

LOS PROYECTOS DE REFORMA PENAL EN ESPAÑA: UN RETROCESO HISTÓRICO*

Juan Carlos Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho penal
Universitat de València

Se anuncian reformas penales en España y la lectura de los textos proyectados o incluso los discursos gubernamentales que los anuncian resultan enormemente preocupantes. Soplan vientos de reacción profunda, de vuelta atrás o, lo que es mucho peor, de absoluto desdén por los derechos fundamentales y los principios penales.

1.- Hace ya tiempo que se impone reflexionar sobre la situación del Derecho penal y la labor que a los penalistas nos corresponde y de resaltar la necesidad de asumir nuestro com-

promiso con el Estado de Derecho o, lo que es lo mismo, con la Libertad como valor superior. Es menester ahora cumplir con ese compromiso y no permanecer callados ante el muy profundo retroceso que, de prosperar las reformas que se anuncian, una ya con categoría de Proyecto y otra aún en estado embrionario, están en trance de producirse.

El caso español no está aislado; forma parte de una dirección político-criminal global y muy regresiva. La relativización de los principios liberales —en el sentido más digno de ese

* Las presentes reflexiones son, obviamente, un comentario de urgencia sobre el texto del proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, de Código penal, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 4 de octubre de 2013. No se incluyen, por ello, notas ni orientaciones bibliográficas. Para un análisis del Anteroyecto de 2012, vid. por todos: ALVAREZ GARCIA, F.J. (Dtor), DOPICO-GOMEZ ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Sobre la reforma del aborto anunciada, vid. LAURENZO COPELLO, P.: *Dogmática y política criminal del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; GARCIA RIVAS, N.: “El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida”, en PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J.: *Tratado de Derecho sanitario*, vol. II, Thomson Reuters, 2012, págs. 273 y sgs. y sobre la constitucionalidad de la regulación vigente,; CARBONELL MATEU, J.C.: “Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo”, en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, 17, 2011; HUERTA TOCILDO, S.: “La constitucionalidad de la regulación del nuevo delito de aborto”, en *Constitución y democracia, ayer y hoy* (Libro Homenaje a A. Torres del Moral), vol. 2 Madrid, 2012, págs. 1753 y sgs; VIVES ANTON, T.S., CUERDA ARNAU, M.L.: *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

término—, el auge del Derecho penal del enemigo, la exacerbación de la peor manera de entender la seguridad y el correspondiente dominio de la peligrosidad como fundamento casi exclusivo y sobre todo ilimitado de la intervención punitiva son las notas características de una irrefrenable tendencia a la vuelta atrás hacia los momentos más oscuros del Derecho penal desde el período anterior a la Ilustración. Cada día es más evidente que corremos el riesgo de perder referencias fundamentales que creíamos logros inamovibles. Y, como vamos a ver, el principio de culpabilidad como expresión rotunda de la dignidad de la persona, que nunca puede ser privada de sus derechos y de su estatuto cívico si no es en virtud de que lo merezca tras incumplir los deberes que también como ciudadano le corresponden, y justamente en esa medida, está a punto de ser ignorado de forma tan grosera que puede anunciarse su completa desaparición, si prospera la reforma pretendida en España.

Porque aunque el caso español no esté aislado, sí es enormemente grave. Y supone una ruptura radical con una tradición secular que fue, al menos formalmente, respetada hasta en los momentos más trágicos de la Historia. El Anteproyecto maltrata todos los principios: el de legalidad introduciendo tipos tan abiertos que permiten su aplicación a cualquier conducta habitual, el de presunción de inocencia estableciendo supuestos de atribución de culpabilidad que ni siquiera admiten la prueba en contrario, el de proporcionalidad incrementando las penas más allá de todo límite razonable, el de necesidad tipificando conductas que están suficientemente prevenidas a través de otras ramas menos costosas del Ordenamiento, o el de humanidad de las penas introduciendo una prisión permanente que viene a profundizar aún más en el tremendo foso que ya actualmente supone la desmesurada duración de la privación de libertad incrementada por la aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial regresiva y que acaba de ser objeto de condena por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como era perfectamente

predecible excepto para quienes se empeñaban en ocultarlo.

Pero es, sobre todo, el principio de culpabilidad el que, de prosperar la reforma, va a salir peor parado. El defensismo a ultranza no se detiene ante la culpabilidad como límite a la intervención penal. Que, no se olvide, deriva de la propia esencia de dignidad en sentido kantiano: todo ciudadano ha de ser tratado como tal mientras no haya merecido, con su comportamiento, un trato diferente.

El Proyecto anunciado supondría, de ser aprobado, el mayor retroceso histórico desde el Código penal de 1.944. Su texto nos retrotrae a un Derecho penal totalitario, obsesionado por la peligrosidad y la seguridad mal entendida. Y, por supuesto, sin que la declaración de aquella se fundamente en juicio científico de ninguna clase ni ésta sea consecuencia de una política criminal coherente basada en criterio constitucional alguno. De no ser porque la pena de muerte está vedada por la Constitución y, por consiguiente, no tiene cabida en el texto penal propuesto, podría afirmarse que éste constituye una respuesta más desproporcionada y contraria a los principios penales que el propio Código franquista. Y, probablemente, no sea exagerado afirmar que ofrece menores garantías.

La “filosofía” que emana no es otra que la del puro populismo, recurriendo coherentemente al Derecho penal simbólico, tipificando innecesariamente conductas dudosamente lesivas para los derechos de los ciudadanos y endureciendo la respuesta en los ámbitos donde resulta menos necesario y en los que menor incremento delictivo se ha producido, tales como los delitos contra la vida, la libertad sexual o la propiedad o el terrorismo, al tiempo que se ignora la corrupción y la delincuencia económica como fenómeno fundamental de nuestro tiempo y principal problema del país.

Tal “filosofía” se ve reflejada de manera rotunda y clara en la Exposición de Motivos:

“[I]a necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner

a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas por la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, (e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos —referencia que contenía el Proyecto de 2012 suprimida en el Anteproyecto y el Proyecto de 2013—) y la revisión de la regulación del delito continuado.”

Con independencia de que entre una y otra versión del proyecto —2012 y 2013—, se haya “caído” la regulación de la custodia de seguridad que no su previsión en la escala de medidas privativas de libertad, parece evidente que para el autor de la Exposición de Motivos el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia pasa por Sentencias que sean percibidas como justas, lo que se consigue con la prisión permanente, la custodia de seguridad, el mantenimiento, en fin, de los sujetos peligrosos el mayor tiempo posible en la cárcel y separados de la sociedad y la imposición de medidas vitalicias de seguridad, como el internamiento perpetuo —mientras dure el pronóstico de peligrosidad— en un establecimiento psiquiátrico. El texto pone de relieve, de manera bien patente, la relación existente entre la prevención general positiva, el Derecho penal del enemigo y las ideas penales de los autores del Proyecto.

Cómo señalábamos más arriba la práctica totalidad de los principios penales clásicos entran con el texto anunciado en una profunda crisis: la pretensión de “seguridad” se realiza a través de la más absoluta incerteza ante las respuestas punitivas del Estado. Es más, ni siquiera podemos hablar seriamente de “respuestas” porque el propio hecho delictivo deja de ser el presupuesto de la intervención. Puesto que pena y medida de seguridad obedecen a fun-

damentos distintos, la duración de la primera ha dejado de constituir un límite para la segunda que deberá ser impuesta todo el tiempo que resulte necesario para prevenir la comisión de futuros hechos delictivos de acuerdo con el criterio del Juez o Tribunal y su imposición conjunta mucho más allá de esa duración deja de constituir, al menos de acuerdo con el criterio del autor de la Exposición de Motivos, una infracción del principio *non bis in idem*. “[L]as medidas de seguridad deben ser proporcionadas no sólo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer y, por tanto, a su peligrosidad.” La afirmación no deja de resultar curiosa y denota una clara confusión entre los conceptos de acumulación y adversidad: “no sólo A sino también B” alcanza de manera mágica la significación de “no A sino B, y basta con B” porque el hecho cometido deja de ejercer cualquier tipo de limitación lo que, por cierto y sobre todo respecto de las medidas postpenitenciarias a las que nos hemos de referir inmediatamente, pone en duda el carácter de postdelictuales: es verdad que resulta necesario para su imposición haber cometido un hecho delictivo, pero a partir de ese momento cabe la consideración de la peligrosidad para hechos que nada tengan que ver con el anterior que, como es sabido, no ejerce límite de proporcionalidad alguno.

En definitiva, la comisión de un hecho no lleva aparejada una consecuencia jurídica legalmente establecida. De ella podrán derivarse consecuencias vitalicias absolutamente indeterminadas; dependerán exclusivamente del juicio de peligrosidad —que tampoco obedece a ningún criterio establecido— que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal, de acuerdo a su criterio personal, que deberá quedar reflejado en la Sentencia. Obviamente no cabrá exigir una motivación científica, incompatible con la fundamentación de la medida en el pronóstico judicial de peligrosidad y difícilmente cohonorable con la más elemental confianza en la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad

cuya orientación impone el artículo 25.2 de la Constitución española de 1.978.

Analicemos las novedades más importantes: a saber, la introducción de la prisión permanente revisable, la extensión de la libertad vigilada y la modificación de la regulación de las medidas de seguridad y de la libertad condicional. Además, y pese a la desaparición de su regulación en la versión definitiva del texto proyectado, parece necesaria una referencia mínima a la custodia de seguridad, que aparecía como uno de los pilares de la primera versión. No parece, desde luego, que la coherencia y la confianza en su propia propuesta sean puntos fuertes de la reforma. ¿Creen en ella sus propios autores, más allá de su eficacia política como puro ejercicio demagógico al elevado precio en garantías y libertades que va a suponer, a su negativa eficiencia, por tanto?

2.- La introducción de la pena de prisión permanente revisable “para supuestos de excepcional gravedad”, a decir de la Exposición de Motivos “*de ningún modo renuncia a la reinserción del penado*”. De esta manera parecen los autores del proyecto adelantarse a la cuestión sobre su constitucionalidad, al resultar dudosamente compatible con la redacción del artículo 25.2 que afirma que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la readaptación social del delincuente*”. Si ya resulta sumamente dudosa la adecuación constitucional de los larguísimos períodos de cumplimiento efectivo —e íntegro— actualmente vigentes aún ha de serlo más la nueva pena que, se presente como se presente, es una cadena perpetua.

La primera cuestión a plantearse es la de su necesidad, tal como ha hecho incluso una institución tan poco sospechosa como el Consejo de Estado. España no es, precisamente, un país con una tasa excesivamente elevada de asesinatos, y el actual artículo 140 ya permite llegar a los 25 años de privación de libertad. Y su aplicación no depende tanto de la gravedad del hecho —la lesión de la vida humana se colma con el homicidio simple y la pena

que a este hecho corresponde es la de diez a quince años—, sino por reproches morales que difícilmente justifican una respuesta penal tan dispar. La previsión para el homicidio del Jefe del Estado, Jefe de Estado extranjero, delitos de lesa humanidad o genocidio, no deja de ser puramente simbólica por no decir anecdótica. Y, por fin, que aparezca como consecuencia prevista para determinados supuestos de terrorismo podría ser incluso lógica desde que se acepte la inaceptable introducción si entendemos que nos encontramos ante supuestos muy graves.

Pero es aquí precisamente donde se pone de relieve la incoherencia de la introducción de la pena en un sistema que hasta ahora la desconoce. España, la construcción de la Democracia, ha sufrido durante años el tremendo impacto de un terrorismo despiadado que ha costado cientos de vidas y ha sumido a los ciudadanos en un terror que cuestionaba la libertad de sus decisiones en muchos aspectos. Al margen del terrible hecho acaecido el 11 de marzo de 2002, llevado a cabo por Al Qaeda y, por tanto, proveniente del terrorismo internacional, ha sido el interno el que ha golpeado de manera más dura y, sobre todo, permanente. ETA ha sido contumaz, ha causado mucho daño a la libertad, además de segar muchas vidas y lo ha hecho de manera a veces selectiva y a veces indiscriminada. Y, al final, ha sucumbido ante el Estado de Derecho y ante la respuesta dura pero proporcionada de la ley penal. Curiosamente, cuando han llegado las interpretaciones jurisprudenciales dudosamente ajustadas a los principios penales —siquiera sea muy brevemente, me referiré a ellas más adelante—, ha sido cuando la banda estaba ya derrotada y cuando, por tanto, menos necesario resultaba.

Pues bien, justamente cuando el terrorismo ha dejado de ser el primer motivo de preocupación de los ciudadanos, cuando el problema prácticamente ha desaparecido, cuando la banda se encuentra técnicamente “en tregua permanente irreversible” y en la práctica extinguida, cuando lo que parece necesario

es abordar una política criminal que permita asegurar dicha extinción y adecuar las penas que se elevaron con motivo del incremento del terrorismo a una situación diferente, cuando probablemente se impongan revisar criterios de ejecución penitenciaria y buscar la integración de los penados en la sociedad, es cuando al Gobierno de España se le antoja oportuno elevar aún más las penas, introducir la cadena perpetua y someter su ejecución a una rigidez que significa dar por supuesta la permanencia de una peligrosidad que parece, por el contrario, desaparecida.

Debe destacarse por ello la tremenda oportunidad de la introducción de una pena ya de por sí de más que probable inconstitucionalidad y en todo caso absolutamente rechazable desde la óptica de la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho. Es verdad que se trata de una prisión permanente revisable, lo que parece disminuir los efectos perversos de la cadena perpetua y salvar, con ello, la inconstitucionalidad que comportaría el abandono de la finalidad de readaptación social de una pena privativa de libertad. De nuevo el recurso al texto de la Exposición de Motivos, que en este punto hace gala de un particular cinismo, puede resultar esclarecedor: *“la prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal”* *“En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el Tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase*

final de su reinserción social” *“La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.”*

La lectura del texto hace pensar en un tratamiento ajustado a la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la orientación resocializadora de la privación de libertad: cumplimiento de una parte mínima de la condena (a modo de período de seguridad), revisiones continuas de la situación del penado y pase a la libertad condicional. Todo parece encajar en un sistema avanzado y respetuoso con los derechos inalienables de todo ciudadano, aún del que ha cometido un hecho de extraordinaria gravedad. Más adelante me referiré a las peculiaridades de la nueva regulación de la libertad condicional: baste, por el momento, con dejar claro que la revisión de la prisión permanente no devuelve al penado a la situación de libertad plena, sino que le somete a períodos de libertad condicional —que deja de ser la última fase de la ejecución de la privación de libertad para convertirse en una pena sustitutiva de la prisión—, y que la decisión en torno a la continuidad de la prisión depende exclusivamente del Tribunal sin que exista regulación alguna que permita otorgar derechos en uno u otro sentido, posibilidades de recurso ni mayores exigencias de justificación. No puede olvidarse que se parte de una situación legal de prisión permanente, de cadena perpetua.

El artículo 92 del Proyecto establece el régimen jurídico de la suspensión: es necesario que el sujeto se encuentre en tercer grado penitenciario, lo que en determinados casos —entre los que se encuentran los delitos de terrorismo— no va a producirse sino después de treinta y dos años de prisión; no puede producirse antes de que se cumplan la parte mínima de la condena ejecutada que es, en situaciones normales, de veinticinco años; y en los supues-

tos en los que se den las circunstancias del artículo 78 bis de al menos treinta y cinco; y 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 (que es de suponer que será muy considerable dada la pena que el hecho llevaba acarreada), su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales (tras treinta y cinco años de cárcel), y los efectos que quepa 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. Ello se resolverá tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. Pero no basta con todo eso en los supuestos de terrorismo o de pertenencia a organizaciones o grupos terroristas: en estos casos, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines (¿sólo los ilegales o también los que se ajustan a la legalidad vigente?) y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. Y recuérdese

que todo ello deberá producirse, en la primera revisión, tras el cumplimiento efectivo mínimo de treinta y cinco años de prisión, siempre que, tras al menos treinta y dos, se le hubiera concedido el pase a tercer grado penitenciario.

Superado todo eso, el penado pasaría a la situación de libertad condicional, la suspensión tendrá una duración de cinco a diez años y el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional.

Obviamente, nada de esto tiene que ver con la pretensión de modernidad y de adecuación constitucional a los que alude la Exposición de Motivos. Ni con los supuestos a los que la misma se refiere en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haber acogido favorablemente la institución que cuestionamos. Por el contrario, la regulación que se nos propone es, al menos en mi opinión, inconstitucional por permanente y, por consiguiente incompatible con la readaptación social; lo es por las condiciones de revisabilidad, en las que reina la incerteza y el decisionismo sin que en ningún caso quepa la suspensión obligatoria; lo es porque establece requisitos que resultan de imposible cumplimiento tras treinta y cinco años de vida penitenciaria; lo es por hacer depender la concesión de la libertad de sentimientos y acciones morales que nada tienen que ver ni con la culpabilidad ni con la peligrosidad del sujeto; y lo es, por su clara contradicción con el principio de legalidad que impone el conocimiento potencial de las consecuencias que se derivarán de la comisión de un hecho delictivo, en el momento de dicha comisión.

Insisto en que se trata de una pena injusta, contraria a los principios penales: legalidad, necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, responsabilidad por el hecho, orientación a la readaptación social de las penas privativas de libertad; cuya introducción resulta particularmente inoportuna, innecesaria y disfuncional, y que es radicalmente contraria a la concepción del Estado de Derecho fundado en la libertad como valor

superior. Es, por el contrario, obediente a una perversa utilización del Derecho penal simbólico, de Derecho penal del enemigo y anclado en una concepción en la que se abandona el carácter protector de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal, por una función exclusivamente de prevención general positiva, que hace depender la libertad de los ciudadanos de la confianza —no importa por qué medios— de la vigencia de las normas. En ese sentido, y para disipar cualquier duda al respecto, cabe destacar la imposición del artículo 80.4 al establecer literalmente que: *no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito.*

3. La libertad vigilada, que fue introducida por la Ley orgánica 10/2003, es ahora objeto de una considerable ampliación.

Se trata de la imposición de restricciones a la libertad que deberán producirse una vez ejecutada la pena de prisión y haber sido impuestas en la Sentencia condenatoria, por tanto habrá de preverse con años de anticipación. Nuevamente se demuestra la escasa confianza que el legislador tiene en el cumplimiento de los fines constitucionales de la privación de libertad. La salida de la cárcel de delincuentes que, tras el cumplimiento de la pena, siguen siendo considerados peligrosos —cumpliendo el pronóstico formulado en el momento de su condena— vendrá, pues, acompañada de las medidas que prevé el artículo 104 bis. También se impondrá a imputables o cuando se suspenda una pena privativa de libertad o se cumpla el plazo máximo de la medida privativa de libertad impuesta y resulte necesario.

Ahora se amplía la medida como consecuencia de muy diversos delitos (hasta este momento está limitada a delitos contra la indemnidad sexual y terrorismo): vida, lesiones, maltrato de obra en violencia de género, detenciones ilegales o secuestros, trata de seres humanos, hurto, robo, extorsión, utilización ilegítima de vehículo de motor (!), defrau-

daciones, receptación y blanqueo de dinero y delitos contra la seguridad colectiva y el orden público. El catálogo de figuras resulta sumamente dudoso y heterogéneo. Aunque también lo sean las medidas, tendrá un efecto muy dispar ante el blanqueo —que escapará fácilmente al control— y un delito contra el orden público —producido, por ejemplo, para protestar contra los blanqueadores a través de los conocidos “escraches” o de una simple protesta en los muy ampliados por el Proyecto delitos de desobediencia o atentado, que si denotan alguna peligrosidad es más bien ideológica—.

La duración teórica de la libertad vigilada es de entre tres y cinco años, si bien la apreciación de incumplimientos y condiciones permiten sucesivas prórrogas de hasta cinco años, con carácter ilimitado

En todo caso de trata de la imposición de medidas de seguridad a imputables que, como vengo diciendo, es una de las características fundamentales de la Reforma. Toda una nueva concepción del dualismo, en las que conviven penas y medidas, no excluyéndose o complementándose como hasta ahora, sino acumulándose coetánea o sucesivamente. La Exposición de Motivos aclara que puesto que obedecen a fundamentos distintos —culpabilidad y peligrosidad— es lógico que se acumulen, sin que ello suponga merma alguna del principio *non bis in idem*. Efecto fundamental de esta concepción es que a un mismo sujeto le pueden ser aplicadas penas, medidas, penas y medidas simultáneas o penas y medidas sucesivas; éstas, por cierto, sin mayor límite que el de la apreciación por el Juez o Tribunal de su peligrosidad potencial. Entre estas medidas figura, por ejemplo, el internamiento en un establecimiento psiquiátrico que, al no tener límite establecido al ser posibles las prórrogas sucesivas de cinco años indefinidamente, puede devenir una medida perpetua sin que la gravedad del hecho previamente cometido juegue papel alguno. Estamos ante el descubrimiento tardío del Derecho penal soviético.

También el sistema vicarial de ejecución va a sufrir, lógicamente, alteraciones importantes: por regla general, y como hasta ahora, la imposición conjunta de pena y medida que supongan internamiento supone el cumplimiento primero de la medida, cuyo tiempo contará como cómputo del de la pena —si bien en la reforma propuesta hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma—. A partir de ese momento o se suspenderá la ejecución o se aplicarán las reglas previstas para el incumplimiento de condiciones de la libertad condicional, es decir, cumplimiento efectivo del plazo restante. A lo que hay que añadir el régimen especial recogido en el artículo 101.2: si la pena es superior a cinco años y la medida lo es de internamiento en centro de deshabitación, el Juez o Tribunal podrá acordar que se cumpla primero una parte de la pena y seguidamente la medida de seguridad. La parte de pena se determinará de forma que sumado el tiempo de la medida corresponda a las dos terceras partes del total de la condena. Transcurrido el plazo, queda la decisión de cumplir o no el resto al acuerdo del Juez o Tribunal. Además de complicado, el sistema apuesta por la ejecución inmediata de la pena en una parte lo que, sencillamente, destroza la razón de ser del sistema vicarial.

4.- La libertad condicional altera, como ya hemos dicho, su naturaleza. Deja de ser la última fase en la ejecución de la pena privativa de libertad para convertirse en una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, con el efecto de que un incumplimiento de alguna de las condiciones implica la pérdida del tiempo transcurrido en libertad, debiéndose cumplir la totalidad del período suspendido. Resulta difícil no pensar que pasamos de un sistema donde la libertad condicional era prácticamente la regla en la ejecución de la pena de prisión, a otro en que va a convertirse en excepcional. Recuérdese, por otra parte, que la suspensión de las penas superiores a un año vendrá condicionada por la confianza general en la vigencia de la norma que se infringió por el delito. Y que, pese a su naturaleza de sus-

pensión, será la situación en la que quedarán todos los sometidos a una prisión permanente revisada.

5. El Proyecto de 2012 introducía también la “custodia de seguridad”, procedente de otros cuerpos legislativos de los que tuvo que decaer como consecuencia de condenas del TEDH lo que, al menos en ese momento, no pareció óbice para su consideración. Las críticas recibidas, la sensatez recuperada o la estrategia legislativa han hecho que la regulación propuesta desapareciera del texto del Anteproyecto de 2013 y, por consiguiente, del Proyecto remitido a las Cortes Generales, así como de la Exposición de Motivos. En la primera versión, procedía imperativamente la imposición de la medida, cuando el sujeto hubiera sido condenado a una pena mínima de tres años (no se decía si de prisión o de cualquier otra clase de pena) como consecuencia de alguno de los delitos que específicamente se recogían en un catálogo, y hubiera sido anteriormente condenado por uno o varios de esos delitos a una pena mínima total de dos años, de la que hubiera extinguido ya en prisión dieciocho meses. También se impondría cuando el penado lo fuera a una pena mínima de cinco años, por varios delitos de algunas de las clases especificadas. En todo caso, eso sí, se exigía “un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión futura (sic)” de alguno de los delitos referidos. La medida tendría una duración máxima de diez años, si bien transcurridos éstos se le impondría al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años. El cumplimiento de la custodia de seguridad se realizaría en un centro especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida (art. 101.4, pág. 1). Tan “bella música” venía, sin embargo, seguida de un desajuste sonoro importante (art. 101,4, pág. 2): también podrá ser cumplida en un establecimiento de cumplimiento de penas; verdadero eufemismo para referirse a la prisión.

La custodia de seguridad no era —y esperamos que no vuelva a aparecer— sino una simple prolongación por diez años de privación de libertad aplicable a ciertos delitos con pena inicial de a partir de tres años (cabe suponer que, pese al silencio legal, de prisión), y seguida de cinco más de vigilancia penitenciaria. Y no se trataba de una prolongación que viniera limitada por la culpabilidad del agente, o justificada realmente por su peligrosidad, sino de una consecuencia gravísima de la idea de defensa social y de prevención general positiva. Afortunadamente, el prelegislador español parece haber recapacitado, aunque desde luego no quedemos liberados de un pronóstico de peligrosidad en futuras ediciones del texto y, sobre todo, durante su tramitación.

6.- Los límites del presente trabajo no me permiten entrar en la regulación de las figuras delictivas, donde se producen quiebras importantes de los principios penales. Baste señalar que la línea político-criminal adoptada apuesta por un incremento considerable de la dureza en delitos contra la vida, sexuales o la propiedad, y especialmente en delitos de desobediencia o contra el orden público con un tamiz visiblemente autoritario, extendiendo la protección a la autoridad a cualquier persona que colabore con ella, de forma evidente o de manera oculta; mientras que la delincuencia económica más grave, los abusos bancarios, los engaños económicos o las diferentes manifestaciones de la corrupción apenas son objeto de atención.

El Proyecto de 2013 altera sustancialmente la regulación actual y la del texto proyectado de 2012 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduciendo lo que la Exposición de Motivos denomina “mejora técnica”. Tal mejora no es otra que el acogimiento del sistema de modelos de prevención, con una compleja estructura que prácticamente imposibilitará que la responsabilidad recaiga en la empresa; sobre todo, en la gran empresa. Puede ser coherente con una forma de concebir el fundamento de la responsabilidad empresarial lejano a la atribución penal directa por hecho

propio y anclado en la consideración del defecto de organización como razón última de tal atribución. Con eso, se olvida que el sujeto activo debe ser la propia persona jurídica, que su voluntad tiene reconocimiento legal a todos los efectos, y que los hechos que se le atribuyen no son imprudentes sino la mayor parte de las ocasiones dolosos y no de defecto de control, sino de estafa, apropiación indebida, contra la seguridad de los trabajadores, el medio ambiente, la ordenación del territorio o la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Y nada de eso tiene que ver con los modelos de prevención, organización o gestión, acreditados o no.

Hemos señalado el desdén que el Proyecto demuestra hacia los principios penales, el primero de los cuales debe ser el de legalidad. Señalemos como ejemplo la desaparición de todo criterio objetivo de diferenciación de la gravedad de las lesiones. Actualmente sirve para diferenciar el delito de la falta la necesidad o no de una segunda asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico. La reforma elimina las faltas, pero crea los delitos leves al tiempo que elimina los criterios de cuantificación de la gravedad que permitan clasificar la conducta y castigarla con pena grave, menos grave o leve.

Particularmente destacable en este sentido es la redacción dada al nuevo delito de acoso por el artículo 172 ter, que castiga con penas que pueden llegar a los tres años de prisión sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, al que *“sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona, llevando a cabo de forma insiste y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”*. No habría nada que objetar a la redacción y a las exigencias de gravedad si no fuera por la “descripción” de las conductas típicas, algunas de las cuales son *“la vigile, la persiga o busque su cercanía física”, “establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”* y por si tamaña falta

de concreción no fuera suficiente para permitir incluir conductas objetivamente inocuas —cuya consideración delictiva va a depender exclusivamente del grado de “sensibilidad” del sujeto pasivo o de su representante legal —y que todos tenemos por socialmente adecuadas y hasta habituales como recibir ofertas comerciales a través del teléfono— se añade una cláusula de analogía (“*realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores*”) que supone el logro de un grado de incerteza notablemente superior al alcanzado en su día por el viejo delito de escándalo público.

7.- Con lo hasta aquí afirmado parece clara mi opinión severamente contraria al Proyecto que se nos anuncia. Estamos ante una reforma profundamente regresiva en materia de principios penales; que abandona completamente la idea de la culpabilidad como límite a la intervención punitiva lo que, a mi entender, equivale al abandono de la dignidad como fundamento del Estado de Derecho; que lesiona gravemente principios tan fundamentales como la legalidad, la intervención mínima, la proporcionalidad, la necesidad y humanidad de las penas, la readaptación social y la igualdad. Y lo hace rindiendo culto a la prevención general positiva, en la que lo que más importa es la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, a través de la imposición de sentencias que sean sentidas como justas lo que, para el prelegislador, supone condenas muy por encima de lo que podamos considerar justo y, sobre todo, necesario.

8. No quiero terminar esta reflexión sin una referencia, necesariamente breve, a otra reforma que se nos anuncia y a la que el Ministro de Justicia ha unido, en declaraciones públicas, su futuro: la despenalización parcial del aborto, con abandono del vigente sistema de plazo con información a la embarazada y el regreso a un sistema de indicaciones más rígido que el que estuvo vigente desde 1985 hasta 2010 y que no incluiría la despenalización en caso de graves malformaciones en el feto, la mal llamada “indicación eugenésica”.

Actualmente rige en España la L.O. 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que introdujo un sistema de plazo con información, en cierta manera derivado de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de 1995, considerando ciertos votos particulares presentados en su día por tres de los nueve Magistrados: no es punible el aborto practicado durante las catorce primeras semanas de embarazo siempre que se cumplan determinados requisitos, el más importante de los cuales es que la mujer haya sido informada de sus opciones y hayan transcurrido 72 horas hasta que adopte su decisión. El sistema se combina con indicaciones transcurridas esas catorce semanas.

La vuelta al sistema de indicaciones se realiza, según la declaración gubernamental, “para adaptar la legislación a la jurisprudencia constitucional”. Y, justamente eso, resulta sorprendente por demás. Porque la finalidad expresada constituye una auténtica falacia, toda vez que el Tribunal Constitucional español jamás se ha pronunciado sobre la vigente regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Y en su doctrina en materia de aborto expresada fundamentalmente en la Sentencia 53/1985 de 15 de abril, no se contiene la menor referencia al sistema del plazo en general ni al del plazo con información previa obligatoria a la embarazada de manera específica. El Tribunal tan sólo obligó al legislador a que exigiera mayores garantías en la comprobación de la veracidad de los supuestos alegados. De ahí no puede inducirse, como ahora se pretende, que considerara agotadas las posibilidades constitucionales de no punición.

Lo que sí resulta meridianamente claro en la aludida doctrina del Tribunal Constitucional es la consideración de la vida prenatal como un “interés constitucional” y no como un derecho fundamental, toda vez que el pretendido titular del mismo no tiene la condición de persona; condición que sólo puede ser atribuida desde el nacimiento.

En toda interrupción voluntaria de un embarazo nos encontramos ante un conflicto

entre los derechos fundamentales de la mujer: vida, salud y libre desarrollo de la personalidad concretado en la consideración de la maternidad como una opción personal y libre; frente al interés constitucional en la continuidad de la vida prenatal, que es valorada en la medida que conducirá al reconocimiento del derecho fundamental a la vida desde el nacimiento. La solución del plazo, considerando impune el aborto siempre que haya habido asesoramiento o información, como la de las indicaciones reservando la impunidad a supuestos específicos en los que la continuidad del embarazo supone una mayor carga para la embarazada, son formas legales de resolución del conflicto; supuestos de estado de necesidad específicos. Y ambos sistemas ofrecen ventajas e inconvenientes.

El sistema del plazo ofrece una mayor seguridad jurídica. Y descansa en el reconocimiento de la maternidad como una opción personal, por lo que, durante las primeras semanas de embarazo, el aborto es un derecho. Es verdad que tal como señaló el BVfG ello no puede comportar el total abandono de la tutela jurídica de la vida prenatal. Precisamente por ello, se introduce la exigencia de información a la embarazada —asesoramiento, en el sistema alemán— pretendiendo que su decisión sea libre y responsable, lo que debe comportar una tutela efectiva de la vida prenatal más eficaz y, sobre todo, más eficiente, que la penalización. A partir de cierto momento se invierte la valoración, de manera que debe prevalecer el interés constitucional en la continuidad de la vida prenatal y sólo en circunstancias excepcionales —en el sistema español vigente, riesgo grave para la vida o salud de la embarazada, malformaciones fetales, o falta de viabilidad fetal o padecimiento de enfermedades incurables y de especial gravedad— cederá ante la no exigibilidad de la continuidad del embarazo. El sistema de las indicaciones opera con este criterio desde el principio, limitando los supuestos de impunidad a la concurrencia de alguno de los motivos aludidos. En el sistema español anterior también era impune el aborto durante las

doce primeras semanas de embarazo si éste había sido consecuencia de una violación.

Ahora se anuncia el regreso desde el sistema del plazo al de las indicaciones, suprimiendo, respecto de la regulación anterior, el supuesto de malformaciones fetales. De aprobarse la reforma, este supuesto sería punible: existiría una obligación exigible a la embarazada de continuar con su embarazo y dar a luz una criatura con graves patologías, y con independencia incluso de su viabilidad. Lo que me parece intolerable en la medida que el fundamento de la valoración constitucional de la vida prenatal radica precisamente en la viabilidad. Y, aun en caso de que ésta concurra, porque supone un tratamiento de la mujer embarazada como simple objeto portador de vida prenatal, una especie de incubadora humana, cuya dignidad se ignora en la medida en que se le exige un comportamiento que va a truncar el libre desarrollo de su personalidad y se le obliga a soportar una carga que va mucho más allá de lo personalmente exigible. Y, recuérdese, la mujer es persona con plenos derechos; el feto, no.

Por eso resulta aún más falaz fundamentar la pretensión de eliminar la impunidad del aborto en caso de malformación fetal en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 que, obviamente, sólo es aplicable a las personas; es decir, a los nacidos. Pero además se ignora que la no punición del aborto en caso de malformaciones fetales —como todos los demás casos de impunidad— no radica en discriminación alguna por razón de la “calidad fetal”, sino en la no exigibilidad a la embarazada de una conducta gravemente contraria a su derecho al libre desarrollo de la personalidad que, obviamente, tiene una manifestación de extraordinario calibre en la libre opción por la maternidad; muy especialmente cuando ésta va a comportar tan duras consecuencias vitales. El supuesto, por tanto, no tiene un fundamento diferente a la no punición de la interrupción voluntaria de un embarazo consecuente a una

violación. ¿O es qué el Gobierno entiende que el feto sí es en este caso de peor condición?

La vida prenatal es un interés constitucional digno de tutela penal y necesitado, en todo caso, de tutela jurídica. Pero sólo cuando resulta indispensable y, sobre todo justo y útil, resulta adecuado el recurso al Derecho penal. La vigente L.O. 2/2010 proporciona dicha tutela al imponer determinados requisitos para que el aborto sea conforme a derecho, cuya vulneración da lugar a responsabilidad penal. Se garantiza así una tutela adecuada, suficiente y compatible con el derecho a la vida, integridad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada.

El sistema de indicaciones conduce, por el contrario, a elevadas cotas de inseguridad jurídica y desplaza la decisión fuera del ámbito de la libertad de la mujer. Un sistema de indicaciones como el que se nos anuncia, subor-

dinando los derechos de la persona al interés en llegar al nacimiento a cualquier precio sería obediente a una determinada doctrina religiosa y, por consiguiente, sería incompatible con la aconfesionalidad del Estado— y supondría lisa y llanamente la negación de la dignidad de la mujer embarazada, que pasaría a recibir peor consideración que el feto que, no puede olvidarse, no tiene la condición constitucional de persona.

No queda sino formular el deseo de que ninguna de las reformas penales anunciadas, una en forma de Proyecto, la otra de mera declaración, prosperen. Y expresar, una vez más, mi preocupación por la orientación político-criminal y por el abandono de los principios básicos que heredamos del Derecho constitucional liberal y que han inspirado los valores penales durante más de doscientos años. Con las excepciones históricas que, por su inconmensurable gravedad, nunca deberíamos olvidar.