



REPRESENTACIÓN PERMANENTE DE ESPAÑA
ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES
GINEBRA

La Embajadora Representante Permanente

OHCHR REGISTRY

19 MAR 2015

Recipients : *SLB*
.....
.....
.....

AMM/LAR.013-2015

- Sr. David Kaye, Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión
- Sr. Maina Kiai, Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación
- Sr. Ben Emmerson, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos
Palais Wilson
GINEBRA

Estimados Sres. Relatores,

Ginebra, 19 de marzo de 2015

En relación a su carta del 17 de febrero acerca de la reforma del Código Penal, adjunto les remito el documento elaborado por mi Gobierno en respuesta a las cuestiones planteadas en dicha misiva.

Aprovecho para trasladarles el malestar de las autoridades españolas por la dureza y parcialidad exhibida por ustedes en su comunicado público del 23 de febrero, junto con los autores de otra carta referida a la reforma de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

Lamentamos que el interés denunciador les llevara a pronunciarse sobre un proceso de reforma sobre el que, en lo referido a la cuestión de la tipificación del terrorismo, no se habían pronunciado con anterioridad.

Nos parece de mayor gravedad que, para lograr una mayor atención, su comunicado llevara como título "dos proyectos de reforma legal socavan los derechos de manifestación y expresión en España", afirmación falsa y que, en todo caso, debería estar indicada en su forma condicional o hipotética (podrían socavar o socavarían de ser aprobados) y que además cuestiona los mecanismos de control constitucional y de los derechos humanos existentes en España.



REPRESENTACIÓN PERMANENTE DE ESPAÑA
ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

GINEBRA

La Embajadora Representante Permanente

AMM/LAR.013-2015

Además el comunicado comienza con una exhortación a derogar los proyectos de ley en cuestión. Resulta cuando menos sorprendente que unos titulares de procedimientos especiales soliciten públicamente la retirada de un proyecto legislativo complejo, como es la reforma de un Código Penal, que incluye varias modificaciones que responden a recomendaciones realizadas por otros titulares de procedimientos especiales y órganos de tratados, así como en el Examen Periódico Universal. Por citar sólo uno, la reforma del Código Penal que su comunicado de prensa nos insta a retirar, incluye la tipificación como delito autónomo de la desaparición forzada, recomendación del Grupo de desapariciones forzadas, del Relator de verdad, justicia, reconciliación y no repetición, y del Comité contra las desapariciones forzadas. Esta falta de coordinación nos parece preocupante y por ello nos permitimos remitir copia de esta carta a los mandatos y órganos mencionados para su conocimiento.

Quedo como siempre a su disposición para cualquier otra aclaración o información adicional que puedan necesitar.

Atentamente,

Ana María Menéndez

INFORMACIÓN RELATIVA AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL SOLICITADA POR LOS RELADORES ESPECIALES SOBRE LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN, SOBRE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE ASOCIACIÓN Y SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO .

1.- RESPECTO AL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN PACÍFICA

Actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El mencionado Proyecto fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el día 21 de enero de 2015, encontrándose por lo tanto, en fase de **tramitación en el Senado**. Se ha cerrado el plazo de presentación de enmiendas en dicha Cámara, por lo que es inminente la votación por el Pleno.

La reforma del Código Penal – en relación con los tipos penales a los que se refiere el presente informe - tiene por objeto **definir con mayor precisión** el concepto de “alteración del orden público” a partir de la referencia al sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre cosas y personas.

Por ello, **la sanción penal se limita a los que actuando en grupo o individualmente, pero amparados en él, alteran la paz pública**, ejecutando “actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas” o amenazando a otros con llevarlos a cabo, así como a quienes incitan a ejecutar tales acciones.

Esta regulación, no sólo es respetuosa con los derechos y libertades democráticos, sino que precisamente **garantiza que derechos constitucionales, como son el derecho de manifestación o la libertad de expresión, puedan ejercitarse libremente por los ciudadanos, en un espacio en el que no se utilice la violencia,**

contribuyendo al necesario diálogo que debe existir en un Estado social y democrático de Derecho.

De esta forma, la modificación del artículo 557 del Código Penal, gira en torno a **“la alteración del orden público que se produce como consecuencia de actos de violencia”**, agravándose las penas en aquellos casos que resultan especialmente peligrosos como son los supuestos, entre otros, de utilización de explosivos, lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables o su ejecución en una manifestación o reunión numerosa.

En el mismo sentido, **la tipificación de la distribución o difusión pública de mensajes o consignas que inciten a la comisión de delitos contra el orden público en modo alguno pretende penalizar la crítica política, ni la opinión, sino que precisamente garantiza su ejercicio** en un “clima de diálogo sin violencia”. Por esta razón, **la norma penal se limita a sancionar la incitación a la realización de actos especialmente violentos de alteración del orden público** (artículo 559) pues se vincula al supuesto agravado que regula el artículo 557 bis, es decir, actuaciones que conllevan un “grave peligro para la vida o la integridad de las personas”.

En concreto, las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en los delitos de alteración del orden público son las siguientes:

<< 1º. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.

2º. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

3º. Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas.

4º. Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje.

5º. Cuando el autor del hecho se prevalliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público

6º Cuando se lleven a cabo con ocultación del rostro y así se dificulte la identificación de sus autores>>.

Como puede observarse, **las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, no afectan a los ciudadanos que se manifiestan pacíficamente**, sino a los “grupos violentos organizados” que ejecutan actos de violencia o incitan a su ejecución durante una manifestación o reunión. Se trata de una regulación que **garantiza el pleno y efectivo goce de la libertad de reunión y manifestación pacífica**. Por ello, la calificación de una manifestación o reunión como numerosa, a efectos de la aplicación de la agravante, deberá ser efectuada por los Jueces y Tribunales, en el caso concreto, atendido el peligro que conductas de grupos violentos pueden generar en un entorno en el que se congregan un gran número de personas.

Llegados a este punto, debemos recordar que el derecho de reunión, según ha reiterado el Tribunal Constitucional Español, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real y objetivo –lugar de celebración– (por todas, STC 85/1988 [RTC 1988, 85]).

En lo concerniente a su límites, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de reunión «**no es un derecho absoluto o ilimitado**, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites, entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE –**alteración del orden público con peligro para personas y bienes**–, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales», lo que también se deduce del art. 10.1 CE (STC 42/2000, de 14 de febrero; SSTC 2/1982, de 29 de enero , F. 5; 36/1982, de 16 de junio ; 59/1990, de 29 de marzo , FF. 5 y 7; 66/1995 , F. 3; y ATC 103/1982, de 3 de marzo , F. 1).

Además, la Jurisprudencia constitucional indica que los Jueces y Tribunales, en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, deben **analizar de forma proporcionada todas las circunstancias** en las que se ejercitan los derechos fundamentales de reunión y manifestación y el grado de cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 21 de la Constitución (que la reunión sea pacífica y que se anuncie a la autoridad el ejercicio de este derecho) (STC 59/1990, de 29 de marzo).

En relación con la invasión u ocupación de un establecimiento abierto al público (artículo 557 ter), debemos recordar que estas conductas, ya se encuentran recogidas en el actual artículo 557 del Código Penal vigente, en el que se contemplan penas de prisión (seis meses a tres años) mucho mayores que las previstas en la reforma ahora proyectada (prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses). Además, la nueva regulación, exige que se cause una **“perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal”**. De nuevo, serán los órganos judiciales, **desde la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional**, los que deberán valorar, en atención a las circunstancias del caso, la relevancia de la invasión u ocupación de una entidad abierta al público, respecto al normal ejercicio de su actividad.

Por último, debemos recordar que en el ámbito del *derecho comparado*, en la regulación de los delitos contra el orden público, encontramos recogidos los actos de violencia contra personas o cosas, así como la incitación a la ejecución o participación en tales actos, sancionando penalmente la distribución, exposición o exhibición pública de información que incite a la ejecución de un delito contra el orden público.

Cambios en relación con el Proyecto inicial:

Se ha retirado del Proyecto, en el trámite del Congreso, el artículo 560 bis que tipificaba la conducta de quienes actuando individualmente, o mediante la acción concurrente de otros, llevaran a cabo acciones de interrupción del funcionamiento de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público.

En cuanto a la referencia en el escrito de los relatores a la agravante del atentado cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión

numerosa o con ocasión de alguna de ellas, (artículo 551.4º CP), hay que poner de manifiesto que el Grupo Parlamentario Popular ha presentado una enmienda por la que se retira esa circunstancia agravada, justificando la retirada ya que la pena podría resultar en algunos casos desproporcionada, quedando pendiente por lo tanto, la tramitación de esa enmienda y del resto de las presentadas en el Senado, de manera inmediata.

En conclusión, la nueva regulación de los delitos contra el orden público que contiene el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, **tras los ajustes y las supresiones explicadas**, tiene por objeto la modernización de la regulación vigente, que pasa a ser más clara y se reserva a los supuestos más graves de actuaciones con las que se ejecutan o incita a la ejecución de actos de violencia; se altera de forma grave la prestación de un servicio o se perturba de forma relevante la normal actividad de un establecimiento abierto al público.

De esta forma, **se garantizará que los derechos constitucionales de manifestación y la libertad de expresión, sean ejercitados libre y pacíficamente por los ciudadanos**, en un espacio en el que no se utilice la violencia.

2.- DELITOS DE TERRORISMO Y DESÓRDENES PÚBLICOS

Los Relatores Especiales de Naciones Unidas han mostrado su preocupación por la nueva regulación de los delitos de terrorismo y desordenes públicos en la reforma del Código Penal que se encuentra en tramitación en las Cortes Generales.

En relación con los delitos de terrorismo entienden que tal y como están redactados en el proyecto de reforma (en particular los artículos 573, 575, 577, 578 y 579) podrían dar lugar a abusos y violaciones potenciales de los derechos humanos, como por ejemplo del derecho a la libertad de opinión y expresión, del derecho a la reunión pacífica, del derecho a la libertad de asociación, del derecho al acceso a la información y participar en la gestión de asuntos públicos, incluso mediante internet, del derecho a la vida privada, así como del principio de legalidad, como de los establecidos en los artículos 9, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22 y 25 del pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos ratificado por España en 1977.

En concreto, entienden que en la reforma se da una definición amplia de los actos constitutivos de delito de terrorismo que permitiría incluir conductas que no llegarían a constituir actos de terrorismo, lo que, consideran, sería incompatible con el principio de legalidad.

A este respecto debe señalarse que la definición de delito de terrorismo que se contiene en el proyectado art. 573 del CP, se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 (vida, integridad física, libertad...) constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.ª) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.ª) Alterar gravemente la paz pública; 3.ª) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.ª) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Precisamente el atentado contra los bienes jurídicos señalados, unido a las finalidades descritas que, como queda dicho, recoge la normativa comunitaria, permite acotar, de manera clara y sin imprecisiones ni vaguedades, qué conductas pueden calificarse de infracciones terroristas.

Se critica que se hayan incorporado como delitos de terrorismo, siempre que se den las finalidades antes referidas, los delitos contra la Corona, que, según los Relatores, incluirían injuria y calumnia contra los integrantes de la Familia Real, y los desórdenes públicos.

La incorporación de ambos delitos, contra la Corona y desórdenes públicos, por la naturaleza y bien jurídico que protegen pueden ser considerados delitos de terrorismo siempre que las finalidades que se persigan sean algunas de las ya mencionadas, sin que exista obstáculo legal que permita incardinarlas como tales.

Tampoco debe olvidarse que únicamente los delitos graves, que en nuestro Código Penal son aquellos castigados con penas graves, es decir más de cinco años de prisión (arts. 13 y 33 CP), podrían calificarse como terroristas, quedando excluidas las injurias y calumnias contra integrantes de la Familia Real.

No se explica que el delito de desórdenes públicos, es decir, la conducta consistente en alterar la paz llevando a cabo actos de violencia contra las personas o cosas o amenazando a otros con llevarlos a cabo, con algunas de las agravaciones contenidas en el art. 557 bis (portando armas, causando peligro para la vida de las personas.), pueda llegar a considerarse como una “criminalización de conductas legítimas, como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica”, como afirman los Relatores. En modo alguno, el ejercicio de tales derechos ampara tales conductas.

En otro orden de cosas, los Relatores expresan su preocupación por el castigo de conductas tales como “el adoctrinamiento”, “adiestramiento” o la “capacitación”.

Precisamente la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2008 incide en la necesidad de que los Estados introduzcan en sus respectivas legislaciones penales, como delito terrorista, la captación y adiestramiento de terroristas. A dicha finalidad responde la reforma contenida en la Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código penal en materia de delitos de terrorismo.

Dando un paso más en la lucha contra las nuevas formas de delincuencia terrorista, y cumpliendo la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, que pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar las distintas conductas terroristas, pasa a considerarse delito el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de Internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado infracción penal, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que capacitarse para llevar a cabo delitos terroristas.

Con la redacción del precepto quedarían excluidas aquellas personas que accedan de manera puntual, bien por curiosidad o por estudios de investigación, a dichos contenidos.

Se considera que para una eficaz lucha contra el fenómeno terrorista es preciso adelantar la persecución penal al momento mismo en que se exterioriza la voluntad del sujeto, mediante el acceso habitual a los contenidos precitados, de formar parte o colaborar con el entramado terrorista.

Se sigue, en definitiva, la línea seguida por otros ordenamientos penales que castigan el autoadiestramiento.

Los Relatores Especiales critican que no se defina, de manera clara y detallada, qué se entiende por “acceder de manera habitual” a contenidos que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. En este punto cabe señalar que no corresponde a la ley penal el concretar tales extremos de manera general, debiendo ser en cada caso concreto donde sean objeto de análisis los diferentes contenidos a fin de acreditar que cumplen con las exigencias legales.

Así mismo, los Relatores consideran que la criminalización del “enaltecimiento” o “justificación” del terrorismo, así como la criminalización de expresiones que “entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de delitos terroristas o de su familiares” podría conculcar el derecho a la libertad de expresión.

No se comparte tal aseveración pues, como recoge la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de tres de febrero de dos mil quince, el fundamento de este tipo penal se ubica en la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - SSTEDH de 8-7-1999, *Sürek vs Turquía* , y de 4-12-2003, *Müslüm Gündüz vs Turquía*- y también el Tribunal Constitucional - STC 235/2007, de 7 de noviembre - califican como el "discurso del odio", es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica, en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre. Porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia

más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

En definitiva, la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el 3 de febrero de 2015 y que actualmente se encuentra en fase de tramitación en el Senado, es conforme con los estándares internacionales de derechos humanos.

3.- AGENDA Y PASOS LEGISLATIVOS PARA EL DEBATE Y POSIBLE ADOPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El 20 de septiembre de 2013, el Consejo de Ministros español aprobó la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El proyecto de ley fue presentado al Congreso el 24 de septiembre de 2013 y se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes el 4 de octubre de 2013.

El plazo de presentación de enmiendas -ya sea relacionado con todo el proyecto o para determinados elementos del mismo- en la Comisión de Justicia del Congreso se prolongó más tiempo de lo esperado, durante más de un año (octubre 2013-noviembre 2014) y finalmente se presentaron 887 enmiendas. Paralelamente tuvieron lugar las audiencias de expertos tanto en la Comisión Constitucional como en la de Justicia.

A raíz de la deliberación en la Comisión de Justicia, que terminó el 16 de enero de 2015, el proyecto de ley fue presentado al pleno del Congreso para su deliberación y adopción. Después de que el proyecto fuera aprobado por el pleno del Congreso el 21 de enero de 2015, el Presidente de la Cámara Baja lo remitió al Presidente del Senado.

En la Comisión de Justicia del Senado el plazo de presentación de enmiendas se amplió una vez y terminó el 18 de febrero 2015 (se presentaron 7 vetos y 1.044

enmiendas). Se prevé que la adopción del proyecto de ley tenga lugar en la sesión plenaria del Senado, que se celebrará el 11 de marzo de 2015.

Las leyes vetadas o enmendados por el Senado, como en este caso, deben ser sometidas al Pleno del Congreso para su consideración final. Actualmente, está previsto que el proyecto definitivo sea aprobado por el pleno del Congreso el 26 de marzo de 2015.