

APORTACIONES AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA (121/000052) POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

Enero 2010



FEDERADA EN
RED **acoge**

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

ENMIENDAS AL ARTÍCULO DECIMOSÉPTIMO				
Artículo	Apartado	Párrafo	Parte	ENMIENDA PROPUESTA
89	1		1ª	DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar la primera parte del apartado 1 del artículo 89, que quedaría así: 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero <i>que no se encuentre</i> legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio fiscal, del penado <i>y de las demás partes personadas</i>, por su expulsión del territorio nacional <i>y por la prohibición de regresar al mismo en la forma establecido en el apartado 2.</i> FUNDAMENTACIÓN: Este precepto deberá aplicarse a quienes <i>no se encuentren legalmente en España, no a quienes no residan, pues son conceptos jurídicos diferentes</i>: según la Ley de Extranjería, <i>residentes</i> son quienes tienen Autorización de Residencia temporal o de larga duración. Los estudiantes y quienes se encuentren el periodo de estancia quedan fuera de este concepto (no son <i>residentes</i>), pero no por ello pueden ni deben ser equiparados a las personas en situación irregular a efectos de la aplicación de este precepto, como hace el texto del Proyecto de Ley. Véanse los artículos 30, 33 y 30 bis de la Ley de Extranjería. Por otro lado, resulta imprescindible escuchar también a las demás acusaciones personadas, como será el caso de la acusación particular. Finalmente, también la prohibición de entrada es parte del sustitutivo penal, no sólo la expulsión.
89	1		2ª	DE MODIFICACIÓN: Se propone la modificación de la segunda parte (desde el primer punto en adelante) del apartado

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

			primero, que quedaría como sigue: La expulsión <i>se acordará</i> salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal <i>y demás partes personadas</i>, de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España <i>o que concurren en el condenado circunstancias personales, sociales o familiares que desaconsejen su expulsión del territorio nacional</i>. FUNDAMENTACIÓN: Aparte de introducir la audiencia de las otras partes personadas, a fin de garantizar la igualdad de las partes, se corrige la referencia a la <i>expulsión preferente</i> para no confundirla con el concepto de la expulsión <i>por el procedimiento preferente</i> de la Ley de Extranjería, entendiéndose que lo que se quiere decir en el Código Penal es que se da preferencia a la medida de expulsión, siendo por ello más correcta la redacción propuesta. Por otro lado, proponemos que deba acordarse la expulsión atendiendo no sólo a las circunstancias del hecho, sino también a las del culpable, a fin de evitar expulsiones indebidas; por ejemplo, de padres de ciudadanos españoles, o de parejas de españoles, o de personas carentes de arraigo alguno en sus países, o de personas procedentes de países en conflicto, etc. Así se ha pronunciado tanto el Tribunal Supremo (SSTS 514/2005 de 22 de Abril; 366/2006 de 30 de Marzo; 710/2005 de 7 de Junio); como el TEDH (sentencias de 21/06/88; 18/12/91; 07/07/89; 26/03/92; 15/11/96; 11/07/00; 02/08/01; 06/03/01 y 31/10/02).
89	2		DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar el apartado 2 del artículo 89, que quedaría redactado así: 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo <i>ordinario máximo de cinco años, o de diez cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, a contar</i> desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

				FUNDAMENTACIÓN: La reforma de la Ley de Extranjería por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, supone que no hay un plazo mínimo de prohibición de entrada (antes fijado en 3 años), así como que se reforma el plazo máximo. Y siempre debe tenerse en cuenta que pueden sustituirse penas privativas de libertad leves, como la localización permanente (art. 33.4 y 35 del CP).
89	4			DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar el apartado 4 del artículo 89 , que quedaría redactado así: 4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. <i>Caso de cumplir la pena, deberá descontarse de la misma un día de privación de libertad por cada semana fuera del país.</i> No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será obligado a retornar por la autoridad gubernativa. FUNDAMENTACIÓN: Debe establecerse alguna regla de conversión para computar el tiempo que la persona extranjera ha estado fuera del país cumpliendo el sustitutivo penal, evitando así el <i>non bis in idem</i> , es decir, cumplir pena sustituida y sustitutivo penal. El art. 88 del CP lo prevé para otros sustitutivos, no entendiéndose porque aquí no aparece. Si la persona extranjera pretende entrar por el puesto fronterizo, pesando sobre ella una prohibición de entrada, lo que procede es su retorno (artículos 26 y 60 de la Ley de Extranjería) y no la expulsión, que además supondría la incoación de un procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías y la necesidad de que el extranjero entre en el país. Finalmente, no deberá reiniciarse el cómputo de la prohibición de entrada, pues la actuación del extranjero que debe retornar al serle denegada la entrada no es objeto de sanción, es decir, no es un supuesto equiparable a los casos de expulsión o devolución.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

89	5			DE SUPRESIÓN: Se propone la supresión del apartado 5. FUNDAMENTACIÓN: Es una vulneración del <i>non bis in ídem</i>. Cuando la persona extranjera se encuentra en el último periodo de cumplimiento de la pena, se le sustituye este último periodo por expulsión y prohibición de entrada. Es decir, se cumple la pena casi en su integridad y, además, el sustitutivo penal. El art. 197 del Reglamento Penitenciario ya prevé el cumplimiento del último periodo de la condena del extranjero no residente legalmente en su país de origen.
89	6	1º		DE ADICIÓN: Se propone modificar el párrafo 1º del apartado 6 del artículo 89, añadiendo lo siguiente: 6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. <i>En cualquier caso, la expulsión habrá de ejecutarse antes del plazo de 60 días desde que estuviere cumpliendo condena.</i> FUNDAMENTACIÓN: Para evitar el <i>non bis in ídem</i>. No debería cumplirse parte de la pena y después aplicar el sustitutivo penal. Por ello, la expulsión no debería producirse mas allá de los 60 primeros días, plazo máximo de internamiento. En ese sentido la D.A. 17ª de la LOPJ, introducida por la LO 19/2003, que pese a establecer el plazo de 30 días, debe entenderse prorrogable.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

ENMIENDAS AL ARTÍCULO DECIMOOCITAVO				
Artículo	Apartado	Párrafo	Parte	ENMIENDA PROPUESTA
96	3			DE SUPRESIÓN: Se propone la supresión del número 2º del apartado 3: 3. Son medidas no privativas de libertad: [...]. 2.ª La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. FUNDAMENTACIÓN: La expulsión no puede ser nunca una medida de seguridad, por cuanto no cumple con las finalidades ni fundamentos de las mismas.

ENMIENDAS				
Artículo	Apartado	Párrafo	Parte	ENMIENDA PROPUESTA
108				DE SUPRESIÓN: Se propone la supresión del artículo 108 CP completo.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

				FUNDAMENTACIÓN: Por el mismo fundamento que la anterior enmienda: la expulsión no puede ser nunca una medida de seguridad, por cuanto no cumple con las finalidades ni fundamentos de las mismas.
318 bis	1			DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar el apartado 1 del art. 318 bis , que quedaría redactado así: 1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. FUNDAMENTACIÓN: Desaparece el favorecimiento de la inmigración clandestina, ya que esos supuestos van al artículo 54.1 b) de la Ley de Extranjería, en aras del principio de intervención mínima. Quedando en el artículo 318 bis sólo los actos de tráfico, es decir, la utilización de la persona como mercancía aun cuando sea con su consentimiento, pero sin los fines propios de la trata (que irían al 177 bis). Así quedarían de una vez por todas deslindados los ámbitos de aplicación, ya que con la redacción actual nunca podríamos aplicar el art. 54.1 b) de la Ley de Extranjería, que exige ánimo de lucro, pues todas sus conductas, al menos en cuanto al favorecimiento de la inmigración irregular, estarían a su vez incluidas en el art. 318 bis, rigiendo el principio de preferencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo sancionador.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

ENMIENDAS AL ARTÍCULO TRIGÉSIMO SEXTO				
Artículo	Apartado	Párrafo	Parte	ENMIENDA PROPUESTA
177 bis	3			DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar el apartado 3 del artículo 177 bis, que quedaría redactado así: 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos <i>se considerará viciado</i> cuando se haya recurrido a los medios, <i>formas o modos</i> indicados en el apartado primero de este artículo. FUNDAMENTACIÓN: Más que hablar de consentimiento irrelevante, lo que existe es una ausencia de consentimiento libre por estar este viciado.
177 bis	4			DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar el apartado 4 del artículo 177 bis, que quedaría redactado así: 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad <i>o incapaz</i>; c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o situación. Si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena <i>resultante en su mitad superior</i>. FUNDAMENTACIÓN: La pena superior en grado ya está prevista ante la concurrencia de esas circunstancias, volverla a elevar sería una hiper-agravación.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

				Para asimilarla al art. 318 bis.3 (que será con la reforma apartado 2), que equipara al menor y al incapaz a efectos de protección.
177 bis	5			DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar la redacción del apartado 5 del artículo 177 bis, que quedaría redactado así: 5. Se impondrá la pena superior en grado <i>a las previstas en los apartados anteriores de este artículo</i> e inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. FUNDAMENTACIÓN: De referirse sólo a la pena superior en grado, no se tendrían en cuenta los otros supuestos de agravación. Le costaría lo mismo, incluso si concurriesen varios de los supuestos del apartado 4º.
177 bis	6			DE MODIFICACIÓN: Se propone modificar la redacción del apartado 6 del artículo 177 bis, que quedaría redactado así: 6. Se impondrá la pena superior en grado <i>a las previstas en los apartados anteriores</i> de este artículo, e inhabilitación <i>absoluta</i> para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate 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. FUNDAMENTACIÓN: De referirse sólo a la pena superior en grado, no se tendrían en cuenta los otros supuestos de agravación.

ENMIENDAS DE LA FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

				Le costaría lo mismo, incluso si concurriesen varios de los supuestos del apartado 4º, e incluso si concurriese el 5º.
177bis	9			DE MODIFICACIÓN: Se propone la modificación del apartado 9, que quedaría redactado así: 9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, <i>por los demás delitos efectivamente cometidos.</i> FUNDAMENTACIÓN: La aplicación del art. 318 bis supondría una infracción del <i>non bis in ídem</i>, ya que también valora la existencia de un tráfico de personas.