CP).

<sup>120</sup> A este respecto el CGPJ en su Informe al Anteproyecto (página 178) indicaba: “Estamos ante una redacción difícil, poco técnica y cuidada, que sin duda dará lugar a problemas interpretativos”.

<sup>121</sup> No se comparte este planteamiento en el Informe elaborado por la FGE al Anteproyecto (páginas 168 ss. de la “Memoria” enviada al Congreso, en el que se pedía al Legislador que fuera todavía “más allá”.

<sup>122</sup> Véase, por ejemplo, la propuesta modificación del artículo 182.1 CP donde el Legislador ha introducido una cláusula para abarcar situaciones no sólo de engaño sino de prevalimiento, pero lo ha efectuado empleando ya no la expresión consolidada en el artículo 181.2: “*prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*”, sino otra nueva y más insegura: “abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”. ¿Qué razones existen que justifiquen ese cambio? Sólo dos se me ocurren: la ignorancia y la soberbia.

<sup>123</sup> Se refiere a este delito en los siguientes términos: “La pervivencia de esta modalidad de abuso constituye una reminiscencia de tiempos pretéritos en los que la valoración de la mujer como sujeto propicio al matrimonio se veía afectada por la existencia de relaciones sexuales mantenidas bajo promesa del mismo, promesa incumplida después y que se interpretaba como engaño bastante para obtener la satisfacción sexual del varón, autor del hecho. Todo ello, en franca contradicción con los postulados actuales sobre la igualdad de la mujer y la imperiosa necesidad de otorgar al ordenamiento jurídico un carácter no sólo igualitario sino igualatorio”.

## 8. La recaudación como norte de la política criminal de la reforma

Ese afán recaudatorio ha vencido el corazón del reformador (que a la vista de sus principios ideológicos ya estaba predispuesto a ello), lo que le ha llevado a hacer omnipresente la pena de multa. Para ello, y aprovechando la supresión del Libro III del Código Penal, no ha dudado en sustituir, siempre que ha habido ocasión, la pena de localización permanente por la de multa; así, por ejemplo, en el nuevo tipo que sirve para absorber la falta de hurto del vigente artículo 623.1 CP, ha dispuesto como única pena -en lugar de la localización permanente prevista en la falta como sanción alternativa-, la de multa. Lo mismo ha hecho en, por citar otros casos y en similares circunstancias, en las nuevas tipificaciones de los artículos 236.2, 249, párrafo 2º, 253, 254, 255, 256, 263, etc.

En otros casos, y “todo sea por la recaudación”, al suprimir la falta correspondiente al delito de que se tratara, no se hace en el Proyecto previsión alguna de menor gravedad mediante la construcción de un tipo atenuado que pudiera absorber aquella respetando proporcionalidad, con lo que la pena pecuniaria prevista en la falta se ve incrementada más que notablemente, pues ésta pasa, sin más, a integrarse en el delito; es el caso, por ejemplo, de la falta del artículo 623.3 (robo y hurto de uso de vehículos del artículo 244 CP).

Hay supuestos, sin embargo, en los que sí se contempla un tipo atenuado en el que la sanción es de la misma naturaleza que la prevista actualmente en la falta destinada a ser absorbida, sin embargo la cuantía de la pena se incrementa notablemente en el Proyecto. Es el caso de la conducta contemplada en el vigente artículo 624.1 CP (alteración de lindes o mojones), que al pasar al nuevo delito del artículo 246 del Proyecto ve incrementada la sanción desde la actual multa de 10 a 30 días, a la de uno a tres meses del nuevo 246.2; y lo mismo sucede en el tipo de distracción de aguas de los artículos 624.2 del CP en relación al nuevo 247.2 del Proyecto. En el caso de las faltas patrimoniales (hurto, estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico, de terminales de comunicación, daños, etc.) no sólo, como se ha indicado más arriba, se elimina la pena alternativa, sino que la pecuniaria aumenta considerablemente (de los uno a dos meses actualmente prevista, hasta la de uno a tres meses).

Otros grupos de casos se podrían traer a colación pero que no añadirían nada a lo ya dicho; lo relevante es que el Proyecto del Gobierno ha hecho las previsiones de sanción no atendiendo a criterios de prevención general o especial, es decir: no atendiendo a los fines de las penas, sino exclusivamente a los recaudatorios. Sólo se ha introducido una salvedad a esta política, y es en materia de homicidio y lesiones por imprudencia leve donde, como he significado más atrás, en lugar de mantener las tipicidades en el Código Penal facilitando a los ciudadanos los medios de investigación, se ha optado por extrañarlas de éste buscando el beneficio de las aseguradoras privadas, y sólo secundariamente los ingresos que pueden proporcionar las tasas judiciales en los procedimientos civiles que haya que empeñar.

## 9. El apartamiento de los “buenos principios”. Los términos inseguros como técnica tipificadora. La ideología como impulso

1. El Legislador está obligado a proporcionar estructuras típicas sencillas, elaboradas utilizando un lenguaje claro, en lo posible indubitado y siempre mejorando la legislación anterior, al tiempo que procurando traer a la norma las experiencias habidas en la práctica. Pues bien, es justo eso lo que no se lleva a cabo en el Proyecto.

Así, contemplemos la propuesta de tipificación del delito de lesiones (que es uno de los que más trabajo proporciona a los tribunales). Como es conocido, después de muchos años se había llegado, gracias al esfuerzo de legisladores, doctrina y Jurisprudencia, a la constitución de un tipo básico “razonable”, en el que la separación entre delito y falta había dejado de ser –en términos generales- un problema, y donde, mediante la constitución de un tipo atenuado (que, quizás, falte en el artículo 150 CP), se incluían términos adecuados de proporcionalidad mediante el reconocimiento de un arbitrio judicial “guiado” (utilizando referentes como los del resultado producido y los medios utilizados para causar la lesión, a la hora de afirmar el tipo atenuado).

En este “ambiente tranquilo” viene a inmiscuirse el Legislador con una propuesta en la que se demuestra un importante desprecio por principios básicos como el de seguridad jurídica. En efecto, asumida la decisión de suprimir el Libro III del CP y de incorporar al II las faltas dolosas de lesiones así como los malos tratos de obra, se presentaban, básicamente, dos opciones al Legislador: la primera de ellas consistiría en no despreciar todo el esfuerzo antes aludido y dirigido a distinguir entre delito y falta, y aplicar esa diferencia a la distinción entre el vigente delito de lesiones (más grave) y la nueva tipicidad procedente de la actual falta de lesiones<sup>124</sup>; a ello añadir el tipo atenuado y la falta de malos tratos. La redacción del nuevo artículo 147 CP podría, por tanto, quedar así:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.
2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.
3. Si la lesión a la que se refiere el apartado 1 sólo hubiere precisado de mera asistencia facultativa, será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días y multa de uno a dos meses.
4. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de uno a dos meses”.

De esta forma, y como indicaba más arriba, se aprovechan las construcciones legales, doctrinales y jurisprudenciales realizadas en los últimos años, sin padecimiento, antes al contrario, de la seguridad jurídica.

Una segunda posibilidad técnicamente correcta consistiría en definir el delito de lesiones aprovechando la aludida diferencia actual entre delito y falta pero prescindiendo del vigente tipo atenuado recogido en el actual 147.2 CP (lo que implicaría una agravación del actual régimen sancionador). Es la fórmula a la que acuden Fernández Hernández A y Olloquiegui Sucunza (2013: 90 ss.), y que dejaría la tipicidad como sigue:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.

<sup>124</sup> Es lo que propone Galdeano Santamaría (2013: 94 ss.).

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, cuando no haya requerido para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

El Proyecto, sin embargo, ha elegido la peor opción y construye como sigue:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, atendiendo al medio empleado y al resultado producido, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de tres meses y un día a doce meses.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Esta tipificación produce los siguientes efectos:

1º) Suprime, desde el exclusivo punto de vista de la sanción, el tipo atenuado tal y como hoy está incorporado al artículo 147.2 CP, y construye uno que por la dimensión de la sanción se quedaría a medio camino entre la pena del último tipo mencionado y la del vigente 617.1 CP, aunque mucho más cerca de aquél que de éste; todo lo cual supondría una considerable agravación del régimen sancionador.

2º) El marco penal del tipo básico (de tres meses a tres años) se concretará acudiendo como criterio, en primer lugar y excepcionando de esta forma las reglas generales de determinación de la pena recogidas en el artículo 66 CP<sup>125</sup>, “al medio empleado y al resultado producido”; criterio éste que debe ser el utilizado, también, para diferenciar entre el tipo básico y el nuevo atenuado. Sin embargo la expresión “medio empleado y resultado producido” no se debe interpretar de la misma forma en uno y otro caso, pues en el primero –para medir la pena entre tres meses y tres años- se parte de la idea de que las lesiones causadas poseen la gravedad suficiente como para ser consideradas lesiones del tipo básico<sup>126</sup>; sin embargo, en el segundo –para aplicar o no el tipo atenuado- es precisamente la cuestión de la gravedad en abstracto de la lesión la que está en juego (y una vez decidido que se aplica el tipo atenuado, habrá que acudir –ahora sí- a las reglas del artículo 66 CP para determinar exactamente la pena).

Todo esto provocará, abandonados los referentes de la “primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico”: a) que haya que construir “sobre los

<sup>125</sup> Lo que quiere decir que se viene a derogar de hecho todo el sistema de atenuantes y agravantes, pues estas quedarían sin espacio de juego en el marco penal; y quiere decir, también, que se opta decididamente por la relevancia del resultado o de los medios utilizados, prescindiendo por tanto en la determinación de la pena de todos los elementos de valoración de la acción que están presentes en el fundamento de las circunstancias: un gran paso atrás, pues.

<sup>126</sup> Podría entenderse también que la referencia sirviera únicamente para decidir si debe aplicarse la pena de prisión o la de multa; pero esta interpretación iría, entiendo, en un sentido contrario al del precepto y terminaría provocando, de hecho, la constitución de un nuevo tipo atenuado acudiendo a idénticos criterios que los que deben ser utilizados para entender de aplicación el tipo atenuado recogido en el número 2 del artículo 147 CP (debe tenerse en cuenta a este respecto que el límite máximo del marco penal de la pena de multa tanto en el tipo básico como en el atenuado coinciden, con lo que, en realidad, si se entendiera que la referencia al “medio empleado y resultado producido” sirviera para optar entre la pena de prisión o la pena de multa en el tipo básico, la conclusión sería la de que estamos ante dos vías diferentes para llegar a un mismo tipo básico).

lomos de los ciudadanos” y a través de un tiempo que no será corto, toda una dogmática que sirva para precisar el significado de “medio empleado y resultado producido” a efectos de diferenciar entre tipo básico y agravado de lesiones; b) que, en algún caso, y como consecuencia de haberse abandonado la distinción entre primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico, supuestos que ahora se encajan en la falta del 617.1 CP se terminarán incluyendo en el tipo básico del delito de lesiones; c) se va a “tirar por la borda” un esfuerzo de años, tanto por parte de la doctrina como de la Jurisprudencia, empeñado en depurar los tipos de lesiones, lo que constituye un dislate.

Como consecuencia de lo anterior todo va a ser más inseguro, más incierto, y ello se pagará en términos de seguridad jurídica, de igualdad en la aplicación de la ley, de taxatividad, de Principio de Legalidad<sup>127</sup>, y conducirá, además, a aumentar –por la vía de recursos- aún más el ya asfixiante trabajo que padecen los tribunales.

¿Qué harán los jueces cuando interpreten el nuevo precepto? Es decir ¿qué harán con los ciudadanos sometidos a su competencia una vez desmontado el anterior sistema? Con una gran sensatez Galdeano Santamaría (2103: 517) apunta: *La lógica y el sentido común harían pensar que deberían de persistir los criterios ya fijados por la Jurisprudencia, y que las calificaciones jurídicas seguirían siendo las mismas. Pero la experiencia nos demuestra hasta la saciedad que la confianza extrema en el arbitrio judicial, sólo produce sentencias absolutamente dispares ante supuestos semejantes o iguales, dependiendo del órgano judicial del que emane. En muy poco tiempo, muchos jueces introducirán nuevos criterios y opiniones personales para determinar si estamos ante el primero o el segundo párrafo, generando una total inseguridad jurídica. Tal desigualdad evidenciará una ausencia total, ya no solo de la justicia material sino también de la justicia formal, en un delito, que es el rey numéricamente hablando, entre las infracciones contra las personas: estamos hablando de cientos de sentencias al año.*

2. El problema del “negacionismo histórico”. Siempre he entendido que no hay nada más peligroso que imponer verdades históricas; es decir, obligar, bajo amenaza de pena de prisión, a entender que tales o cuales hechos sucedieron de determinada forma. En este sentido, Europa está siendo recorrida por una fiebre (impulsada por el lobby judío) de tipificación de la conducta consistente en –con unas u otras matizaciones- negar el llamado holocausto<sup>128</sup>; y digo que nada más peligroso, porque las verdades de hoy pueden ser refutadas mañana y tenidas a partir de un cierto momento como falsedades. Por ello, tipicidades como la

<sup>127</sup> En este mismo sentido Galdeano Santamaría (2013: 517).

<sup>128</sup> Del cual se ha apropiado en exclusiva el sionismo, cuando es así que el mayor genocidio cometido durante la 2ª Guerra Mundial fue el que tuvo por objeto genérico al pueblo ruso, a los soviéticos, a los eslavos como grupo nacional y étnico cuya eliminación constituyó uno de los nortes de la maquinaria bélica y policial alemana (la Unión Soviética perdió cerca de treinta millones de personas en la contienda; en este sentido es de recordar la Orden número 166 de 1941 del Alto Mando Alemán dirigida a la 60 División de Infantería Motorizada de la Wehrmacht ubicada en el “frente del este” -en medio de la ofensiva alemana contra Rusia y cuando se hacían decenas de miles de prisioneros diariamente-, en la que se ordenaba la ejecución en masa de los prisioneros soviéticos con la motivación de que “dada la bravura y el alto valor individual de los soldados rusos, cualquier actitud humana con los prisioneros no puede ser consentida. La destrucción integral del enemigo debe ser llevada a cabo con cualquier medio” –Keitel pagaría en la horca la emisión de esta Orden. Por cierto, que instrucciones de este tipo –con más o menos matices- han sido habituales en los hechos bélicos, véase en este sentido la orden dada por Blücher cuando cargó en Waterloo al frente de sus húsares negros). Pero otros grupos, delimitados por distintos rasgos, fueron, como es conocido, diana de la política de exterminio: comunistas, homosexuales, gitanos y un largo etcétera; y todo ello más allá de la decisión de destrucción de otros colectivos como decisión puramente “política”, como fue el caso de los republicanos españoles (lo ocurrido en el campo de concentración de Buchenwald sirve como eficaz testimonio en este sentido).

contenida en el nuevo artículo 510.1 c): *Quienes nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, las encuentro inoportunas.*

Ningún mejor argumento para avalar lo anterior que el relato del que ha sido considerado uno de los genocidios más rápidos de la Historia<sup>129</sup>, me refiero a la “masacre en los bosques de Katyn”, en la que diez mil oficiales de la reserva polaca, además de otros cinco mil hombres, fueron asesinados –después de haber sido hechos prisioneros- por los soldados de la Unión Soviética al principio de la 2ª Guerra Mundial. El asesinato de ese contingente<sup>130</sup> constituyó, sin duda alguna, uno de los genocidios más destacados de la contienda, y por ello no deja de resultar llamativo que la citada matanza se incluyera en el Acta de Acusación de Núremberg “señalando a los alemanes”, a pesar de que a los aliados les constaba fehacientemente que la autoría correspondió a los soviéticos. En este último sentido es muy ilustrativo lo que manifiesta Churchill (1985: 294 ss.) en sus “memorias de guerra”: *A primeros de abril de 1943, Sikorski [Jefe del Gobierno Polaco en el exilio] vino a almorzar al número 10 de Downing Street. Me explicó que tenía pruebas de que el Gobierno soviético había asesinado a los 15.000 oficiales y prisioneros polacos que se habían entregado, y que éstos estaban enterrados en vastas fosas comunes excavadas en los bosques, principalmente en las cercanías de Katyn. Las pruebas las tenía en abundancia. Yo dije: ‘Si están muertos, ya no se puede hacer nada por hacerles volver a la vida’... es evidente que para dar crédito a la tesis rusa [de que los asesinatos los había llevado a cabo el ejército alemán] hace falta tener una fe ciega<sup>131</sup>. La razón de que los Aliados –y especialmente los británicos- no denunciaran en aquellos momentos a los soviéticos fue la necesidad que tenían del “Ejército Rojo” para ganar la guerra, por lo que optaron por cerrar los ojos ante lo evidente; e incluso posteriormente, durante los procesos de Núremberg, tampoco quisieron incomodar a los soviéticos con acusaciones gravísimas que implicaban al mismo Stalin, y dejaron que se acusara a los alemanes de lo que sabían éstos no habían cometido. Pues bien, la versión oficial sobre lo sucedido en Katyn persistió hasta que el Presidente Gorbachov, muchos años después de acabar la guerra, reconociera que había sido la Unión Soviética la autora de la matanza<sup>132</sup>.*

Relatos como éste, en el que muchos años después de haber sucedido los hechos se cambia completamente la versión de lo ocurrido, menudean, y desde luego muchas falsas historias sobre las barbaridades de la 2ª Guerra y otras habidas posteriormente continúan vigentes, y especialmente muchos silencios<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> Título éste verdaderamente difícil de apropiación, a la vista de lo sucedido en Ruanda, la antigua Yugoslavia, Camboya...

<sup>130</sup> Que estaba constituido, como he subrayado, por oficiales de la reserva, es decir personas que integraban la capa intelectual y profesional alta de la sociedad polaca, y cuyo asesinato perseguía quebrar la columna vertebral de Polonia, privándola de las personas que, por su preparación, tenían la capacidad de “rehacer” la patria.

<sup>131</sup> Véanse sobre el mismo hecho las autorizadísimas “memorias” del General Anders Wladyslaw (2008).

<sup>132</sup> Gorbachov entregó al que fuera también Presidente de la Unión Soviética Boris Yeltsin la prueba documental de los hechos el 24 de diciembre de 1991; se trataba de la llamada “carta de Beria 794/B” de 5 de marzo de 1940 en la que se ordenaba la ejecución de los prisioneros, y que aparece con el Visto Bueno de Stalin. Véanse Czapski (2008: 476 ss.).

<sup>133</sup> Por ejemplo, ¿habría que acusar de negacionismo a los que rechacen que los norteamericanos cometieron genocidio –y no pocos crímenes de guerra- durante la guerra de Corea? ¿y durante las de Vietnam o Irak? ¿Acaso los polacos no acudieron al genocidio de la población alemana en los primeros días de la 2ª Guerra Mundial –y de los ucranianos al finalizar la contienda, y antes de ésta sobre los judíos? ¿y los checos sobre los alemanes –aquella horrible “procesión” en Praga, por ejemplo- al finalizar la 2ª contienda? ¿y la de los estadounidenses con sus experimentos médicos en



Así pues, y por mera fidelidad histórica, ¿qué sentido tiene aferrarse a un determinado relato y convertirlo en referente de los tipos penales? ¿Dónde se encuentra el bien jurídico protegido en semejante delito? ¿A qué obedece el notable incremento de la pena que se produce con el nuevo artículo 510.1 c) en relación al vigente 607.2 CP (pues se pasa de una pena de prisión de 1 a 2 años a otra de 1 a cuatro años y multa)? ¿Por negar la existencia de un genocidio y de esa forma favorecer un etéreo “clima” de “hostilidad”? Desde luego que de esta tipicidad sólo puede decirse que carece de sentido y afecta gravemente a la libertad de expresión.

3. La inseguridad se ha adueñado –no es cuestión exclusivamente de la reforma en marcha- del CP. En este sentido debe señalarse que ya no hay una “evolución de la legislación” española en el sentido de progresión en líneas identificables, sino modificaciones legislativas frecuentemente caóticas. Quizás, incluso, pudiera decirse que la legislación española, en su conjunto, está experimentando en los últimos años un considerable proceso de desguace, y ello provocado no por nuestra integración en la Unión Europea sino por la realización de reformas y propuestas –muchas de ellas atolondradas- con las que sólo se piensa en lo inmediato sin tener en cuenta el contexto, ni a dónde se va, y sobre todo lo que implican (y eso afecta, insisto, a todo el Ordenamiento, y no sólo al penal); y de ahí las continuas reformas y contrarreformas (ejemplos de ellas pueden ser las inacabables modificaciones en el sistema de penas, en la Parte General, y en los delitos sexuales o el fiscal en la Parte Especial).

Así, han frecuentado las incorporaciones a los tipos penales de elementos subjetivos –expresión de la actitud interna- de imposible probanza; es el caso del artículo 381.1 CP (introducido por la reforma de 21 de junio de 1989, y provocada en buena medida por la injustificada resistencia de los tribunales a aplicar esquemas de dolo eventual en tentativa) y su referencia al “manifiesto desprecio por la vida de los demás” (fórmula que fue afectada por la reforma operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, en la que se sustituyó la referencia al “consciente desprecio...” por la vigente “manifiesto desprecio...”, en un intento de conceder una mayor materialidad a la fórmula). Pues bien, más allá de los loables esfuerzos realizados por algunos autores<sup>134</sup> y cierta Jurisprudencia en un intento de objetivar este referente, lo cierto es que la inseguridad en la interpretación del precepto es máxima, y se camina entre presunciones de concurrencia e incertidumbre en la fijación de los presupuestos de aplicación de un referente (el desprecio) cuyo mismo concepto es de muy difícil precisión (el propio Diccionario de la Real Academia le da el contenido de “desdén”, y éste lo define como: “Indiferencia y despego que denotan menosprecio”, con lo que entramos en un “bucle” de difícil resolución).

Pues bien, este camino de acudir a elementos de casi imposible precisión se recorre también en el texto del Proyecto de CP. Un ejemplo de lo que se dice lo proporciona el contenido del ya mencionado artículo 510.1 CP, pero en este caso en su apartado a): *Serán castigados... Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad...* ¿Cómo se fomenta<sup>135</sup> “indirectamente” la

---

Centroamérica? ¿y el continuado de los israelíes –del Estado de Israel- sobre los palestinos? ¿y los armenios? ¿con qué genocidios hay que tener memoria y con cuáles no? Se niegan algunos genocidios, se ensalzan otros, y, sin embargo, no existen problemas a la hora de votar a un genocida como Presidente de un Estado empeñado en denunciar el genocidio que con su pueblo se cometió (me refiero a Ariel Sharon, responsable de los hechos de Sabra y Chatila), y tampoco en acudir al sepelio de éste último mientras se le ensalza por sus “grandes hechos”.

<sup>134</sup> Por todos Gómez Pavón (2011: 1418 ss.) y Tamarit (2001: 1020 ss.).

<sup>135</sup> Se indicó ya más atrás, pero en este momento resulta preciso volver a insistir en que el Legislador utiliza como excusa la necesaria adaptación al Derecho de la UE, para exceder de las exigencias de las concretas normas comunitarias. Así sucede en este caso, pues la Decisión Marco 2008/913/JAI, para nada exige el castigo de las conductas consistentes en “fomentar o promover” el odio, etc. En

hostilidad<sup>136</sup>? ¿qué bien jurídico se protege en estas conductas? ¿qué espacio queda para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión? Garrocho Salcedo y Portilla Contreras (2013: 933) contestan tajantemente a estos interrogantes: *Al tratarse de un comportamiento previo al acto preparatorio de provocación de actos discriminatorios o violentos, la creación de un sentimiento etéreo (un estado de ánimo impune) de antipatía y aversión asentado en móviles discriminatorios, carece de capacidad para generar o incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico. Por ende, la penalización del germen de una intención infringe los principios de lesividad, al no lesionar ni crear un peligro relevante para la dignidad, igualdad o seguridad, quebranta la libertad ideológica, de pensamiento, expresión, y supone el retorno a un Derecho penal de autor.*

Esta indeterminación de contenidos –violación, pues, del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad- se produce asimismo en otros casos; es el supuesto del artículo 559 del Proyecto, que se refiere a: *La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la*

efecto, el artículo 1.1 de la citada DM establece: *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.* La conducta típica, como puede comprobarse, se refiere a la “incitación”, para nada se menciona “fomentar o promover”. Más aún, cuando en el apartado b) de dicho artículo se resuelve extender lo que pudiera entenderse exclusivamente como una incitación oral a otras formas de llevarla a cabo, se acota a: *difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales*; pero en ningún caso se abre el tipo al fomento o la promoción. Todavía más, la DM incluye una cautela en los apartados 2 y 4 de este artículo 1 de la DM, precisamente para evitar que la norma comunitaria “tropezara” con los ordenamientos internos; y así establece: *2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional*”. Pues bien, ninguna de las cautelas establecidas en la norma, antes al contrario, adopta el Legislador español, que se limita a no decir verdad cuando en la Exposición de Motivos de la Ley afirma que los cambios efectuados se deben al texto de la DM.

Asimismo, una contemplación detallada del tenor de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, puede llevar a concluir que el precepto propuesto choca con la doctrina contenida en esta resolución, especialmente cuando el Tribunal Constitucional se refiere a: “La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente -como sugiere el Ministerio Fiscal- puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”. Sobre esta resolución, véase el comentario de Ramos Vázquez (2009); véase también, Landa Gorotiza(2001: 163 ss.).

<sup>136</sup> Término que tampoco se recoge en la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008.



*comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis....* Desde luego que si nos atenemos al significado de “consigna” recogido en el Diccionario de la RAE, la referencia debe hacerse a: *En agrupaciones políticas, sindicales, etc., orden que una persona u organismo dirigente da a los subordinados o afiliados.* Pero, claro, si se tratare de una orden impartida dentro de una estructura asociativa y con el dicho contenido, resultaría que el texto del nuevo 559 en realidad contendría un tipo atenuado, muy atenuado en relación a la pena que podría imponerse por la aplicación de las reglas de participación (o de autoría) en el ámbito del tipo del artículo 557 bis. Además, teniendo en cuenta que la referencia acompaña al sustantivo “mensajes” y en el contexto normativo en el que se encuentra, pareciera que el significado a atribuir a la expresión “consigna” no se refiere: ni a un contexto asociativo, ni a una orden en sentido estricto. Entonces ¿cuál es el significado? ¿sugerencia? ¿mero juicio de valor? ¿invitación? ¿opinión? Nada se nos aclara en el tipo delictivo que es donde, precisamente, hay que dejar claros los términos usados.

Otra tendencia clara es la consistente en el abandono de las cláusulas generales y el abrazamiento del casuismo. Ejemplo de esto lo puede dar el vigente artículo 149.2 CP; en efecto, este precepto fue introducido en el Código por la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. La razón de su incorporación provino de una serie de casos en los que familiares de niñas inmigrantes provenientes de África, aprovechaban las vacaciones para llevar a las menores a sus lugares de origen y allí proceder a la ablación del clítoris. El conocimiento de estos hechos originó el lógico y correspondiente rechazo social y la inmediata, y estúpida, reclamación para que se introdujere la referida conducta en el CP español ¡Cómo si no lo estuviere ya! En efecto, la legislación penal española siempre catalogó como delito la mutilación de los órganos genitales, como no podía ser de otra forma; por sujetarnos a la Codificación, aunque ya en las Leyes de Partidas se contemplaba, el Código Penal de 1822 la incluyó en el artículo 638, el CP de 1848 en el artículo 332, el Código Penal de 1870 en el artículo 429, el de 1928 en el artículo 530, el de 1932 en el artículo 421, y el de 1944 en el 418 ¿Por qué desapareció su punición expresa? Pues porque desde hacía años se había llegado al convencimiento de que para nada hacía falta existiendo, como existía, un tipo en el que se castigaba (artículo 419 CP1973) “al que mutilara a otro de órgano o miembro principal”, y es evidente que la castración se incluía en esa tipicidad<sup>137</sup>. Pues bien, como a partir de los años 1990 comenzaron a llegar a España emigrantes de zonas africanas en las que la castración femenina constituía “costumbre”, la publicitación en los periódicos de alguno de estos hechos<sup>138</sup> movió a los políticos de turno —siempre más atentos a la prensa que a las verdaderas necesidades de los ciudadanos y más, por supuesto, que a la razón— a anunciar “a bombo y platillo” que en España se iba a castigar la castración. En realidad, lo único que hacía falta para salir al paso de esa “ola de mutilación genital femenina” era modificar no el artículo 149 CP1995 sino el artículo 23 de la LOPJ, es decir: el ámbito de aplicación de la ley penal —cosa que también se hizo, aunque mucho más tarde, con la LO 3/2005, de 8 de julio— para posibilitar la persecución de la mutilación femenina. Es sólo un ejemplo, pero suficientemente ilustrativo de esa tendencia que va en contra del espíritu de la codificación, y que sólo provoca lagunas e incertidumbres hermenéuticas.

<sup>137</sup> En este sentido Cobos Gómez de Linares (1990: 792).

<sup>138</sup> Lo que ya había advertido Cobos Gómez de Linares (ídem.) que iba a suceder a la vista de la experiencia ya vivida en Francia con la emigración africana, en lo que, naturalmente, no fue atendido.

Pero el casuismo, mejor decir: el embrollo como técnica tipificadora, alcanza altas cotas en el Proyecto de CP; y en este sentido el ya citado artículo 510 es un verdadero constructo de defectos como han expuesto con acierto los citados Garrocho Salcedo y Portilla Contreras. Se trata de un precepto con cinco números, algunos de ellos con varios apartados de gran extensión que, en alguna ocasión, tienen varios párrafos, y que constituye un verdadero monumento a todo tipo de disparates. Siguiendo a los dos autores acabados de mencionar, y prescindiendo de otras críticas más atrás efectuadas, el enorme casuismo que presenta el precepto (las decenas de tipos en él acogidos) conduce a: sancionar *con más severidad el acto preparatorio de la discriminación que una discriminación efectiva de los artículos 511 y 512 CP; eleva desproporcionadamente e iguala injustificadamente la sanción de uno a cuatro años entre comportamientos de diferente naturaleza jurídica, que, evidentemente, no son merecedores de la misma pena...*, y esta tónica, la misma, la desgrana en varios de sus apartados. Pero ello sólo es consecuencia como digo de un enorme casuismo que a lo que conduce generalmente es a lagunas de punición, problemas hermenéuticos, conculcación de las exigencias de taxatividad, del principio de igualdad...

Pero como digo esa tendencia a “desmontar” nuestro Ordenamiento sin pensar un solo momento en las consecuencias es observable en todas las ramas del Derecho; y ello se hace tanto con reformas que afectan a las bases mismas del Ordenamiento jurídico español, y que de consolidarse supondría una auténtica hecatombe jurídica (véase en este sentido el contenido del artículo 602 del Anteproyecto de Código Procesal Penal, según el cual: *La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tendrá carácter vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal, que interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por la indicada Sala*<sup>139</sup>), como con la introducción de singulares instituciones que acumuladas a otras existentes producen un caos considerable de múltiples e imprevisibles consecuencias, pero todas ellas nefastas para la seguridad jurídica (es, verbigracia, el caso de las “parejas de hecho” y su convivencia con el “matrimonio”); y todo ello rompiendo las escasas líneas de sentido que ocasionalmente se trazan (es el supuesto de, por ejemplo, la regla general del silencio administrativo que cada vez es más excepcionado hasta hacerla casi irreconocible, lo que produce una constante confusión).

En el sentido acabado de indicar, la introducción contracultural de la pena de cadena perpetua revisable no es más que una modesta contribución del actual Legislador al caos general de la legislación española.

## 10. Breve conclusión

Estamos ante un mal Proyecto, ideológicamente reaccionario, jurídicamente contrario al texto constitucional en no pocos de sus extremos y técnicamente lamentable. Es un Proyecto que si no se modifica profundamente en su tramitación parlamentaria, terminará produciendo más injusticia, un aumento de la tensión social y más retraso en la Administración de Justicia.

## Bibliografía

ALEGRE ÁVILA, J.M. (2004), “Potestad sancionadora y Entes Locales: el Principio de Legalidad Sancionadora”, *Revista de Estudios Locales*, Núm. 71, pp. 28-36.

<sup>139</sup> A este respecto véase Álvarez García (2013: 34 ss.).



- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2011), “Los delitos de hurto y el «furtum possessionis»”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1999), *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2001), *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2004), “Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, en DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. et al. (dirs.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2006), “El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, Núm. 57, pp. 18-32.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2009), *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013a), “Las prioridades de la justicia criminal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013b), “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte Especial (III). Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013c), “Problemas en la tramitación del anteproyecto de reforma del código penal de 2012”, *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, ReCrim*, N.º. 9, Disponible en: <http://www.uv.es/recrim/recrim13/recrim13n04.wiki>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- BARBERO SANTOS, M. (1963-1964), “La pena de muerte, problema actual”, *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXII, Núm. 2, pp. 79-113.
- BARCELONA LLOP, J. (1988), *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- BAUCELLS LLADÓ, J. (2013), “Desórdenes públicos”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLAY, E. (2013), “El control policial de las protestas en España”, *InDret*, Núm. 4. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1000.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- BUENAVENTURA SELVA, N. (1870), *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta Española, Madrid.
- CÁMARA DEL PORTILLO, D. (2012), “La intervención administrativa en la Seguridad ciudadana y los espectáculos públicos”, en LINDE PANIAGUA, E. (coord.), *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, Colex, Madrid.
- CARRASCO ANDRINO, M.Mª. (2006), “Efectos en la salud de las penas privativas de la libertad de larga duración. Su consideración en el mundo anglosajón”, inédito.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1990), “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 27, pp. 9-26.
- CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2013), “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- CEREZO MIR, J. (1994), *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992. Lección inaugural del Curso académico 1993-94*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza.
- CEREZO MIR, J. (2004), *Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción*, Tecnos, Madrid.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. (1990), "Comentario al artículo 418", en ÁLVAREZ GARCÍA, J. et al. (coords.), *Código penal comentado*, Akal, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002) *Derecho Penal español. Parte General*, Dykinson, Madrid.
- CUERDA ARNÁU, M.L., OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I. y DE LA CUESTA AGUADO, MP. (2013), "Delitos contra el orden público. 27.1. Atentado, resistencia y desobediencia", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUERDA RIEZU, A. (2011), *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier Libros, Barcelona.
- CUERDA RIEZU, A. (2012), "Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión", *OTROSI, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Núm. 12, pp. 29-33.
- CZAPSKI, J. (2008), *En tierra inhumana*, Acantilado, Barcelona.
- CHURCHILL, W. (1985), *La Segunda Guerra Mundial. África redimida. VIII*, La Esfera de los Libros, Barcelona.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2002), *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DE OTTO Y PARDO, I. (1988), "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1998), "La 'privatización' de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad", en *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 12, extraordinario, pp. 115-132.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004), "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Jueces para la Democracia*, Núm. 49, pp. 25-42.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2006), "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 08-07. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2013), "Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2011), *Prisiones de empresa, reformatorios privados. Dos estudios de política penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I. (2013), "Notas críticas sobre la conversión de las faltas en delitos en el Anteproyecto de Reforma de 2012", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. (2013), "Delitos contra la integridad física", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. (2013), "Falta de lesiones", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALLEGO DÍAZ, M. (2009), "El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua", *Razón y fe*, Núm. 1329-1330, pp. 51-62.



- GARCÍA ALBERO, R. (2010), "La nueva medida de libertad vigilada", *Revista Aranzadi doctrinal*, Año, 2010, Núm. 6, pp. 183-196.
- GARCÍA RIVAS, N. (2011), "La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad", *Revista General de Derecho Penal-IUSTEL*, Núm. 16. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=410995](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410995). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- GARCÍA RIVAS, N. (2012) "Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales", ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARROCHO SALCEDO, A. y PORTILLA CONTRERAS, G. (2013), "Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GAVARA DE LA CARA, J.C. (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2007), "Ineficaz e inconstitucional", *El Mundo*, 13 de septiembre de 2007.
- GÓMEZ PAVÓN, P. (2011), "Delitos contra la seguridad del tráfico", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRACIA MARTÍN, L. et al. (2006), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (2007), "Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores", *Revista Penal*, Núm. 19, pp. 70-84.
- IZU BELLOSO, M.J. (1988), "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 58, pp. 233-354.
- JAÉN VALLEJO, M. (2012), "Prisión permanente revisable (Una nueva pena basada en el Derecho Europeo)", en *Diario del Derecho. Iustel*, 6 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1106086>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- JEREZ DARÍAS, L.M., MARTÍN MARTÍN, V.O. y PÉREZ GONZÁLEZ, R. (2012), "Aproximación a una geografía de la corrupción urbanística en España", *Ería*, Núm. 87, pp. 5-18.
- JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1913), *La sentencia indeterminada*, Ediciones Jurídicas Sociales, Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J. (1929), *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Obra ajustada al Programa de 10 de julio de 1929 para el cuerpo de aspirantes a la judicatura*, Reus, Madrid.
- JORGE BARREIRO, A. (1996), "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Núm. 2, pp. 327-385.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada.
- LASCURAIN J.A. (2010), "Los males de la cadena perpetua", *El Mundo*, 10 de junio de 2010.
- LÓPEZ PINA, M. (1991), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid.
- LLORENS, T. (2012), "Liberalismo y cadena perpetua", *El País*, 28 de noviembre de 2012.

- MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1996), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid.
- MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E.B. y GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (2013), "Prisión perpetua (artículo 36.3 y 4 CP)", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ GARAY, L. y MIRA BENAVENT, J. (2011), *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1973), *Las sanciones de orden público en Derecho español*, tecnos, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1975), *La cláusula de orden público como límite – impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1983), "El orden público como límite al derecho de libertad religiosa", en MARTÍN RETORTILLO, L. *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración local. Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1983), "Notas para la historia de la noción de orden público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 36, pp. 19-38.
- MAXWELL FYFE, D. (1948), La peine de mort, *Revue Internationale du Droit Penal*, Núm. 2.
- MIR PUIG, S. (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Editorial B. de F., Barcelona.
- MORILLAS CUEVA, L. (2013), "Pena de prisión versus alternativas: una difícil convergencia", *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, Núm. 1, pp. 450-498.
- MORÓN LERMA, E. y FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2013), ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho Penal*, Editorial B. de F., Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985), *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria, Jerez.
- NIETO MARTÍN, A. (2013), "Administración desleal", ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NISTAL BURON, J. (2010), "¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de 'cadena perpetua' como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?", *La ley*, Núm. 68, pp. 31-37.
- PACHECO, F. (1867), *El código penal, Concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. (2008), *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEREZ ROYO, J. (2009), "Cadena perpetua", *El País*, 20 de febrero de 2009.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2008), *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- QUERALT, J. (2000), "¿Redoblar las penas?", *El País*, 9 de noviembre de 2000.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2009), "La declaración de inconstitucionalidad del delito de 'negacionismo' (art. 607.2 del Código Penal)", *Revista Penal*, Núm. 23. Pp. 120.137.
- RANDO CASERMEIRO, P. (2010), "El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador", *InDret*, Núm. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/rando\\_casermeiro.pdf](http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- REDONDO HERMIDA, A. (2009), "La cadena perpetua en Derecho Penal español", *La Ley Penal*, Núm. 62, p. 4.



- RICO, J.M<sup>a</sup>. y SALAS, L. (1988), *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid.
- RÍOS MARTÍN, J.C. (2013), *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoa, San Sebastián.
- ROCA AGAPITO, L. (2011), “Delitos societarios”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROCA AGAPITO, L. (2013), “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A. (1995), *Derecho penal español. Parte General*, Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2009), “Cadena perpetua”, *El País*, 20 de febrero de 2009.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2010), “Las respuestas del ordenamiento penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?”, *Revista General de Derecho penal-IUSTEL*, Núm. 13. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=408994&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408994&d=1). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- ROMEO CASABONA, C. (1986), *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (2013), “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del código penal español”. *Indret*, Núm. 2/2013. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/962.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- SÁEZ, J. (1993), “Sobre la cadena perpetua”, *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, Núm. 15, pp. 7-8.
- SÁNCHEZ, J.L. (2013), *Las diez mareas del cambio*, Roca, Madrid.
- SANZ DELGADO, E. (2000), *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid.
- SANZ DELGADO, E. (2009), “La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 56, pp. 13-27.
- SANZ MORÁN, A. (2003), *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid.
- SANZ MULAS, N. (2000), *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. (2006), “La sentencia del TEDH en el asunto Léger contra Francia de 11 de abril de 2006. Sobre la compatibilidad de las penas de larga duración con las exigencias del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 7, pp. 264-268.
- SAVATER, F. (2008) “Contra la cadena perpetua”, *elcorreo.com*, 23 de agosto de 2008. Disponible en: <http://www.elcorreo.com/vizcaya/prensa/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- TAMAMES, R. (1960), *Estructura económica de España*, Alianza Editorial, Madrid.
- TAMARIT JUMALLA, J.M. (2011), “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal Español (Tomo II. Arts. 234 a DF. 7<sup>a</sup>)*, Cizur Menor -Navarra.
- TORÍO LÓPEZ, A. (1986), “La prohibición constitucional de las penas y de los tratos inhumanos y degradantes”, *Poder Judicial*, Núm. 4, pp. 69-84.
- TORRES ROSELL, N. (2012), “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 14-06. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-06.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

- URRUELA MORA, A. (2009), *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada.
- VIVES ANTON, T.S. (1974), "Métodos de determinación de la peligrosidad", en *Peligrosidad Social y Medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VIZMANOS, T.M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. (1848), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid.
- DOVAL, A., BLANCO, I., FERNÁNDEZ PACHECO *et al.* (2011), "La concesión de indultos en España, 2000-2008", *Revista española de investigación criminológica*, Núm. 9. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano9-2011/a92011art5.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- WLADYSLAW, A. (2008), *Sin capítulo final*, Malabar, Barcelona.