

X.1- BREVES NOTAS SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

Gabriel Garcías Planas

Doce años tuvieron que pasar para que desde la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de 1983, hecha esta con la finalidad de adaptar el Código Penal de 1973 a la Constitución de 1978, apareciese finalmente en 1995 un nuevo Código Penal.

Sin embargo, lo que parecía un Código estable y duradero, dentro de lo posible, ha sufrido en menos de veinte años, alrededor de veinticinco Reformas, más o menos importantes, lo que pone de manifiesto, en buena medida la falta de una política criminal coherente y una manifestación de populismo punitivo con el endurecimiento de las penas.

La última de las Reformas a la que nos referiremos es la que contiene el Anteproyecto de fecha 11 de octubre de 2012. Creo que debe ser valorada negativamente por cuanto supone un endurecimiento de las penas y la creación de nuevas figuras delictivas, lo que a mi juicio obedece, como dije, a una manifestación de populismo punitivo. Máxime cuando en la actualidad la Doctrina de manera unánime considera que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, es decir, que no lo castiga todo y que todo lo que castiga, no lo hace frente a cualquier ataque. Por eso se dice que en vez de una huida hacia el Derecho Penal para la protección de determinados bienes jurídicos, debe producirse una huida del Derecho Penal, como ultima ratio que desde antiguo se ha venido proclamando.

Como ejemplo de tal endurecimiento trataremos de comentar brevemente tres figuras: el delito continuado, la libertad vigilada, la prisión permanente revisable y la medida denominada custodia de seguridad.

Si analizamos la Exposición de Motivos, esta última la custodia de seguridad sólo se aplicará en supuestos excepcionales, de reiteración de delitos, de especial gravedad; y en casos de especial peligrosidad del sujeto, una vez cumplida la pena de prisión. Es un plus de libertad vigilada, esta basada en un sistema dualista donde la pena tiene su soporte en la culpabilidad y la medida de seguridad en la idea de peligrosidad.

Aun cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya manifestado que no era contraria al artículo 5 del Convenio, porque preparaba para la vida en libertad, sin embargo el hecho de aplicar primero una pena y luego una medida, es un dualismo ya superado, y contrario al sistema vicarial; y lo que también choca es que para su ejecución se diga que deberá cumplirse en un establecimiento especial para la resocialización y si no fuera posible en prisión, eso parece contener la idea de una prolongación de la pena, en consecuencia nos declaramos absolutamente contrarios. Finalmente debemos manifestar con satisfacción que ha sido eliminado del Anteproyecto, por plantear dudas sobre su Constitucionalidad.

Por lo que se refiere a la prisión permanente revisable, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado, que lo considera ajustado a la Convención Europea y va referido a delitos sancionados con penas de treinta o cuarenta años, según el Anteproyecto la revisión debe llevarse a cabo a los treinta y cinco años, cómputo a todas luces excesivo; pues piénsese que en otros países Europeos en que existe esta figura es revisable desde quince, caso de Alemania, hasta veinticinco en otros países.

En cuanto al delito continuado, figura que nació, como es sabido, por razones “*pietatis causa*”, se modifican las reglas de fijación de la pena, “para evitar consecuencias arbitrarias”.

Sabido es que en el artículo 74 del Código Penal actual la construcción del delito continuado se sustenta sobre los siguientes elementos: a- pluralidad de acciones con un mismo sujeto activo, b- un dolo unitario o designio único, derivado de un plan preconcebido o, aprovechamiento de idéntica ocasión, c- homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido, d- semejanza del precepto penal violado y e- conexión espacio-temporal (STS, 13-6-2003, 10-6-2010, entre otras).

Pues bien, si prospera la Reforma, se impondrá la pena superior a la mínima por la infracción mas grave, e inferior a la suma de todas ellas. No teniendo reflejo la reiteración delictiva y se excluye esta figura en los delitos sexuales.

Todo ello supone un aumento de las penas en esta figura.

En cuanto a los tipos delictivos de la parte especial, vamos a comentar

brevemente la administración desleal, la detención ilegal, amenazas y coacciones, los matrimonios forzados y acoso.

Se crea en el Anteproyecto un nuevo delito de administración desleal hasta ahora previsto y penado en el artículo 295, dentro de los delitos societarios y pasa a incardinarse dentro de la apropiación indebida en el artículo 252, que quedaría redactado así “ 1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, la infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. 3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. 4. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros”.

Hasta ahora en la administración desleal se infringía un deber de lealtad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, y se causaba un perjuicio, como consecuencia de actos de administración fraudulentamente adoptados; siendo pues el resultado típico, la causación de un perjuicio patrimonial a la sociedad, económicamente evaluable para los socios o a los terceros a que se hace referencia en el precepto, en este sentido STS, 19 de mayo de 2009, 13 de julio de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de les Illes Balears de 29 de febrero de 2012. Sabido es que el tipo básico de apropiación Indebidamente recogido en el actual artículo 252, fundamenta su conducta en dos verbos “apropiarse o distraer”. Pues bien el término “distracción” aun cuando no se cita expresamente en el anteproyecto pasará a ser la conducta nuclear de este nuevo delito de administración desleal, asentada sobre el perjuicio del patrimonio ajeno y no sobre el enriquecimiento propio, en consecuencia no se exige ánimo de lucro; si éste existiese se impondrá la pena en su mitad superior (art. 252.3). Si tal Anteproyecto ve la luz, en lo que a este delito se refiere, veremos que se crean subtipos cualificados y que remite punitivamente a la estafa, lo que supone un endurecimiento de las penas. El tipo de administración desleal como manifiesta Manzanares Samaniego, Diario La Ley nº 1642/13 de 19 de marzo “sanciona actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o

deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial, piénsese en supuestos como la venta no autorizada de créditos sin garantías, la contratación de servicios que no se prestan a la contratación de los mismos por un precio superior al real del mercado”.

En cuanto a la detención ilegal, con desaparición, se modifica el artículo 166 en el sentido de modificar la pena y se fija entre diez y quince años, como pena única, lo que supone también sin duda un endurecimiento de la pena.

Por otra parte, se introducen dos supuestos agravados para aquellos casos en que la víctima fuese menor de edad, o que el delito se haya cometido con una finalidad sexual, o bien el autor hubiese actuado posteriormente con esta finalidad. Y en tal caso la pena a imponer será de quince a veinte años.

Debemos decir también que se crea un nuevo artículo 168 bis que permite imponer además una medida de libertad vigilada en todos los supuestos del Capítulo I del Título VI.

Amenazas, coacciones, matrimonios forzados y acosos. Al derogar el Anteproyecto del Código Penal, el Libro III, es decir las faltas, sin embargo mantiene ahora como delito de menor entidad, determinadas conductas de coacciones y amenazas que el Legislador sigue creyendo merecedoras de sanción penal, son aquellas que se contemplan en el artículo 620 del actual Código Penal.

Finalmente debemos manifestar que se incorporan dentro del Título de los delitos contra la libertad, dos tipos nuevos: los “matrimonios forzados” y con unos acosos que podrían no constituir amenazas ni daños.

En lo referente al matrimonio forzado –artículo 172 bis– quedaría redactado de la siguiente manera “1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados, 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

Con independencia, de que la ubicación del párrafo primero estaría mas correctamente ubicado en los delitos contra los deberes familiares del Título XII, Libro II del actual Código Penal, ocurre que la relación entre ambos apartados resulta confusa; en primer lugar por cuanto al segundo párrafo añade el término “engaño” que no aparece en el apartado primero y en segundo lugar, que no se entiende de manera clara, cual es la relación

entre “compeler a otra persona a contraer matrimonio” y forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

Para concluir estas breves notas, como dijimos, se crea un nuevo delito de acoso sexual en el artículo 172 ter.

Su redacción quedaría así “ 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, alterare gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º La aceche o busque de cercanía física. 2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga de terceras personas se pongan en contacto con ella. 4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. 5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

La estructura del apartado primero del artículo 172 ter, es un acoso que produce una alteración grave en la vida cotidiana de la víctima. Llama la atención del casuismo que se establece en los cuatro primeros números, para luego finalizar en cualquier otra conducta análoga.

Existe en su apartado segundo un subtipo agravado para aquellos casos en que el sujeto pasivo fuera alguno de las personas del ámbito familiar a que se refiere el artículo 173.2, en tal caso la pena se impondrá en su mitad superior.

El propio precepto en su apartado tercero indica de manera clara la posibilidad de un concurso real de delitos, pues las penas se impondrán “sin perjuicio de las que pudieran corresponder ...”.

Concluye el nuevo precepto en una condición objetiva de perseguibilidad, pues requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para que los hechos puedan ser perseguidos.

Estas breves notas, no pretenden otra cosa que extractar lo comentado por mi en la mesa redonda el pasado día 13 de mayo de este año.

El pasado día 20 de septiembre el Consejo de Ministros aprobó el Nuevo Proyecto de Código Penal y que comenzará ahora su tramitación Parlamentaria. Ello nos da pie a poder hablar con mayor rigor de la Reforma. Así por ejemplo se crea el delito de invitación por internet al desorden público; el artículo 559 sanciona con penas de 3 meses a 1 año a quien inciten a la comisión de algunos de los delitos de alteración de orden público; y como se ha expresado por algún sector, ello puede ser una vía para sancionar algunas conductas de las redes sociales.

Al desaparecer las faltas del Código Penal, la falta de hurto de cuantía menor, por tanto, pasa en el Proyecto a ser delito y cuando se cometa “con profesionalidad” estará castigada en prisión de hasta 3 años; está pensada para carteristas.

No queremos concluir, sin manifestar que la idea del endurecimiento de las penas, también se hace patente en delitos económicos y concursales, facilitando por lo demás la persecución de las quiebras fraudulentas y aumentando la responsabilidad penal en las empresas.

Pensemos y confiemos que durante la tramitación parlamentaria se mejore el Proyecto en muchos de sus aspectos y concretamente en todo lo que suponga endurecimiento de las penas, ya que ello no supone disminución de la criminalidad.