

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE
SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E
INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS, SIENDO DEL
SIGUIENTE TENOR LITERAL:**

I

ANTECEDENTES

Por oficio de 17 de enero de 2003 el Excmo. Sr. Ministro de Justicia solicitó de este Consejo General del Poder Judicial informe sobre el anteproyecto e Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

La Comisión de Estudios e Informes, en su Reunión de 30 de enero de 2.003, designó ponentes a los Excmos. Sres. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar y Dña. Montserrat Comas D'Argemir i Cendra, aprobándose el presente estudio en sesión de 20 de febrero de 2003, y acordándose su remisión al Pleno.

II

**SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL
PODER JUDICIAL**

La actividad informante del Consejo general del Poder Judicial se regula en el art. 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fundamentalmente con relación a los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y

de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de aquella Ley, a “normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”.

Sin embargo, la potestad de informe del Consejo ha sido entendida en términos amplios. Así, el Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un *ámbito estricto*, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un *ámbito ampliado* que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales.

Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los

textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

III

ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA

El anteproyecto de Ley Orgánica sometido a informe consta de una exposición de motivos dividida en cuatro partes, tres artículos, y dos disposiciones finales.

La exposición de motivos, tras situar la reforma en el marco del Plan de Lucha contra la Delincuencia, presentado por el gobierno el día 12 de septiembre de 2002, advierte que la Ley Orgánica debe considerarse en el conjunto de iniciativas del Gobierno para mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia.

El punto II analiza el problema de la delincuencia profesionalizada, anunciando la modificación de la agravante de reincidencia, con pleno respeto de lo establecido en la Sentencia 150/1991 del Tribunal Constitucional, aplicación de la reincidencia a la comisión de faltas y mejor castigo de la habitualidad.

El apartado III se dedica al fenómeno de la violencia doméstica, incrementando su penalidad y considerando delitos las faltas de lesiones que se produzcan en este ámbito, ampliando el círculo de víctimas y dotando de mejor sistemática a la habitualidad.

Por último, en su apartado IV, procede a justificar la reforma en lo que se refiere a los extranjeros, tanto en lo que se refiere a la respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos, como frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan

del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos. Se incorporan nuevas formas delictivas surgidas de la integración social de los extranjeros, se reforma el art. 107 del Código Civil para resolver los problemas de ciertas mujeres extranjeras que solicitan la separación o el divorcio y se adapta la Ley de Extranjería a la realidad delictiva y procesal existente.

El artículo primero se dedica a la reforma del Código Penal. Comienza modificando la redacción del art. 13.3, sobre el concepto de falta; da una mayor amplitud a la llamada circunstancia mixta de parentesco; modifica el art. 66 sobre aplicación de la pena; el art. 89 en cuanto a la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero o superior si ha cumplido tres cuartas partes de condena, por la expulsión del territorio español; el art. 108 relativo a la medida de seguridad de expulsión del extranjero; el art. 147 para castigar la reincidencia en la falta de lesiones; el art. 149 para introducir el delito de mutilación genital; el art. 153 sobre lesiones en el ámbito de la llamada violencia doméstica; el art. 173 para extender la protección a las víctimas de la misma y apreciar la habitualidad; el art. 188 para suprimir su apartado 2 que sustancialmente pasa al art. 318.bis.2.; el art. 234 para castigar la reincidencia en faltas de hurto; el art. 244.1 en el que se castiga la reincidencia en el hurto de uso de vehículo de motor; el art. 318.bis para dar respuesta a los delitos que se cometen aprovechándose del fenómeno de la inmigración; se deroga el último párrafo del apartado 2 del art. 617 y, por último, se modifica el art. 638 para la determinación de la pena en las faltas en caso de aplicación de la agravante de reincidencia.

En el artículo segundo se contempla la modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en concreto de los arts. 57 (archivo de los procedimientos de autorización para residir o trabajar en España y tramitación del procedimiento de expulsión) y 62 (procedimiento de internamiento durante la tramitación del expediente sancionador).

El artículo tercero modifica los arts. 9.2 y 107 del Código Civil fundamentalmente para permitir la aplicación de la Ley española en los procedimientos de separación y divorcio si la ley personal aplicable no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciere de forma discriminatoria o contraria al orden público, eliminando de dicho Código toda referencia a los efectos en España de las resoluciones judiciales extranjeras en la materia.

La Disposición final primera atribuye carácter ordinario al artículo tercero que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil.

La Disposición final segunda prevé que la ley entre en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

Al anteproyecto se acompaña una memoria justificativa.

IV

OBSERVACIONES AL TEXTO DEL ANTEPROYECTO

I. MEDIDAS DE SEGURIDAD CIUDADANA

1. Consideraciones preliminares

El Derecho penal debe adaptarse como toda rama del ordenamiento jurídico a las necesidades sociales del tiempo en que debe ser aplicado. Es reconocido que al derecho penal le compete sólo una función de prevención secundaria. De acuerdo con un concepto estricto de prevención, como prevención primaria, debe intervenir mediante una acción positiva en el orden social en las causas y raíces últimas del problema, mientras que el derecho penal sólo interviene tardíamente en los síntomas o manifestaciones del mismo. Pero en este caso, la prevención reclama un sistema penal eficiente. Como es conocido, hoy la prevención general ofrece la significación

de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena (*prevención general positiva* o *prevención por integración*), de modo que un sistema penal ineficaz hace que se resienta la confianza de la Comunidad en la vigencia de ordenamiento jurídico penal, puesta en cuestión cuando existe sentimiento de inseguridad ciudadana.

Es obligación de los poderes públicos remover los obstáculos para que la libertad y seguridad del ciudadano sean reales y efectivas. Así se deduce del art. 9.2 CE.

El Código penal actual no ofrece adecuado tratamiento al problema de la reiteración delictiva, pues el sistema de distinción de delitos y faltas y las limitaciones que derivan del tratamiento del concurso real, pueden conducir en la práctica a que un buen número de infracciones excedentes queden sin efectiva respuesta penal.

2. Artículo 13 del Código penal. Distinción entre faltas y delitos

El Anteproyecto modifica el apartado 3 del artículo 13 del Código Penal que queda redactado como sigue: “Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve, salvo lo dispuesto expresamente en otros preceptos de este Código”.

Esta solución legislativa impone la correspondiente reflexión acerca de la **distinción entre faltas y delitos**. El art. 13 CP dispone que «son delitos las infracciones que la Ley castiga con pena grave», «delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave» y «faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve». En el art. 33 del Código se determinan las penas que tienen la naturaleza de graves, menos graves y leves. Esta clasificación tripartita, que sustituye la bipartita (delitos y faltas) seguida por el Código español desde la reforma de 1932 (una clasificación tripartita adoptaron los Códigos de 1848 y 1870), sigue en nuestro Derecho un

sistema de clasificación atendiendo al **criterio de la gravedad de las penas**, lo que permite inferir que para nuestro legislador no hay una diferencia ontológica entre el delito y la falta (incluso respecto de la infracción administrativa), sino la simple cuantitativa de la gravedad penal. Desde este punto de vista formal, el hecho será calificado como falta o delito en función de la pena con la que se sanciona el hecho. Y con base en este criterio el art. 13 es reformado en el Anteproyecto, en el sentido de establecer una regla general, conforme a la cual, son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve, y una excepción, conforme a la cual pueden, en determinados casos, ser faltas las infracciones aunque la ley señale una pena grave.

Sin embargo, el delito y la falta presentan desde un punto de vista material un distinto grado de lesividad social, por lo que es posible afirmar que el delito es más grave que la falta, no tanto por la mayor pena con que se sanciona el primero, sino **porque el delito, frente a la falta, presenta un mayor contenido de injusto**. Por ello, siendo diverso el desvalor ético-social del delito y la falta no se justificaría sancionar un injusto de bagatela con una pena grave.

En consecuencia, considera este Consejo que **las faltas en todo caso deben estar sancionadas con una pena leve**, y por ello no se justifica la excepción que pretende introducirse en la reforma proyectada del art. 13. Si se considera que la gravedad del hecho debe merecer una pena grave entonces la ley debe tipificarlo como delito, evitando las dudas de proporcionalidad que derivan del tratamiento de una falta con una pena grave.

3. Reiteración delictiva y habitualidad en el delito

3.1. Reiteración delictiva. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor

1. En anteproyecto informado pretende, a la luz de su Exposición de Motivos, dar respuesta a la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada.

El Derecho penal ofrece distintas soluciones en el tratamiento de la pluralidad de hechos punibles realizados por un mismo sujeto. La denominada doctrinalmente “reiteración criminal” se compone, pues, de dos elementos: uno unitario, el sujeto; otro plural, las distintas infracciones realizadas. La cuestión estriba en determinar en cada caso si la reiteración influye sobre la gravedad de los hechos realizados por el autor o si la reiteración es meramente sintomática de una mayor peligrosidad de éste.

a) En el primer caso, la mayor penalidad debida a la mayor gravedad del hecho se acomodaría al principio de responsabilidad por el hecho, en el sentido de que la pena sería adecuada a la gravedad de la culpabilidad.

b) Si la reiteración sólo pone de manifiesto una mayor peligrosidad, entonces las necesidades de prevención deben satisfacerse en un Derecho penal del hecho no a través de la mayor penalidad sino de la medida de seguridad.

El principio de la responsabilidad por el hecho conduce a un sistema de doble vía conforme al cual el Derecho penal reacciona frente al delito por medio de la pena (limitada por la culpabilidad) y la medida de seguridad (frente a la peligrosidad y limitada por la proporcionalidad). De acuerdo con ello, y para analizar el Anteproyecto informado y las soluciones penales que propone al fenómeno de la reiteración delictiva, debe tomarse como punto de partida el principio conforme al cual **la reiteración delictiva puede conducir a una pena superior a la que deriva de la suma de las penas correspondientes a los hechos individuales sólo cuando la reiteración suponga un mayor contenido de injusto y culpabilidad, un plus de desvalor para cuya sanción son insuficientes las reglas del concurso real de delitos.**

2. Las diversas hipótesis de concurrencia delictiva que contempla la ley penal vigente reciben diverso tratamiento, aunque siempre con el límite penológico que proporciona el sistema de acumulación:

a) El **concurso de delitos**, que supone una pluralidad de realizaciones típicas por un solo hecho (concurso ideal) o bien mediante una pluralidad de hechos autónomos (concurso real o material), por los cuales el sujeto aún debe ser juzgado.

El concurso de delitos recibe, por lo general, una penalidad disminuida, bien porque rija un sistema de absorción – aunque sea agravada -, conforme al cual únicamente se impone la pena correspondiente a uno de los tipos realizados; o mediante las limitaciones que derivan del sistema de acumulación jurídica, lo que supone que un determinado número de infracciones excedentes quedan sin castigo. En cualquier caso, el tratamiento del concurso real no perjudica al reo, pues el sistema más grave, el de la acumulación material, conlleva que se impongan tantas penas cuantos hechos realizados, en estricta retribución del injusto realizado.

Deberá reflexionarse, más abajo, si puede justificarse para determinados delitos rebasar este límite de la acumulación, su fundamento, y su coherencia con el sistema de acumulación jurídica que conserva el artículo 76 CP.

b) El **delito continuado**, que supone la unificación jurídica de una pluralidad de hechos delictivos que responden a un mismo plan criminal y violan tipos penales semejantes, en cuya razón es tratado como delito único, sancionándose, en consecuencia, con una sola pena.

Esta unificación, de ordinario supone un tratamiento privilegiado del autor de varios hechos delictivos, y puede llegar a fundamentar un tratamiento erróneo de la criminalidad en serie; aunque puede dar lugar también a rebasar el marco penal que resulta de la suma de las penas individuales cuando se

trata de infracciones contra el patrimonio, pues dispone el artículo 74.2 CP que se estará al perjuicio total causado. En este caso, una reiterada jurisprudencia ha justificado que una pluralidad de faltas sea sancionada con la pena del correspondiente delito, pues se trata de tipos penales que admiten una adición cuantitativa.

c) La **reincidencia**, que se caracteriza frente al concurso real en la circunstancia de que entre los diversos hechos se han interpuesto una o varias sentencias de condena.

d) Por último, la **habitualidad**, que une a la base de la pluralidad delictiva, la prognosis de una especial peligrosidad del autor, aunque también conduce en ocasiones a una intensificación del injusto debida a la repetición del ataque.

3. Frente al fenómeno de la reiteración delictiva el Anteproyecto sólo introduce reformas en materia de reincidencia y habitualidad, sobre la base de que el tratamiento penal actual de determinadas infracciones que se repiten con frecuencia produce sentimiento social de inseguridad. Además, sólo establece agravaciones de pena en caso de reiteración de faltas no de delitos, fuera del supuesto de la multirreincidencia. Sin embargo, permanecen inalteradas las reglas del concurso real y del delito continuado. Y ello a pesar de que la doctrina ha objetado que el sistema de acumulación jurídica que contempla nuestro derecho y la institución del delito continuado pueden constituir un injustificado privilegio de la criminalidad grave en serie. Ello puede producir **alguna disfunción valorativa** apreciado el sistema en su conjunto, **pues mientras la reiteración de faltas conduce a un régimen agravado de pena, la reiteración de delitos puede recibir un tratamiento privilegiado.**

Así, la doctrina ha puesto de manifiesto que la limitación de pena por el triple del tiempo de duración de la más grave de las impuestas en el tratamiento del concurso real de delitos no obtiene plena justificación, y puede conducir en la práctica a la impunidad de un buen número de infracciones, al

margen de su gravedad. Por ello, debería aprovecharse la reforma penal para evitar estas consecuencias, calculando el límite en función del número de infracciones realizadas y de su gravedad. Igualmente deben establecerse correcciones a la consecuencia penológica del delito continuado cuando de ella resulta una magnitud penal no correspondiente a la gravedad de la pluralidad de infracciones, aunque en buena medida se satisface esta exigencia con la reforma proyectada del art. 74 del CP, según el Anteproyecto de reforma del Código Penal recibido en este Consejo para informe.

3.2. Consideraciones generales previas al examen de los tipos de habitualidad

A) Cuando se habla de **delito habitual** se hace referencia a delitos en los que el comportamiento se describe como la realización repetida del mismo tipo penal en un periodo de tiempo. De este modo cada hecho en su consideración aislada se unifica jurídicamente como comportamiento no autónomo de la llamada “industria delictiva”. La ley permite en este caso la comprensión del total desvalor del hecho, apreciado en su conjunto, sin atender al injusto realizado por cada hecho individual. Por lo tanto, el contenido de injusto de este delito no consiste en el desvalor de la lesión concreta producida por cada hecho, ni en la suma meramente aritmética de una pluralidad de ataques, sino en la desvaloración de conjunto que el total acontecer delictivo enjuiciado supone.

En los casos de delito habitual hay que distinguir dos supuestos distintos: a) aquel en que el propio tipo penal comprende acciones complejas, esto es la reiteración de acciones semejantes como elemento del tipo mismo; caso en que es la habitualidad lo que fundamenta la pena, constituyendo por ello el delito habitual un supuesto de unidad de acción típica, en el que no gozan de autonomía las plurales acciones que por sí solas son atípicas. b) Y aquel otro en que la habitualidad no fundamenta la pena misma sino una

agravación, dejando subsistente la significación de las particulares acciones que permanecen como delitos autónomos, si bien la práctica delictiva da lugar a la formación de un tipo agravado que aglutina los plurales actos individuales haciéndolos objeto de una valoración unitaria.

B) En cualquiera de estos dos casos el delito habitual conduce a una **unificación jurídica** de lo ontológicamente plural, tratando como un solo hecho una pluralidad de realizaciones típicas similares. Unificación que además se traduce en cierta singularidad penológica frente a otros supuestos de unificación admitidos en el derecho penal:

En efecto, tanto el “sistema de absorción agravada”, con el que se trata la unidad de acción propia del concurso ideal y del delito continuado, estableciendo una pena que no rebasa el marco penal de la infracción mas grave en su mitad superior, como el “sistema de acumulación”, con el que se trata el concurso real, sumando las penas individuales con las limitaciones establecidas en el art.76 CP, siempre conducen al final a una pena que no rebasa el marco legal establecido para cada delito. Por el contrario la habitualidad, al permitir la unificación de los diferentes hechos, establece para el delito habitual una **penalidad que excede de la suma total** de cada una de las penas individuales. Y lo que justifica ese **plus de desvalor**, con relación al caso ordinario del concurso de delitos, es precisamente la profesionalidad o la dañosa persistencia de la acción criminal en el caso de reiteración del ataque por el autor, es decir, algo que por sí mismo es desvalorable pero que, sin embargo, está fuera y mas allá de lo que es desvalorado en de cada una de las acciones individuales que componen el conjunto del comportamiento total.

C) Al llegar a este punto resulta necesario dejar sentadas tres ideas básicas que estimamos de especial importancia para los fines de este informe:

1º) que el “delito habitual”, desde este punto de vista, por sí mismo y necesariamente **no es “derecho penal de autor”**. Como ha puesto de manifiesto un sector relevante de la doctrina científica, no se apartan del terreno del “derecho penal por el hecho” las agravaciones de pena en las cualificaciones por la comisión profesional y habitual, pues la comisión habitual de determinados hechos delictivos es mas dañosa socialmente que el hecho ocasional y por ello precisa una pena superior.

2º) que por ello la razón de ser de este incremento de la pena en los tipos de habitualidad se encuentra en el **mayor contenido del injusto** del comportamiento ya observado en el pasado y no en la mayor peligrosidad del sujeto entendida como probabilidad de comportamiento futuro ilícito. Si por el contrario no se viera en la habitualidad un mayor contenido del injusto por la realización repetida de un tipo penal, sino una pura expresión de peligrosidad, asociada a la personalidad del autor, la actual doctrina penal considera que una respuesta a la habitualidad a través de la pena no se acomodaría al principio de la “responsabilidad por el hecho”, y que por ello la reacción debería en tal caso definirse a través del sistema de las medidas de seguridad.

3º) que, sin acudir a la peligrosidad, cabe apreciar un mayor contenido del injusto, único posible fundamento del incremento de la pena en los tipos de habitualidad, con la consiguiente unificación jurídica de los distintos ilícitos integrados en el tipo único, cuando por la habitualidad se produce **una intensificación cuantitativa del injusto o un injusto cualitativamente diferente**. Fuera de estos casos lo ontológicamente plural no permite una valoración unitaria desde el punto de vista del injusto y la culpabilidad, pues la unificación de los diferentes ataques no puede entonces apoyarse en la mayor gravedad del hecho sino solamente en que son obra del mismo autor, por lo que la realización repetida del tipo expresaría un problema diferente de peligrosidad criminal.

Establecidas las anteriores premisas generales procede examinar ya la cuestión de los tipos de habitualidad en el Anteproyecto informado.

3.3. Los tipos de habitualidad en el Anteproyecto informado

A) El Anteproyecto al modificar los arts. 147, ap.2 (en relación con el Art. 617, reiteración de faltas de lesiones), art. 234, parr. 2 (en relación con el art. 623.1, reiteración de faltas de hurto), y parr. 2º del art. 244.1 (en relación con el art. 623.3, reiteración de faltas de uso de vehículo de motor o ciclomotor), opta claramente por la prevención de la habitualidad a través de la pena, castigando mas gravemente la reiteración delictiva que el hecho ocasional. Opción que automáticamente obliga a considerar el texto informado desde la perspectiva antes expuesta de lo que son las exigencias de la llamada culpabilidad por el hecho.

B) Del delito habitual existen ya manifestaciones en nuestro propio Derecho y en el Derecho comparado.

a) Habitualidad en la receptación de faltas (art. 299.1 CP).

En cuanto a la habitualidad en la receptación de faltas, el delito habitual surge de la adición de hechos atípicos en su consideración aislada. Así, a tenor del art. 299.1: «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses». De acuerdo con el concepto jurisprudencial clásico, la habitualidad requiere aquí al menos tres hechos anteriores de la misma clase. Se trata de una noción fáctica de la dicha habitualidad, en el sentido de no ser preciso que los hechos anteriores dieran lugar a procesos por delito o por falta, ni a sentencia condenatoria, ni mucho menos que hubieran causado antecedentes penales.

a) Violencia doméstica

En el delito de violencia habitual del artículo 153 vigente, la habitualidad consiste en la repetición de actos de violencia, teniendo en cuenta la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. En este delito cabe apreciar un plus de injusto en atención al bien jurídico protegido. Un acto aislado puede vulnerar la integridad o la salud de una persona, pero el injusto de este delito consiste en el hábito adquirido por el autor de maltratar a su familia, lo que constituye una ofensa a la dignidad humana. Lo relevante es demostrar que el autor ha creado a su familia un modo de vida perjudicial para su desarrollo, aunque el tipo penal exija la prueba de cada una de las acciones parciales.

c) En el derecho comparado, citando, por ejemplo, el StGB alemán, el delito habitual es reconocido, aunque con caracteres distintos. Así el StGB alemán contempla el delito habitual o profesional en la promoción de la prostitución (§ 180 a), en el encubrimiento (§ 260), delitos de caza y pesca furtivas (§§ 292.3 y 293.3), y estafa a emigrantes (§ 144).

C) En cuanto a si los tipos mencionados reúnen los presupuestos de la valoración unitaria, puede decirse:

a) En el caso de los preceptos penales en cuya aplicación adquieren relevancia esencial determinados conceptos cuantitativos (en particular, los **artículos 234.2 y 244.1 proyectado**), la suma de las cantidades parciales impuesta por el principio de la unidad de la acción conduce al cambio de la calificación jurídica de falta a delito.

Cuando se trata de bienes patrimoniales, los plurales ataques son susceptibles de adición cuantitativa, en el sentido de que el beneficio ilícito va

experimentando progresión aritmética. Y a pesar de que se de una pluralidad de sujetos pasivos, puede considerarse el perjuicio global, o como dice el artículo 74 para la acción continuada el “daño total causado”. Y aunque no concurren los presupuestos del artículo 74 para fundamentar un delito continuado (por ejemplo, no obedecen los plurales ataques a un plan preconcebido), ello no impide que la realización repetida del tipo penal en un espacio de tiempo no pueda ser objeto de valoración unitaria. El propio Anteproyecto se aproxima a esta perspectiva cuando requiere para sancionar como delito que el resultado total exceda la suma de cuatrocientos euros. Ello supone la adición de una pluralidad de faltas más allá de los presupuestos del artículo 74 CP. En puridad la sanción de la habitualidad no requeriría conceptualmente la comprobación de este límite cuantitativo, pues lo que se sanciona por medio del delito habitual es el desvalor de acción y no el del resultado.

La jurisprudencia ha justificado que una pluralidad de faltas sea tratada como delito único en caso de infracciones contra el patrimonio. Es el único caso en el que ha podido fundamentarse en el injusto una pena que excede de la suma de las penas individuales correspondientes a cada infracción por separado.

b) Mención especial requiere el caso de la **unificación de plurales acciones de falta de lesiones (artículo 147.1)**. Cuando se trata de infracciones patrimoniales la pluralidad de sujetos pasivos no impide la posible valoración unitaria, pues las repetidas acciones van produciendo una intensificación meramente cuantitativa del injusto realizado. Pero cuando se trata de ataques a bienes personalísimos, la unificación requiere, precisamente por la naturaleza del bien amenazado, al menos la unidad de sujeto pasivo. Y si bien esta pluralidad de sujetos pasivos es reconocida, por ejemplo, en el tipo del artículo 173.2, ello obedece a que la valoración unitaria deriva de la repetición de actos en un mismo contexto convivencial de forma que la agresión contra una persona determinada afecta asimismo a otra perteneciente a ese círculo íntimo en cuanto la agresión afecta a la propia relación familiar.

Pero fuera de estos casos el legislador ha considerado que no es posible la unificación de los plurales ataques. Esto explica que el artículo 74.2 CP excluya de la continuidad delictiva el ataque a bienes personalísimos.

Si bien es cierto que en el ataque reiterado contra un mismo sujeto pasivo, la repetición de faltas de lesiones o maltrato produce un desvalor adicional al que resulta de cada hecho aislado, por el peligro de lesión mayor o por lo que conlleva de atentado a la dignidad (por ejemplo, puede ser injurioso el maltratar repetidamente a otro), la repetición de cuatro faltas de lesiones en ámbitos contextuales distintos, con pluralidad de sujetos pasivos, aunque tengan lugar en el periodo de un año, no es suficiente para considerar al autor un delincuente habitual. Cuando hay pluralidad de sujetos pasivos no se produce una intensificación cuantitativa del injusto sino injustos diferentes.

Realizar cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 puede consistir en golpear a otro u otros en cuatro ocasiones en un año. A diferencia de lo establecido en el artículo 234.2 no se requiere aquí que el hecho en su conjunto conduzca a una lesión que precise para su curación tratamiento médico – lo que justifica la pena más grave del delito respecto de la falta- pues no se trata de un tipo penal que se determine en función de conceptos cuantitativos. Por ello, entiende el Consejo que en este caso **no es posible fundamentar desde el punto de vista del injusto y la culpabilidad la mayor necesidad de pena para el autor de cuatro faltas del artículo 617, fuera del supuesto en que concurra la unidad de sujeto pasivo.**

Y si ello es así, sólo en el terreno de la peligrosidad y no en el de la culpabilidad por el hecho conjunto podría encontrarse fundamento a la propuesta del anteproyecto. Y, conforme a lo dicho, el ámbito propio de reacción frente a la peligrosidad no es el que corresponde a la pena sino el de la medida de seguridad.

D) La habitualidad se define en el Anteproyecto por la *repetición del tipo penal en cuatro ocasiones en el periodo de un año. Sin embargo no requiere expresamente la realización del hecho en forma profesional o habitual.*

En efecto, el anteproyecto no requiere de forma expresa la dedicación habitual del autor, ni requiere proximidad temporal entre las diversas acciones aisladas. Aunque la habitualidad, para considerarla como tal, requiere la posibilidad de una vinculación objetiva entre los plurales hechos. En primer término esta vinculación objetiva deriva de la identidad de los tipos penales realizados, y en este sentido el Anteproyecto requiere la realización *repetida del mismo tipo penal*, sin que sea suficiente la realización de infracciones homogéneas. Pero asimismo la habitualidad requiere una proximidad en el tiempo de las distintas infracciones, pues en otro caso la mera repetición de hechos no les priva de su ocasionalidad si entre uno y otro media una importante espacio de tiempo. Por ejemplo, en el delito habitual de violencia intrafamiliar, que puede formarse a partir de una reiteración de faltas, el artículo 173.3 proyectado, requiere cierta proximidad temporal, dejando margen al Tribunal para valorar si los diversos actos aislados forman parte de un complejo unitario.

El Anteproyecto utiliza en estos otros tipos penales que analizamos como magnitud el periodo de un año. Debe tenerse en cuenta sin embargo, que el delito habitual se integra de acciones individuales constitutivas de falta cuyo plazo de prescripción es de seis meses, según el artículo 131 CP. Y este es el límite utilizado por el legislador para que una falta se borre de la memoria social. Como es conocido, la prescripción se fundamenta en la idea de que la necesidad de pena disminuye paulatinamente con el paso del tiempo, pues a medida que el tiempo transcurre decrece el interés de la comunidad en la persecución del hecho. Esta es la razón por la que para apreciar la habitualidad haya de prescindirse de hechos ya prescritos, presuntamente olvidados por la Comunidad por virtud del instituto de la prescripción.

Por ello **entiende este Consejo que debería considerarse habitual el delito sólo en el caso de que se realizasen más de tres infracciones en un periodo de seis meses. Además la intensidad requerida por la realización repetida del tipo en un corto periodo de tiempo revela una mayor voluntad criminal que cuando entre los plurales hechos se toma como magnitud el periodo de un año**, y es esa mayor voluntad criminal la que puede justificar que la pluralidad de faltas sean castigadas con la pena del correspondiente delito.

3.4. Dificultades prácticas del sistema propuesto: enjuiciamiento inmediato de las faltas

A las consideraciones anteriores deben sumarse las dificultades prácticas de la Propuesta del anteproyecto.

Tras la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por ley 38/2002, de 24 de octubre, la regla general formulada de forma expresa es la del enjuiciamiento inmediato de las faltas. Luego no debería ocurrir que una falta que ha sido objeto de atestado o denuncia pueda mantenerse sin juzgar en el plazo de un año. Aquí debe traerse a colación lo dicho más arriba a propósito de la prescripción. Como es sabido la prescripción también obedece a un fundamento procesal, el transcurso del tiempo aumenta las dificultades probatorias, luego el enjuiciamiento de la falta, incluso cuando no sea posible su enjuiciamiento inmediato, debe tener lugar en los breves plazos que establece la ley para la prescripción.

Por lo tanto, la hipótesis normativa de que el sujeto realice cuatro veces el tipo de la falta en un año, en numerosas ocasiones ofrecerá dificultades procesales y prácticas.

4. La multirreincidencia

4.1 La multirreincidencia en el Anteproyecto

El Anteproyecto informado introduce una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se de la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. De la misma forma se aplica la reincidencia a la comisión de faltas, cuando el delincuente al delinquir ya hubiere sido condenado por tres faltas de hurto, sustracción de vehículo a motor o lesiones.

De este modo se reintroduce en nuestro Derecho la denominada **multirreincidencia** que había sido suprimida por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal y que procedía de la Ley de 28 de diciembre de 1978. La regla contenida en el antiguo art. 61.6 CP, antes de la reforma de 1983, establecía que cuando concurriese la agravante de multirreincidencia, definida en el art. 10.15º, era posible aplicar la pena superior en grado. El último precepto citado disponía que “hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia”.

La fórmula propuesta en el Anteproyecto difiere de la anterior en cuanto además se contempla la multirreincidencia en el caso de faltas y no solo en el de delitos, como en la regulación mencionada. Así, conforme a la regulación proyectada son posibles estos dos supuestos:

1) Multirreincidencia en caso de delitos (Artículo 66.5º: “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean

de la misma naturaleza, se aplicará la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

2) Multirreincidencia para las faltas de lesiones y contra el patrimonio (Artículo 638. 2): “Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el artículo 66.5º de este Código, con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiere sido condenado ejecutoriamente por tres faltas de la misma naturaleza de las previstas en los artículos 617 y 623.1 y 3 de este Código, en cuyo caso se aplicará la pena prevista por la Ley en el artículo 147.1 y 234 y 244.1, respectivamente, en su mitad inferior. En el supuesto de faltas contra el patrimonio se aplicará esta regla siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”.

Como puede observarse, mientras que la multirreincidencia en caso de delitos produce la aplicación de la pena superior en grado, la de faltas no se limita a la exasperación consistente en la aplicación de la pena superior en grado, sino en la aplicación de la pena con la que se sanciona el correspondiente delito, si bien que en la mitad inferior. Ello permite, y así se dispone en art. 13.3 CP, según el Anteproyecto, que una falta pueda ser sancionada no con una pena leve sino con una pena menos grave, hasta ahora reservada para el castigo de los delitos menos graves (art. 13.2 del Código vigente).

El alcance de esta reforma y su compatibilidad con los principios constitucionales requiere de un análisis acerca del fundamento de la reincidencia y su vinculación con el principio de la responsabilidad por el hecho.

A) Con carácter previo puede exponerse la evolución del tratamiento de la reincidencia en nuestro Derecho positivo, sintéticamente expuesta en los antecedentes de la sentencia TC 150/91, que analizaremos a continuación:

La evolución legislativa de la reincidencia, viene marcada por continuas suavizaciones y paliativos. En efecto, han operado sobre ella las siguientes modificaciones:

a) La Ley de 28 diciembre 1978 introduce la multirreincidencia, exigiendo que la condena lo sea en varias sentencias y que en alguna se haya apreciado ya la circunstancia de reincidencia. Asimismo, se introduce la institución de la prescripción de la reincidencia al haberse producido la cancelación de antecedentes en el Registro de Penados y Rebeldes y el transcurso de determinado plazo que no podría nunca exceder de 10 años;

b) La Ley de 25 junio 1983, en la que se suprime la institución de la doble reincidencia y sus efectos agravatorios (arts. 10.15 y 61 regla 6ª CP), equiparándose reiteración y reincidencia, y se derogan los arts. 515.4 y 528.4, y el 587.1 CP, impidiendo en lo sucesivo la conversión de faltas a delitos a consecuencia de condenas anteriores. Asimismo, en base a la interpretación no formalista que postuló el Tribunal Constitucional de la norma del último inciso del art. 10.15, en su STC 64/1983, se entiende que a "los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubiesen podido serlo", lo que quiere decir que aun cuando no esté formalmente cancelado el antecedente penal, el Tribunal lo tendrá en cuenta. En esta reforma también se deroga la pena de privación definitiva del carné de conducir por repetición de condenas (arts. 340.bis y 565 pfo. 6º CP).

Por lo tanto, conforme al régimen vigente:

1º No existe actualmente la obligación de imponer la pena en el grado máximo como en el texto anterior a 1983, sino que se otorga libertad al Juez para imponer la pena en la mitad superior.

2º No hay, en ningún caso de apreciación de la agravante, la posibilidad de subir la pena a la superior en grado (derogación de regla 6ª art. 61).

3º Existen unos plazos que, una vez transcurridos, imposibilitan al Juez o Tribunal la apreciación de la agravante de reincidencia, por presumir el legislador que ha existido una rehabilitación de la conducta del hasta entonces reincidente y por no existir tampoco un interés social en la punición agravada.

B) El Tribunal Constitucional, tras reconocer la vigencia del principio de culpabilidad penal ha considerado que este sistema es compatible con un Derecho penal del hecho y que no conlleva determinar la pena en función de la culpabilidad por el carácter. Frente a este sistema procedente de la reforma penal de 1983 el Anteproyecto supone un endurecimiento del régimen de la reincidencia, que fundamentalmente consiste en:

1º La posibilidad de subir la pena a la superior en grado (artículo 61.5º)

2º La posibilidad de conversión de faltas a delitos como consecuencia de condenas anteriores (artículo 638).

Corresponde a la luz de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional valorar si este endurecimiento del sistema es todavía adecuado al principio de la responsabilidad por el hecho.

4.2. La doctrina constitucional sobre la agravación por reincidencia como circunstancia de individualización judicial de la pena. La STC 150/1991.

1. Ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 150/1991, de 4 de julio que **“la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”**, con cita de las SSTC 65/1986, 14/1988 y otras.

Se produce, pues, un reconocimiento explícito de que el principio de culpabilidad cumple una importante función en la teoría de la determinación de la pena. La idea conforme a la cual la pena debe ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad se deduce del art. 66 CP que impone atender en la individualización de la pena a la «mayor o menor gravedad del hecho». Además encuentra un fundamento constitucional, pues esta limitación de la pena por la culpabilidad es una exigencia del valor justicia que reconoce el art. 1.1 CE. Por ello, el fin de prevención general y especial de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual.

En este sentido el Tribunal Constitucional al resolver sobre la supuesta inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia declaró en su Sentencia 150/91 que para ello hay que atender, no a las construcciones doctrinales formuladas respecto de la agravante ahora cuestionada, sino única y exclusivamente a la regulación y efectos que el Código penal establece respecto de la misma, para comprobar si la determinación de una pena superior por el hecho de la concurrencia de la reincidencia es o no conforme con la Constitución". Y desde esta perspectiva, ha declarado el Tribunal Constitucional (cfr. Fto Jco 4º de la STC 150/91):

1) Que el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador.

2) Que esta competencia del legislador está limitada por el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella.

3) Y particularmente ha declarado que "la circunstancia agravante de reincidencia ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena".

4.3. La multirreincidencia examinada ahora como elemento del tipo agravado

Sentado lo anterior respecto de la reincidencia como circunstancia de agravación para la individualización de la pena, dentro de los límites del tipo, debemos ahora considerar **la reincidencia como elemento del propio tipo**, y ello porque el efecto agravatorio que el Anteproyecto atribuye a la multirreincidencia, más allá del marco penal previsto para el delito o falta de que se trate, supone indirectamente la configuración de un tipo agravado, pues su resultado equivale a la creación de un tipo en la parte especial en el que se agrave el tipo básico por virtud de las condenas precedentes recaídas sobre el reo. Y desde este punto de vista, puede decirse:

A) La configuración de un tipo agravado por la multirreincidencia en el caso de la reiteración de faltas no resulta ineludible desde el principio de igualdad de trato en el que parece fundamentarse la regla del artículo 638 CP, según el Anteproyecto. Pues debe tenerse en cuenta que la circunstancia de que en el caso de delitos contra el patrimonio sea posible la unificación delictiva y tratar la pluralidad de faltas, cuya adición arroje un perjuicio total superior al límite cuantitativo que delimita el delito y la falta, con la pena del correspondiente delito, no debe determinar que una regla análoga se aplique al caso de la reincidencia, pues en el caso de que las infracciones se hayan penado por separado no es posible realizar la valoración unitaria, ni puede apreciarse el plus de injusto como consecuencia de la adición de acciones que, como se ha afirmado más arriba, justifica el delito habitual desde el punto de vista del principio de la responsabilidad por el hecho. En efecto, mientras que en el tipo de habitualidad la consideración conjunta del comportamiento total, compuesto de acciones individuales, es lo que permite apreciar un plus de antijuridicidad que no está en el desvalor de cada acción individual, no es posible hacer lo mismo cuando se valoran acciones juzgadas y condenadas antes, precisamente porque, por haberlo sido, no cabe reconsiderarlas de ningún modo a efectos de su adición, por lo que sólo pueden producir el efecto de la agravante de reincidencia para la

individualización de la pena dentro de los límites previstos para la acción enjuiciada y siempre con el límite de la pena leve con al que debe ser sancionada una falta. En conclusión: **no hay situaciones iguales, ni el principio de igualdad exige que, por tratarse penalmente el tipo de habitualidad con un plus de desvaloración, deba hacerse lo mismo en el caso de acciones ya juzgadas y condenadas.**

B) Excluido que lo proyectado sea en este punto una exigencia del principio de igualdad, debemos considerar si el Anteproyecto ha tenido en cuenta los presupuestos de la culpabilidad por el hecho al reintroducir en nuestro Derecho penal la llamada multirreincidencia. Ello depende del fundamento que se atribuya a la reincidencia. Cabe plantearse las siguientes hipótesis, todas ellas con avales en la doctrina científica, y sin que la Constitución haya atribuido preferencia a ninguna, pues si bien la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" no define como debe graduarse la culpabilidad por el hecho. Por lo tanto pueden plantearse las siguientes hipótesis:

a) Que, como entiende un sector de doctrina, **la agravación por multirreincidencia se fundamente en la peligrosidad del autor.** En ese caso no podría encontrar explicación en razones vinculadas a la culpabilidad por el hecho, pues como se ha expuesto, la pena superior en grado en caso de reiteración de delitos cumpliría funciones de prevención especial más allá del marco penal adecuado a la culpabilidad del autor.

b) O que la agravación de la pena por multirreincidencia más allá del marco penal previsto para el delito individual en la parte especial se fundamente no en la peligrosidad sino **en los hechos pretéritos** ya condenados. Esta posición doctrinal conduciría a **un bis in idem**, en cuanto en la magnitud excedente inciden factores que no guardan relación con el hecho cometido.

c) Pero cabe fundamentar también la reincidencia en una **mayor culpabilidad por el hecho cometido, opción ésta que parece seguir el prelegislador**. Un sector de doctrina, ciertamente, ha considerado que no cabe fundamentar la reincidencia ni en la peligrosidad del autor, ni en los hechos pretéritos, por lo que las objeciones anteriores no existirían desde el punto de vista de la responsabilidad por el hecho.

En la graduación de la culpabilidad por el hecho inciden diversos factores. Y puede entenderse que el delincuente al delinquir reiteradas veces ha incumplido de forma más intensa la norma, después de haberse particularizado la norma infringida en la sentencia y puesta especialmente de manifiesto al autor. **Esta rebeldía frente a los bienes jurídicos puede ser interpretada como signo de mayor culpabilidad**, pues el mayor conocimiento de la antijuridicidad y la llamada de atención que supone la condena, lo que conlleva un juicio desvalorativo, hace que su comportamiento sea más reprochable. **Y esta mayor reprochabilidad recae sobre el hecho nuevo, lo que puede justificar la aplicación de un marco penal superior, sin que ello suponga infracción del principio non bis in idem.**

En este sentido ha declarado la STC 150/91, que si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo.

C) Por todo ello, entiende el Consejo que el Anteproyecto ha tenido en cuenta los presupuestos de la culpabilidad por el hecho al reintroducir en nuestro Derecho penal la llamada multirreincidencia, pues constituye una opción del legislador considerar que **la multirreincidencia es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho en la medida en que el marco**

penal establecido en el correspondiente tipo de la Parte especial sea insuficiente para comprender la mayor culpabilidad del autor reincidente.

Pero probablemente sea necesaria una ponderación de las circunstancias por el Tribunal a los efectos de si el marco penal previsto en la parte especial es suficiente a pesar de la reincidencia, para lo cual deberá tener en cuenta: 1) la magnitud de pena impuesta en las condenas precedentes, para determinar si el marco superior conduce a una magnitud global que excede de los límites de la acumulación; 2) si en atención a la menor gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producidos por el nuevo hecho resulta desproporcionado aplicar un marco penal agravado.

Por ello entiende el Consejo que **la aplicación del marco penal superior debería ser potestativa para el Tribunal, en el sentido de que podrá imponer la pena superior en grado en los casos en los que resulte necesario en atención a la mayor gravedad del hecho. Por ello sugiere el Consejo que el artículo 66.5º del Anteproyecto se redacte de forma que permita una agravación facultativa de la pena.**

D) Si bien la opción del legislador expuesta avala la reforma del artículo 66.5º, esto es, la posibilidad de aumentar la pena hasta la superior en grado en el caso de reiteración de delitos, debe encontrar limitaciones en los casos en que conforme al artículo 638 la multirreincidencia opera sobre faltas. En este caso, **la reincidencia no debería poder transmutar la naturaleza de falta a delito, pues la mayor culpabilidad por el hecho no podría afectar a que el hecho realizado objetivamente sea una falta desde el punto de vista de la lesión o peligro del bien jurídico. Por ello, el límite de pena como consecuencia de la reincidencia no debería superar la magnitud de la pena leve.**

5. Otras posibles soluciones al problema

5.1. Modificación del tratamiento del concurso real

No parece coherente querer aumentar la severidad de la respuesta punitiva a través de la multirreincidencia con finalidades que exceden de su mera relevancia como agravante en la individualización de la pena (hasta el punto de convertir las faltas en delitos) y luego, en cambio, mermar esa severidad manteniendo mecanismos como el de los límites establecidos en el art. 76 CP para el caso del concurso real, y que, conforme al art. 988 LECrim., rigen incluso en fase de ejecución, lo que puede conducir a que, en el caso de una pluralidad de condenas, algunas de ellas dejen de ejecutarse superado el límite del triplo de la más grave a que se refiere el precepto citado. Si alguna condena debe dejar de ejecutarse no tiene sentido que se agraven las demás conforme a un marco penal que excede del previsto en la parte especial.

Por lo que entiende el Consejo que **la supresión de las limitaciones dichas puede resultar aconsejable en la medida en que el sistema de acumulación material garantiza el principio de responsabilidad por el hecho y las reglas del concurso real pueden ser suficientes para dar respuesta adecuada al fenómeno de la pluralidad delictiva.**

5.2. Multirreincidencia y Medidas de seguridad

Ahora bien, las anteriores consideraciones no deben llevar a considerar irresoluble el problema de la reiteración delictiva. Entiende este Consejo que la cuestión de la habitualidad y la reincidencia, el tratamiento de la peligrosidad criminal, requiere reabrir el debate acerca de las funciones de las medidas de seguridad. Un sistema monista que sólo conoce la pena como instrumento de

represión del delito sólo podría reaccionar frente a la reincidencia con más pena. Pero en un sistema dualista que reconoce la dicotomía – culpabilidad/peligrosidad – debe tenerse en cuenta que juegan un distinto papel la pena y la medida de seguridad. Y el moderno sistema de la doble vía pretende, precisamente, evitar el llamado “fraude de etiquetas ” y reservar a la pena y la medida su verdadera función. Por ello, solucionar el problema de la reincidencia como hace el Anteproyecto a través de una agravación de la pena, propio de sistemas monistas, no es la única opción del legislador.

5.3 . Dificultades prácticas del sistema propuesto

La multirreincidencia en caso de faltas plantea problemas añadidos de orden práctico. La ausencia de un registro de antecedentes penales por falta dificulta la posible acreditación de las condenas precedentes. Luego la puesta en marcha del sistema requiere correlativamente crear el oportuno registro del que poder obtener la adecuada información para que la sentencia penal pueda declarar probados los antecedentes penales del acusado.

II. MEDIDAS RELATIVAS A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

1. El delito de violencia habitual en el ámbito familiar

1.1 La necesidad de reforma del tipo vigente y la nueva ubicación sistemática

La violencia doméstica habitual no agota su contenido en el hecho individual de agresión física o psíquica. Por el contrario, el ataque sistemático a miembros de la familia o sometidos a custodia incide en el **libre desarrollo de la personalidad y la propia dignidad humana y los derechos que le son inherentes**. En este sentido, resaltando la dimensión constitucional del bien

jurídico protegido en este delito, se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es exponente la STS de 24 de junio de 2000.

De acuerdo con ello, el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, además de afectar a la integridad física y psíquica, y de constituir un delito contra las relaciones familiares, en cuanto conlleva un grave quebranto por el autor de los deberes elementales de respeto y cuidado que le impone la relación familiar, se presenta con un contenido de injusto mayor que el que resulta de cada ataque individual, y **la protección penal trata de evitar el trato denigrante y menoscabo psíquico que sufre la víctima que sistemáticamente se encuentra maltratada** por la persona o personas con las que convive, de las que depende o se encuentra relacionado por vínculos estrechos de derecho de familia.

Desde este punto de vista, el delito de violencia habitual en el ámbito familiar es en realidad un delito contra la integridad moral, que constituye una especie del tipificado en el art. 173.1 CP vigente, que realiza “el que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”. Este delito está siendo interpretado por la jurisprudencia en sentido amplio, comprendiendo ámbitos privados, distintos del familiar, como la violencia habitual que tiene lugar, por ejemplo, en centros de trabajo, docentes o en residencia de ancianos.

Por ello, la reforma proyectada, en cuanto tipifica el delito de violencia doméstica habitual como delito contra la integridad moral, de forma coherente con el bien jurídico tutelado por este delito, aparte de solucionar un problema concursal entre los actuales arts. 153 y 173 CP, ubica sistemáticamente de forma adecuada el delito de que se trata en atención a su contenido de injusto y expresa de forma más correcta que no se trata sólo de un atentado a la integridad o salud física o psíquica como bien jurídico del delito de lesiones. Esto explica, además, que los actos parciales de violencia, cuando impliquen resultado lesivo, puedan ser valorados autónomamente, permitiendo su sanción separada.

1.2. Ampliación del círculo de sujetos pasivos

En el derecho español, sólo se tipificaba la violencia física habitual como delito en el ámbito familiar a que se refería el art. 153, pero no se extendía a otros ámbitos privados de dependencia o subordinación. Así, se encontraba preterida del ámbito objetivo del delito la violencia sistemática que tiene lugar en centros docentes o geriátricos (salvo casos de incapacidad o sujetos a tutela o guarda), por ejemplo, a pesar de que este comportamiento merece un reproche análogo a la violencia en el ámbito familiar.

En consecuencia resultaba preciso configurar un tipo más amplio que comprendiese situaciones en las que se produce una situación de dependencia o subordinación, aunque no se correspondan exactamente con una relación familiar. Así, por ejemplo, se concibe este delito en ordenamientos próximos, como el alemán, en cuyo parágrafo 223b del StGB se tipifica el delito de *maltrato de persona en custodia*, comprendiendo dentro de su ámbito a personas menores de dieciocho años o indefensas por causa de incapacidad o enfermedad que se encuentren bajo su asistencia, protección o sean miembros de su círculo doméstico o hayan sido confiados bajo su autoridad por los asistentes o que sean dependientes de él por razón de oficio o trabajo.

El anteproyecto aborda adecuadamente la cuestión del círculo de sujetos pasivos, contemplando situaciones de dependencia o subordinación que hasta ahora no obtenían la adecuada respuesta en el Código Penal.

Así, la nueva redacción del tipo permite

a) El debido amparo a la víctima incluso después de la ruptura del **vínculo matrimonial o vínculo análogo**, y con independencia de que haya cesado la convivencia.

b) Se atribuye plena protección a los **descendientes**, con independencia de su edad y la convivencia en el domicilio familiar. De este modo recibe protección, por ejemplo, el menor que sólo se relaciona con el padre o madre conforme a un régimen de visitas que no conlleva convivencia; pero, además, el Anteproyecto no limita el círculo de sujetos pasivos a los descendientes menores de edad, por lo que es posible la realización del tipo por la violencia habitual que se ejerza sobre hijos mayores de edad, sin requerir para este caso tampoco la convivencia.

Por otro lado, se incluyen en la reforma descendientes distintos de los hijos (ejemplo, nietos), lo que supone completar una laguna injustificada en la regulación vigente (ejemplo, maltrato sistemático por parte de los abuelos).

c) Se ofrece adecuada tutela a **menores o incapaces**, aunque no sean descendientes, cuando convivan con el sujeto activo, o si no conviven, están sometidos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del autor o de su cónyuge o conviviente.

d) En caso de convivencia no se requiere adicionalmente relación de parentesco, lo que permitirá comprender en el tipo maltratos en ámbitos privados o públicos distintos del estrictamente familiar, con tal de que se trate de un sujeto pasivo sometido a la custodia del sujeto activo (ejemplo, maltrato sobre ancianos en centro geriátrico).

e) Se amplía la protección a los **ascendientes** con relación al maltrato que proceda del ámbito de convivencia y se comprenden en el Anteproyecto, también a diferencia de la regulación actual, las relaciones por afinidad (ejemplo, maltrato a suegros).

f) Constituye una novedad del Anteproyecto, en la línea apuntada, el incorporar al círculo de posibles sujetos pasivos, al margen de la relación de parentesco y de su convivencia en un hogar familiar, a **aquellas personas especialmente vulnerables** que se encuentren en una situación fáctica de

dependencia o subordinación con el sujeto activo, como la que tiene lugar en el caso de tratamiento en centros asistenciales públicos o privados.

1.3. Privación de derechos como pena accesorio

El Anteproyecto introduce como pena accesorio para el delito del art. 173.2 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Esta reforma es coherente con otras consecuencias análogas del Código penal, como la establecida en el art. 233 CP para el delito de abandono de menores o incapaces, pues en los casos de violencia doméstica, cuando están implicados menores, nos encontramos ante un claro ejemplo de incumplimiento de deberes legales de asistencia, y concurre identidad de razón para reclamar la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones tutelares.

2. El nuevo delito de violencia doméstica no habitual. El artículo 153 CP

1. De acuerdo con el régimen vigente, el maltrato de obra (violencia física) sobre miembros de la unidad familiar, cuando no tenga carácter habitual, es subsumible en la falta del art. 617.CP. El maltrato psíquico, con idéntico elemento negativo, es valorado como falta del art. 620 CP (vejaciones, amenazas, injurias).

La novedad del Anteproyecto consiste en la tipificación de un nuevo delito que presenta la singularidad de que los hechos que lo conforman son reputados generalmente faltas de lesiones o de maltrato, pero se elevan a la categoría de delito cuando tienen lugar contra las personas a que se refiere el art. 173.2, pues se establece para ellos la pena de prisión de tres a seis meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, que según el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO

10/1995, de 23 de noviembre, son consideradas penas menos graves (reforma del art. 33 CP).

Debe tenerse en cuenta que en este caso el injusto de la acción no consiste sólo en el atentado a la integridad física, que puede ser de carácter leve, sino en el ataque a otros bienes jurídicos relevantes, conforme a lo expuesto más arriba, por lo que el hecho tiene carácter pluriofensivo. De este modo, la posible sanción que derivaría de su sola subsunción en las faltas de lesión o de maltrato de obra no comprendería el total desvalor del hecho.

2. A tenor de la Exposición de Motivos “las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617”.

Ciertamente, el art. 57 CP, vigente tras la reforma operada por LO 14/1999, permite imponer las prohibiciones de aproximarse a la víctima o sus familiares o al lugar del delito o de residencia de la víctima o familiares, si fueren domicilios distintos, cuyo incumplimiento puede hacer que el responsable incurra en el delito de quebrantamiento definido en el art. 468 del Código Penal. Incluso, a tenor del art. 544 bis LECrim., el incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, incluso la prisión, conforme resulta del proyecto de modificación de este precepto de la LECrim, en materia de prisión provisional – recientemente informado por este Consejo - por lo que la modificación ahora establecida pretende la **armonización del tratamiento sustantivo y procesal de la violencia de género**.

3. Sin embargo, a un hecho de escasa relevancia no puede corresponder una pena grave por razones de prevención general, pues ello vulneraría el principio de proporcionalidad. En este sentido ha declarado el TC en la sentencia antes citada de 4 de julio de 1991, que “el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella”.

De acuerdo con estos principios, entiende el Consejo que **el artículo 153 debería configurarse de tal manera que en casos de escasa relevancia pudiera el Juez o Tribunal imponer la pena inferior en grado.** Pues un mero maltrato de obra, aunque tenga por destinatario a alguna de las personas del círculo doméstico puede presentarse como un hecho que no tenga gran significancia lesiva, y en estos casos debe poder atenuarse la responsabilidad penal.

4. También sugiere el Consejo una reflexión más amplia acerca de que si no debería seguir idéntica configuración **la falta de amenazas que se tipifica en el art. 620.1º**, a cuyo tenor, serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días “los que de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos”, y que en esencia se mantiene en el Anteproyecto de reforma de Código penal, pendiente de informe por este Consejo.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en la sutil diferenciación entre el delito y la falta de amenazas, debe tenerse en cuenta que la amenaza de producir un mal exhibiendo un arma idónea lleva de suyo tal gravedad que el hecho debe ser tratado como un delito, pues en esos casos adquiere especial credibilidad y seriedad la conminación del mal con que se amenaza al

sujeto pasivo. Por tanto, considera este Consejo que en esos casos debe tipificarse el hecho como delito.

3. Circunstancia mixta de parentesco

1. En la interpretación de la agravante de parentesco la jurisprudencia ha venido exigiendo, como presupuesto de esta circunstancia, una relación de afectividad presumida *iuris tantum* del vínculo de parentesco. De modo que en los casos en los que se hubiere comprobado la ausencia de aquella afectividad, la relación de parentesco se ha considerado intrascendente en cuanto autor y víctima ocupan una posición similar a la de unos extraños.

2. La circunstancia de parentesco, en cuanto circunstancia mixta, puede operar como agravante o atenuante en función de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito.

A propósito de la naturaleza del delito, la jurisprudencia ha considerado que esta circunstancia opera como agravante en los delitos contra las personas (en particular, delitos contra la vida, integridad física, libertad sexual) y como atenuante en los delitos contra el patrimonio, deduciéndose ello de una interpretación sistemática (por considerarse el parricidio –ya desaparecido– tipo agravado respecto del homicidio, y por resultar en el actual Código de las agravaciones contenidas en los arts. 153, 182.2.º y art. 192, e inversamente, por la excusa absolutoria del art. 268 CP).

En este punto, **sugiere el Consejo que la circunstancia de parentesco sea considerada en todo caso como agravante cuando el delito afecte a bienes personales de un sujeto pasivo del círculo de los previstos en el art. 173.2, cuando no sean de aplicación los tipos de la parte especial en los que este vínculo ha sido ya valorado por el legislador en la configuración del tipo.** Por ejemplo, no existe una regla fija

en la jurisprudencia sobre la eficacia agravatoria o atenuante de esta circunstancia para los delitos contra el honor, habiéndose apreciado por la jurisprudencia unas veces como atenuante, otras como agravante, dependiendo de las circunstancias. Por ello, cuando la injuria tiene lugar en el ámbito intrafamiliar debería expresarse por el legislador de una manera explícita que en todo caso tendrá carácter agravatorio.

III. INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

1. El delito de inmigración clandestina

En el apartado decimocuarto del anteproyecto se modifica el artículo 318 bis del CP, incluido en el Título XV bis, introducido por la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con la rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, que ha sido criticada por la doctrina por no incluir la tipificación y sanción contra cualquier derecho que tenga como titular a los extranjeros y cuya reforma responde al mandato de la Ley Orgánica 8/2000.

Se ha discutido también la ubicación del nuevo título pero en el anteproyecto se mantiene la misma, siguiendo el criterio de aquellos que consideran que con ello se complementan y suplen las posibles deficiencias de los tipos contenidos en los artículos 312 y 313, posibilitando un análisis conjunto dado el paralelismo entre ambas conductas. En cualquier caso, se mejora la sistemática al incluir en el apartado 2. del precepto la referencia al propósito de explotación sexual de la conducta penada en el tipo básico, antes prevista en el art. 188.2. Con ello parece que el art. 318 bis tutela el mantenimiento controlado del flujo migratorio y el respeto por los derechos de los emigrantes, sin distinción entre ellos e incorporando la protección de la libertad y la indemnidad sexual. En efecto, el art. 318.bis, tanto en la redacción anterior como en la propuesta, tutela distintos bienes jurídicos. Por una parte,

el tipo básico defiende el interés del Estado de proteger la actividad migratoria, reforzando así el control administrativo. Por otro lado, en las demás conductas castigadas, se atiende a la dignidad del ser humano tratando de evitar su explotación, (especialmente por grupos organizados, dadas las precarias condiciones en que la clandestinidad les coloca), pues no hay que olvidar que el art. 3.1º. de la Ley sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.

El **apartado primero** del artículo, que contiene el tipo básico, por una parte se mejora técnicamente al reforzarlo y, por otra, se incrementa la pena. Así, se reduce el ámbito de impunidad de las conductas descritas (promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina), al castigar su comisión de forma directa o indirecta, expresión equivalente a “por cualquier medio”. La amplitud del tipo, que consagra un delito de peligro abstracto, establece un concepto unitario o expansivo de autor, al equiparar conductas de colaboración o ayuda con las de autoría. Al mismo tiempo, se introduce, junto a la expresión “*tráfico ilegal*” la de “*inmigración clandestina*”, con lo cual se amplía también el elemento objetivo del tipo pues, si por tráfico hay que entender el movimiento o tránsito de personas y por ilegal contraviniendo las disposiciones normativas en la materia, por inmigración clandestina habría que entender el llegar a otro país para establecerse en él de forma secreta u oculta, especialmente por temor a la ley o para eludirla. La única diferencia está en que el tráfico ilegal se diseña legalmente como un delito de medios determinados, mientras que la inmigración clandestina está configurada como un delito en el que no se prevén determinados modos de comisión. Esta última expresión es la utilizada por el art. 313 CP si bien para referirse únicamente a la de trabajadores y hacia España, por lo que constituye un tipo especial frente al más general que ahora estudiamos. El tipo se cierra aún más al considerar delictiva la conducta consistente en promover, favorecer o facilitar el tráfico

ilegal o la inmigración clandestina también “desde” España y no únicamente en tránsito o con destino a España.

El incremento de la pena, antes de seis meses a tres años y ahora de cuatro a ocho años, siempre de prisión, responde a los objetivos de armonización en la materia y a una más eficaz lucha contra la trata de seres humanos promovida por la Unión Europea. Así, ya las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, anuncian la necesidad de luchar contra la inmigración ilegal y delitos conexos, garantizando la integración en nuestras sociedades a los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión, fomentando la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia (art 13 TCE) y considera que, *“con respecto al Derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como.....la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de la infancia,.....”*. Siguiendo estas pautas y las conclusiones del Consejo Europeo de Santa Maria da Feira de 19 y 20 de junio de 2000, la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2000 y la Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, se dictó la Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, en cuyo artículo 3 se afirma que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las infracciones contempladas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Posteriormente, la Decisión marco del consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, sigue los mismos criterios en cuanto a la necesidad y oportunidad de las sanciones.

Dado que las Decisiones marco citadas obligan a imponer penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando concurren los tipos agravados a los que luego nos referiremos, se ha optado por imponer la

pena de cuatro a ocho años, permitiendo así el juego de la forma de determinación de la pena a imponer según lo previsto en el art. 70 CP con los problemas que luego indicaremos.

El **apartado segundo** introduce un elemento subjetivo del injusto al castigar con pena de cinco a diez años de prisión las conductas previstas en el apartado primero si el propósito de las mismas es la explotación sexual, procediendo a unificar en un solo precepto la tutela de la totalidad de los derechos de los emigrantes, con lo cual se solucionan los problemas concursales que planteaba la concurrencia de los antiguos arts. 318 bis y 188.2, con el evidente riesgo de la doble incriminación que obligaba a estar muy atento al supuesto fáctico concreto. Además se da un tratamiento sistemático y conjunto a todos los delitos que afectan a los derechos de los ciudadanos extranjeros, permitiendo aplicar las agravantes del art. 318 bis salvando la incongruente situación que se producía.

Esta modalidad delictiva se introdujo por la LO 11/1999 de 30 de abril, respondiendo a la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños adoptada por el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, el 29 de noviembre de 1996, y, en virtud de la cual, se comprometen los Estados miembros a revisar la legislación vigente, previendo penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Con esta norma se adelanta la protección penal a la realización de actos tendentes a la explotación sexual, elevando a la categoría de delito autónomo lo que de otra forma serían supuestos de tentativa del art. 188.1.

El incremento de la pena (de cinco a diez años de prisión) responde a las exigencias del art. 3.2 de la Decisión marco de 19 de julio de 2002 en el que se establece que las penas máximas privativas de libertad no serán inferiores a ocho años cuando la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

El **apartado tercero** respeta sustancialmente la antigua redacción que cualifica el tipo básico por el fin lucrativo o los medios empleados, si bien ahora debe referirse a los dos supuestos anteriores, tipo básico y fin de explotación sexual, e introduce el abuso de situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, antes abuso de una situación de necesidad de la víctima, imponiendo la pena señalada en los apartados anteriores en su mitad superior lo que suponen penas de prisión de seis a ocho años o de siete años y seis meses a diez años.

Algún sector doctrinal ha criticado la referencia al ánimo de lucro por entender que la idea de beneficio económico o material está implícito en todas las conductas tipificadas, como consustancial a las mismas, y resulta desproporcionada la agravación si se equipara con el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, conclusión a la que fácilmente se llega con más razón hoy día ante el notable incremento de la pena. Este incremento está justificado en el caso de empleo de violencia “grave”, según lo establecido en la Decisión marco citada, sin embargo, **el hecho de hacer referencia a la pena en su mitad superior, cuando las señaladas en los dos primeros apartados ya alcanzan el límite superior previsto en la Decisión de la Unión Europea, y el juego de los artículos del Código Penal en lo que a la determinación de la pena se refiere, provoca un aumento notable de la pena en las agravaciones que se contemplan en los apartados siguientes, con lo cual, sí se cumplen los objetivos de eficacia y disuasión, pero puede quebrar el de proporcionalidad. Tal vez hubiera sido preferible seguir el sistema del artículo reformado fijando penas concretas y no por referencia a las anteriores.**

El abuso de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima aparece recogido expresamente tanto en el art. 1 como en el 3 de la Decisión marco de la Unión Europea 2002/629/JAI, con la indicación de que la pena máxima privativa de libertad no será inferior a 8 años. Sin embargo, analizando

el citado art. 3 y poniéndolo en relación con el apartado que ahora comentamos y con el apartado 5 del art. 318 bis modificado, resulta que, al considerar el primero que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía, **no puede servir la circunstancia de que la víctima sea menor de edad o incapaz para realizar en el apartado 5 una segunda agravación a la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores, pues se incurriría en infracción del principio “non bis in idem”**. Tengamos en cuenta que las penas a imponer según este apartado 5 serían las de 8 a 12 años de prisión para el tipo básico, y las de 10 a 15 años de prisión si existiese propósito de explotar sexualmente a la víctima, superando ampliamente los 8 años previstos en el art. 3 de la Decisión.

Con las mismas penas señaladas en el apartado 3 se sanciona en el **apartado cuarto** a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, a los que además se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, manteniéndose el tipo previsto en el apartado 4 del art. 318 bis, pero con el natural incremento de penas que resulta de la referencia al apartado anterior.

El **apartado quinto**, impone la pena superior en grado, en sus respectivos casos cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad o incapaz. Sin perjuicio del acierto de equiparar el incapaz al menor de edad, la agravación de la pena, en razón del riesgo creado para los bienes jurídicos personales de la víctima, que recaen sobre la vida, la salud y la integridad de las personas, en principio correcta, pasando de una situación de peligro abstracto a una de peligro concreto, puede plantear problemas ya que la notoria elevación de la pena puede resultar desproporcionada sino se determina el alcance de esa genérica puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, ya que no se exige concreción alguna o al menos

que sea grave o que la puesta en peligro se realice de forma deliberada o por grave negligencia, como exige el art. 3 de la Decisión marco.

Por todo ello, este Consejo General del Poder Judicial entiende que deben determinarse con precisión en qué circunstancias o condiciones se producirá la agravación por poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, evitando toda referencia a que la víctima sea menor de edad o incapaz si esta circunstancia ya se ha tenido en cuenta en el apartado 3º al agravar la pena como consecuencia del abuso de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, o bien introducir esta agravante únicamente en el apartado 5 eliminándola del apartado 3.

El **apartado sexto** responde a las exigencias de la Decisión marco en relación con la Acción común 98/733/JAI y busca la lucha contra la criminalidad organizada, objetivo prioritario dentro de la cooperación entre los Estados miembros, según el punto 23 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, y lo acordado en la reunión de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, celebrada en Estocolmo el 8 de febrero de 2001. La Disposición Adicional 1ª de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ya instaba a la Comisión Técnica para el estudio de la reforma del sistema penal del Código Penal a examinar las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en los que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico.

El incremento de las penas es importante ya que se impondrán las superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 del artículo y además debe imponerse la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Si además se trata de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. Dado que el culpable perteneciente a una organización o asociación que se dedicare a tales actividades, será castigado

con penas de 8 a 12 años, o de 10 a 15 años de prisión, según los casos, los jefes, administradores o encargados serán castigados con penas de 10 a 12 años, o de 12 años y 6 meses a 15 años, e incluso de 12 a 18 años, o de 15 a 22 años y 6 meses, penas excesivas y desproporcionadas, si tenemos en cuenta que el homicidio se castiga con pena de 10 a 15 años, el asesinato con penas de 15 a 20 años, y el asesinato en el que concurren dos de las circunstancias del art.- 130 del Código Penal, con penas de prisión de 20 a 25 años. **En cualquier caso, la importante agravación que supone el imponer la pena inmediatamente superior en grado obliga a que el legislador establezca en qué casos y circunstancias puede hacerse para que no quiebre el principio de legalidad (arts. 9.3 y 25 de la Constitución).**

Dando respuesta a lo previsto en el art. 5 de la Decisión marco se establecen consecuencias accesorias contra las personas jurídicas al prever que la autoridad judicial pueda decretar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 del Código Penal.

En el **apartado séptimo** se establece la posibilidad de que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, puedan imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. Con ello se pretende suavizar la gravedad de las penas a las que antes hemos hecho referencia en aquellos supuestos, contemplados por la doctrina, en los que concurren por ejemplo, razones familiares o humanitarias que han dado lugar al tráfico ilegal o la inmigración clandestina. En este sentido hay que tener en cuenta que el art. 1.2 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, establece que los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 (la ayuda a entrar o transitar por un estado miembro, vulnerando la legislación del mismo) en los casos en que el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Por último, debemos llamar la atención sobre **la conveniencia de modificar las penas con que se castiga a los autores de los delitos previstos en el art. 313.1, pues la actualmente señalada, de dos a cinco años de prisión, es inferior, en general, a las previstas en el art. 318 bis modificado aún cuando la conducta delictiva es objetivamente la misma pero encaminada, en aquél supuesto al tráfico de trabajadores.**

2. Expulsión de extranjeros

El **apartado cuarto del artículo Primero** modifica el **art. 89 del Código Penal**, relativo a la sustitución de la pena privativa de libertad en los casos en que el condenado sea un extranjero no residente legalmente en España y siempre que la misma sea inferior a seis años o, siendo igual o superior, se acceda al tercer grado o se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

La medida obedece a la necesidad poner fin a la práctica de la comisión de delitos como forma de permanecer en España y, por ello, se establece la sustitución de la pena como regla imperativa, frente a la anterior redacción facultativa, admitida por el TC en su sentencia Nº 203/1997 y en el Auto Nº 33/1997.

Naturalmente, la primera condición que se exige para que proceda la sustitución de la pena por la expulsión es que el extranjero no sea residente legal en España, lo que obligará al Juez a realizar un análisis detallado de la situación personal del condenado a la luz de la legislación aplicable al caso, especialmente en los cada vez más frecuentes supuestos en los que se ha recurrido ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el extranjero alguna resolución de la Administración relativa al permiso de residencia.

La sustitución de la pena privativa de libertad debe hacerse en la sentencia, importante novedad, pues obliga al juez sentenciador a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, garantizando el debate contradictorio en el propio juicio, con audiencia del extranjero al que se garantiza el acceso al correspondiente recurso.

No obstante se observa, **a juicio de este Consejo General del Poder Judicial que el párrafo primero del precepto, al permitir que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refiere a la naturaleza del delito, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir y a las alude el art. 57.5 de la LO 4/2000,** que aunque regula la expulsión como sanción administrativa, no puede ser despreciado si tenemos en consideración que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias como las de 18-9-95, 19-9-95, 4-10-96, 4-11-96, 13-12-98, 26-5-98, 9-2-99, 4-10-99, 15-11-99, 18-7-00, 25-11-00, etc. y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigo, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión. Así, podemos citar las Sentencias de 18 de febrero de 1991 (As. Moustaquim), de 26 de marzo de 1992 (As. Beldjoudi), de 21 de junio de 1988 (As. Berrehab), de 30 de octubre de 1991 (As. Soering), de 15 de noviembre de 1996 (As. Cruz Varas) y de 2 de mayo de 1997 (As. Chahal). Del mismo modo la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, en su art. 3.2 obliga a los Estados miembros a aplicar la Directiva respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

No obstante, siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, no sólo debe garantizarse la audiencia del Ministerio Fiscal sino también del interesado potencialmente sometido a la medida de expulsión pues *“debe ofrecérsele una oportunidad adecuada de exponer sus razones a favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 PIDCP)”*. También debe ser oído el perjudicado por el delito, en especial si la expulsión frustra, de existir, las expectativas de resultar indemnizado.

Cuando la pena sea igual o superior a seis años, los Jueces y Tribunales acordarán en sentencia la expulsión cuando se acceda al tercer grado o se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de condena, pero en este caso, sí se les permite tener en cuenta, motivadamente, las circunstancias personales o la naturaleza del delito para el cumplimiento excepcional de la pena en España. No obstante, debe solicitar la expulsión el Ministerio Fiscal y en el precepto no queda muy claro cual es el trámite a seguir para tener en cuenta el informe de Instituciones penitenciarias, pues si la decisión debe adoptarse en sentencia, como parece deducirse del texto, difícilmente puede emitirse este informe con carácter previo a la condena. Más bien parece que lo que el anteproyecto quiere decir es que sea en el momento de alcanzar el tercer grado o entender que se tienen cumplidas tres cuartas partes de la sentencia, cuando se debe pedir el informe. Es en la sentencia donde se puedan valorar adecuadamente las circunstancias personales del condenado para decidir si en el momento de acceder al tercer grado o extinguir las tres cuartas partes de condena, está justificado el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España, por lo que en este punto la reforma se considera acertada.

El tercer párrafo del artículo, por afectar sólo al primer párrafo y no al segundo, debería encontrarse a continuación de aquél, ya que la expulsión y la

inaplicación de los arts. 80 y 83 del CP sólo puede entenderse en caso de ordenarse la expulsión inmediata en la sentencia.

La medida de expulsión va acompañada, para una mayor eficacia, del archivo de cualquier procedimiento que tuviere por objeto la autorización para residir o trabajar en España. No obstante, debe entenderse que el precepto se refiere siempre a un procedimiento administrativo por lo que sería conveniente el que el texto expresamente lo mencionase para evitar posibles equívocos.

En el párrafo segundo se establece que el expulsado no podrá regresar a España en el plazo de diez años, **cambiando la regulación actual que gradúa tal prohibición en función de la duración de la pena impuesta, solución ésta que puede entenderse como más adecuada en atención al necesario respeto a los Derechos Humanos y en consonancia con lo previsto en el art. 58 de la LO 4/2000.** Además, sería conveniente relacionar dicho plazo con los de prescripción de la pena indicados en el art. 133 CP, pues podría darse el caso de que delitos muy graves con penas muy elevadas (más de doce años de pena privativa de libertad) quedarán sin sanción efectiva al reducirse el tiempo de expulsión a un plazo muy inferior al de duración de la pena o plazo de prescripción, mientras que, por el contrario, delitos sancionados con penas menos graves podrían suponer una prohibición de regresar a España muy superior a la pena impuesta o a la prescripción de la misma. Ha de tenerse en cuenta que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen y que la Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

En el apartado 3 se prevé que la autoridad gubernativa devuelva al extranjero que intente quebrantar la decisión judicial de expulsión, empezando a contar de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, medida de evidente carácter disuasorio. No se contemplan las consecuencias que la entrada efectiva en España puede tener, situación perfectamente posible en la

práctica y que antes suponía el cumplimiento íntegro de las penas impuestas, con el problema de no existir regla concreta de conversión del periodo de no estancia en España a efectos de su abono. Se podría acudir, por tanto, a lo dispuesto, con carácter general, en el art. 58.2 a) de la LO 4/2000 que permite la devolución de los extranjeros, sin tramitación de expediente de expulsión cuando, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, pero no olvidemos que aquí nos encontramos con una sanción administrativa, mientras que el art. 89 CP se refiere a una medida acordada en sustitución de una pena.

Por último, el art. 89.4 en su anterior redacción excluía de la aplicación de lo establecido en los apartados anteriores a los extranjeros condenados por la comisión de delitos de los arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal. La falta expresa de referencia a los mismos nos lleva a pensar que la voluntad del legislador es que no existan excepciones salvo aquellas que puedan tener entrada a través de la decisión motivada del Juez o Tribunal en la sentencia teniendo en cuenta la naturaleza del delito, tal y como prevé el párrafo primero del apartado 1 del artículo, pero no hay que olvidar que la expulsión en los delitos citados no hace sino favorecer al delincuente que a través de esta medida puede reiniciar su actividad encaminada al tráfico ilegal de personas, por lo que este Consejo General del Poder Judicial estima conveniente el conservar el apartado 4 del art. 89 en su actual redacción, en concordancia con lo establecido en el art. 57.8 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El art. 108 del Código Penal se modifica siguiendo los criterios establecidos en el art. 89. Así se impone como obligatoria la medida de expulsión del extranjero no residente legalmente en España, en sustitución de cualquier otra que le fuera aplicable, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España. Por lo tanto,

las observaciones que procede hacer son las ya efectuadas en relación con la modificación del art. 89.

En primer lugar, deberían tenerse en cuenta las circunstancias personales del extranjero para que el Juez o Tribunal pueda, motivadamente, no acordar la expulsión, buscando la integración armónica con los postulados connaturales a toda medida de seguridad, pues resulta imprescindible supeditar su acuerdo a que resulta aconsejable la adecuada prevención de la peligrosidad del extranjero. Además convendría, con mayor motivo si nos hallamos en presencia de una medida de seguridad, el moderar el plazo de prohibición de regresar a España en función de las circunstancias personales, del delito cometido y de la medida que se hubiera impuesto de no tratarse de un extranjero. Debería en su caso, y dado que con frecuencia puede tratarse de inimputables, garantizarse la audiencia del representante legal de los mismos.

3. Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El **artículo segundo** del anteproyecto, procede a modificar determinados artículos de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El apartado primero se limita a la reforma del **apartado 4 del art. 57** de la citada ley para introducir un último párrafo acorde con el nuevo art. 89 del Código Penal en el que se prevé que la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años o a pena superior, cuando acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de condena, llevará consigo *“el archivo de cualquier procedimiento que tuviere por objeto la autorización para residir o trabajar en España”*, manteniendo *“la extinción de cualquier*

autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado”.

Mayor trascendencia tiene la reforma del **art. 57 apartado 7** en el que se regula la autorización de expulsión. En primer lugar se prevé la concesión de la autorización por el Juez incluso cuando el extranjero se encuentre inculcado en un procedimiento por falta o cuando se prevea una pena de naturaleza distinta de la de prisión. La medida solicitada al juez, tiene un carácter administrativo-sancionador y, por lo tanto, no es necesaria la condena penal, sino que basta con que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta, estando permitida la expulsión por el art. 3.1. b) de la Directiva 2001/4//CE del Consejo (existencia de sospechas fundadas de que un nacional de tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos). Supone la renuncia al *ius puniendi* siguiendo un criterio de oportunidad que da preferencia a la actividad administrativa frente a la jurisdiccional. La justificación deriva del fraude que implica la comisión de delitos para demorar la expulsión del país, siendo el único supuesto de sustitución del proceso previsto en nuestro ordenamiento.

Es necesario que se trate de un extranjero procesado o inculcado, de donde se deduce que debe existir auto de procesamiento o escrito de acusación, pues antes de esta fase es improcedente, entre otras razones, porque no se contará con elementos suficientes para motivarlo adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional más reciente. La sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000 así lo prevé para las diligencias previas.

Dado que en el juicio de faltas no existe acto formal de imputación y sin que sea posible asimilar a la misma la simple denuncia o la querella, no parece razonable incluir en el artículo que comentamos la referencia a las faltas ya que además, formulada la acusación en el acto mismo del juicio, una vez concluidas las fases de alegaciones y prueba, tan sólo resta dictar sentencia y, por lo tanto, la medida de expulsión debería

acordarse al amparo de lo previsto en el art. 89 del CP, si procediera la sustitución de la pena impuesta, o en el art. 108 del CP, si se acordase la expulsión como sustitutiva de una medida de seguridad. Por otra parte, la previsión contenida en los arts. 962 y siguientes de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que los juicios de faltas se tramiten como juicios rápidos, hace que en la práctica no pueda procederse a la expulsión.

En cualquier caso es evidente que **el sólo hecho de estar procesado o inculcado en un procedimiento no puede ser causa de la expulsión**. Así se deduce de la redacción del precepto en el que expresamente se alude, por una parte, a que tal hecho debe estar acreditado en el expediente administrativo de expulsión, y por otra, a que el juez “autorizará” la expulsión, pues la misma tiene lugar en el ámbito administrativo y no en el judicial. El artículo 57.7 debe ser interpretado en su conjunto y del análisis del mismo resulta que las únicas causas por las que se puede, en su caso, acordar la expulsión son las tipificadas como muy graves en el art. 54 de la LO o las graves de los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53, así como la del propio art. 57.2, **haber sido condenado el extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados**. Al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de enero, advierte que la resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero encartado, no puede ser calificada como una sanción y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2000, siguiendo la doctrina de otras sentencias de la misma Sala (23 de enero de 1998), del Tribunal Supremo (15 de marzo, 10 de mayo, 18 de noviembre y 18 de diciembre de 1996) y del Tribunal Constitucional (174/1985, 175/1985, 229/1988 y 3/1990), señala la imposibilidad de expulsión por el mero hecho de estar implicado en un procedimiento penal, aún no juzgado, pues previamente debe verificarse si se vulneró o no la presunción de inocencia.

Dado que pueden existir dudas sobre el alcance del precepto sería conveniente el buscar una redacción que permita dejar muy claro que el procesamiento o la inculpación no son causa para decretar o autorizar la expulsión que siempre debe obedecer a causas previstas en la Ley Orgánica y ya citadas y previamente constatadas en el procedimiento administrativo de expulsión.

Conforme a la doctrina constitucional antes expuesta (STC 1242/1994), resulta indispensable dar traslado a las demás partes personadas e inexcusable oír al interesado, siendo razonable el fijar un breve plazo, nunca superior a tres días, para que el juez autorice la expulsión, salvo que motivadamente aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

Si la letra a) del apartado 7 del art. 57 se refiere a la expulsión, la letra b) contempla la autorización para la salida del territorio español, de naturaleza voluntaria y que no presenta problemas especiales una vez que se adopten las cautelas previstas en la Ley de enjuiciamiento Criminal, debiendo extender el trámite de audiencia a las partes personadas.

Por último, se da una nueva redacción al **apartado 1 del art. 62** fundamentalmente para completar el necesario deber del juez de motivar el auto por el que acuerda el internamiento del extranjero incurrido en un procedimiento de expulsión teniendo en cuenta *las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes*. Con ello se sigue lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 96/1995 en la que, citando las sentencias 115/1987 y 144/1990, expresa la necesidad de cumplir “*lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 18 de junio de 1971 (caso De Wilde, Ooms y Versyp) de que toda persona privada de su libertad con fundamento o no, tiene*

derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal. La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando que la detención presente un carácter arbitrario”.

IV . EL DELITO DE LESIONES POR MUTILACIÓN GENITAL

El art. 149 CP es modificado para introducir un apartado 2 en el que se castiga con la misma pena de seis a doce años de prisión la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones, práctica delictiva surgida de la integración social de los extranjeros en España, que debe combatirse con firmeza por atentar contra la dignidad de la persona humana, incluso imponiendo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado para el interés del menor o incapaz, dado que con frecuencia son los padres, tutores o guardadores de los mismos quienes por razones religiosas o culturales, que no pueden ser tenidas en cuenta, realizan estas conductas.

Por ello, y con el fin de garantizar la sanción penal, este Consejo General del Poder Judicial llama la atención sobre la conveniencia de reformar el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para incluir entre los delitos sobre los que se extiende la jurisdicción penal española, cualquiera que fuere el lugar de comisión del mismo, el de mutilación genital, cuando es cometido por personas que residen legalmente en España y que se sustraen a la justicia española desplazándose al extranjero para la comisión del delito. Sólo así se podrá evitar la práctica frecuente de que los padres o guardadores se desplacen temporalmente hasta sus países de origen, o aprovechen periodos vacacionales, para obligar a los menores a someterse a este tipo de mutilaciones.

V. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El artículo tercero del anteproyecto procede a reformar las normas de derecho internacional privado aplicables a la nulidad, la separación y el divorcio, comenzando por el cambio de la rúbrica de I Capítulo XI del Título IV del Libro I del Código Civil que pasa a ser la de “Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio” y modificando el párrafo segundo del art. 9.2 del CC. simplemente para introducir en él la necesaria referencia a la nulidad matrimonial que, junto a la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107.

Es éste precepto el que sufre una mayor modificación. Así, comienza señalando que *“la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”* eliminando los problemas derivados de la falta de mención de la nulidad en la anterior redacción y que se solucionaba generalmente, no por la vía de la extrapolación de las soluciones previstas en el art. 107.1, por no existir identidad de razón, ya que la nulidad afecta a la validez intrínseca del matrimonio por falta de algún requisito esencial, mientras que la separación y el divorcio presuponen un matrimonio válido y eficaz, afectado por una posterior crisis conyugal, sino asumiendo que la única ley aplicable debe ser la que regule el requisito de validez del matrimonio, al relacionar el art. 49 con el 9.1 del CC según el cual la ley personal rige la capacidad y el estado civil de las personas.

Justificada suficientemente la necesidad de la reforma del apartado 2 del art. 107 en la memoria que acompaña al anteproyecto, sólo queda afirmar que este Consejo General del Poder Judicial valora positivamente la modificación especialmente en cuanto supone el permitir, a través de la ley española, el acceso a la separación y el divorcio en aquellos casos en los que la ley aplicable no lo hacía posible o lo hacía de forma discriminatoria, pues

con ello se da cumplimiento a cuanto establecen los artículos 2 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al reconocer la igualdad de derechos y libertades sin distinción alguna por razón de sexo, también en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio y a lo previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en cuyo art. 16 se obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y, en particular, asegurar los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

VI. DISPOSICIONES FINALES

La Disposición final primera del anteproyecto atribuye carácter de Ley ordinaria al artículo tercero, que se dicta al amparo de lo previsto en el art. 149.1.8ª de la Constitución, pudiendo haberse evitado la misma si la reforma del Código Civil se hubiera llevado a cabo en otra ley, con lo que se evitarían problemas de seguridad jurídica, pues el único punto de conexión entre la reforma del Código Penal y la Ley de extranjería, por un lado, y la del Código civil, por otro, es la mejor protección e integración de los extranjeros.

Dada la naturaleza e importancia de la reforma, número de preceptos afectados y los cambios sustanciales que se introducen en muchos de ellos, **parecería oportuno el evitar la inmediata entrada en vigor de la ley, por lo que se aconseja conceder al menos el periodo de “vacatio legis” previsto en el art. 2 del Código Civil**, lo que garantizaría la suficiente publicidad y conocimiento de la norma.

INDICE

OBSERVACIONES al texto del ANTEPROYECTO	5
I. MEDIDAS DE SEGURIDAD CIUDADANA	5
1. Consideraciones preliminares	5
2. Artículo 13 del Código penal. Distinción entre faltas y delitos	6
3. Reiteración delictiva y habitualidad en el delito	7
3.1. Reiteración delictiva. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor	7
3.2. Consideraciones generales previas al examen de los tipos de habitualidad	11
3.3. Los tipos de habitualidad en el Anteproyecto informado	14
3.4. Dificultades prácticas del sistema propuesto: enjuiciamiento inmediato de las faltas	19
4. La multirreincidencia	20
4.1 La multirreincidencia en el Anteproyecto	20
4.2. La doctrina constitucional sobre la agravación por reincidencia como circunstancia de individualización judicial de la pena. La STC 150/1991.	23
4.3. La multirreincidencia examinada ahora como elemento del tipo agravado	25
5. Otras posibles soluciones al problema	29
5.1. Modificación del tratamiento del concurso real	29
5.2. Multirreincidencia y Medidas de seguridad	29
5.3 . Dificultades prácticas del sistema propuesto	30
II. MEDIDAS RELATIVAS A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA	30
1. El delito de violencia habitual en el ámbito familiar	30
1.1 La necesidad de reforma del tipo vigente y la nueva ubicación sistemática	30
1.2. Ampliación del círculo de sujetos pasivos	32
1.3. Privación de derechos como pena accesoría	34
2. El nuevo delito de violencia doméstica no habitual. El artículo 153 CP34	

3. Circunstancia mixta de parentesco.....	37
III. INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS	38
1. El delito de inmigración clandestina	38
2. Expulsión de extranjeros	46
3. Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.	51
IV . El delito de lesiones por mutilación genital	55
V. Reforma del Código Civil en materia de Derecho internacional privado ..	56
VI. Disposiciones Finales	57

Y para que conste, extendiendo y firmo la presente en Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil tres.