

PLATAFORMA OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE

REFLEXIONES JURIDICAS EN TORNO A LA ANUNCIADA REFORMA PENAL

La reciente comparecencia en el Senado del ministro del interior, Sr. Fernández Díaz, el pasado mes de marzo, para informar sobre las líneas generales de la política de su departamento ha venido a confirmar lo que su colega, el titular del ministerio de justicia, Sr. Ruiz-Gallardón, ya había anunciado en sus comparecencias previas ante la comisión de justicia del Congreso de los Diputados en enero anterior, y ante el mismo Senado dos semanas antes: la inminente puesta en marcha de unas políticas criminales que, con la excusa de proveer a la seguridad de los ciudadanos y de velar por la protección de sus derechos individuales y su libre ejercicio, en realidad enmascaran la aplicación de medidas legislativas de marcado carácter regresivo y contenido represor.

Así pues, si todo se desarrolla conforme tiene anunciado el ministro de interior, antes de que finalice el actual periodo de sesiones, el Gobierno tendrá lista la que será la vigésimo octava reforma del Código Penal en quince años, que afectará fundamentalmente a dos grandes bloques de materias penales, el orden público y la multirreincidencia.

1.- El mantenimiento del orden público mediante el sacrificio de los derechos fundamentales.

*“La mejor garantía de eficacia del derecho penal
–hasta donde puede exigirse ésta–
es el respeto a los derechos fundamentales”.*
Eugenio R. Zaffaroni

El orden público en España viene siendo, en los últimos meses, material de portada de todos los medios de comunicación, nacionales y extranjeros. Los incidentes –graves, muchos de ellos, y algunos hasta fatales– ocurridos en las vías públicas de diversas localidades españolas a partir de la intervención de las fuerzas y cuerpos de la seguridad del estado con ocasión de reuniones y manifestaciones ciudadanas, han provocado la reacción de numerosos medios exigiendo mayores instrumentos represivos y generado la percepción de que la normativa punitiva en vigor para el mantenimiento del orden público es insuficiente y requiere de una reforma tan urgente como contundente. El gobierno de la nación y algún gobierno autonómico, como el catalán, se han puesto a ello de inmediato.

No deja de ser destacable, sin embargo, que los efectos de los diversos sucesos que han afectado al mantenimiento del orden público en nuestro país no se hayan sentido en todo su dramatismo ni sobre los presuntos provocadores ni sobre las fuerzas de seguridad, sino sobre

ciudadanos a quienes –antes de la intervención policial- sólo cabe el reproche de hallarse en el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos¹.

Aunque el ministro del interior en su comparecencia ante el Senado fundamentó la inminente reforma penal en la necesidad de dotar a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado de instrumentos jurídicos eficaces “en orden a la consecución de sus objetivos constitucionales y de una convivencia social pacífica”, los detalles que más tarde se han ido conociendo por las noticias aparecidas en prensa, evidencian una alteración del contenido del injusto y un incremento de la punición que afecta en concreto a los Capítulos II, III y VI del Título XXII del Código Penal, dedicado a los “Delitos contra el orden público”, en términos tales que hacen temer por la desnaturalización de buena parte de las figuras delictivas afectadas y por la ruptura del complicado equilibrio, en esta concreta sede, entre el bien jurídico protegido por la norma penal -concretado tradicionalmente, como ahora veremos, en el principio de autoridad- y los derechos fundamentales de los ciudadanos, reconocidos y amparados en nuestro estado social y democrático de derecho.

La mezcla conceptual en los delitos contra el orden público: en busca del bien jurídico protegido por la norma.

Que el orden público es un concepto ambiguo y controvertido es un axioma admitido con naturalidad entre los juristas, y desde antiguo. Sin necesidad de remontarnos a sus orígenes más remotos, que nos conduciría al año 650 y al “Liber Iudiciorum”, cabe afirmar que hasta la codificación decimonónica en este concepto se englobaban los delitos llamados *políticos*, incluidos en la más amplia categoría de los *crimina laesae maiestatis*, que comprendían cualquier ofensa, incluso la más leve, a la autoridad del soberano.

Los imperativos derivados del nuevo régimen, particularmente la sujeción al principio de legalidad, que presidieron la codificación a lo largo del siglo XIX, no lograron delimitar conceptualmente los tipos englobados en tan nebulosa noción, ni deslindar apropiadamente las diversas figuras delictivas abarcadas. Su ubicación sistemática, oscilando entre los llamados en unos Códigos, delitos contra la seguridad interior del Estado y, en otros, delitos contra el orden público², da cuenta de los vaivenes políticos característicos de aquel siglo, pero no implicó alterar su caracterización, que continuaba basada en criterios de autoridad y jerarquía.

¹ Febrero, 2012, Valencia. Estudiantes de secundaria, menores de edad la mayoría, golpeados y lesionados por la policía autonómica, mientras se manifestaban en defensa de la educación pública. Para el jefe superior de policía de Valencia las cargas policiales estaban justificadas: eran “el enemigo”. Marzo, 2012, Barcelona, numerosos trabajadores detenidos por su participación en piquetes informativos en el barrio del Colt y en el distrito universitario de la ciudad durante la jornada de huelga general, tres de ellos, ingresados en prisión para “prevenir” su eventual participación en la jornada del 1º de mayo; 80 detenidos y decenas de heridos por balas de goma –al menos uno con pérdida de visión de un ojo- por la actuación de los Mossos d’Esquadra durante la manifestación ciudadana que siguió a la jornada de huelga. Abril, 2012, Bilbao. Un hincha del Athletic, Iñigo Cabacas, fallece por “fractura craneal por estallido, con importantes lesiones cerebrales”, a consecuencia del disparo de un Ertxaintza con una bala de goma, tras un partido de fútbol.

² Entre los primeros, el Código Penal de 1822, el de 1848, el de 1850 y el texto refundido de 1944. Entre los segundos, el Código Penal de 1870, el de 1928, el de 1932 y el de 1995. Es clara la identificación de los primeros con las épocas históricas dominadas por el absolutismo o las dictaduras y los segundos con etapas liberales o democráticas.

No será sino hasta fechas tan recientes como 1995, con el Código aprobado por L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, cuando se deslinden con nitidez figuras como el atentado y la resistencia, al tiempo que, paralelamente, se comience por los Juzgados y Tribunales a cuestionar la tradicional vinculación de los delitos contra el orden público con el principio de autoridad o, lo que es lo mismo, a entender el término “autoridad” no en el sentido tradicional, cercano o identificable al concepto “*poder*” y a sistemas políticos de signo autoritario, sino en el más actual y democrático de “*servicio público*”.

Aunque tímida y lentamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue participando de esta tendencia partiendo, desde luego, de un punto de partida de perfecto engranaje con el sistema dictatorial en que se aplicaba la norma. Así, ya en la década de los años '70 es todavía fácil encontrarse en las sentencias con términos como “subordinación” o “acatamiento del poder” o “menosprecio del principio de autoridad”³. Incluso tras la entrada en vigor de la Constitución aún cabe hallar resoluciones, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, ancladas en una línea interpretativa más propia de las décadas anteriores, fundada en la caracterización del bien jurídico protegido como una manifestación de la autoridad en lugar de concebirlo como “la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas”⁴.

No obstante algunas sombras, pausas y paréntesis, las corrientes jurisprudenciales más coherentes con los principios constitucionales se van consolidando para dar paso a doctrinas como la que se contiene en la STS 950/2000 de 4 de junio: “...En una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, *que actúan al servicio de los ciudadanos*, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, *se resentiría la convivencia ciudadana* que se vería seriamente afectada...”.

En suma, con el Código Penal de 1995 promulgado después de varios años de vigencia de la Constitución en el marco de un estado social y democrático de derecho, y con una línea doctrinal y jurisprudencial que avanza y se asienta en la senda descrita, no es razonable ni –por más que se pretenda convencernos de otra cosa- necesario, mantener o pretender retornar a un concepto de orden público alejado de los principios que informan la norma suprema que lo contextualiza y de la realidad social y cultural de la sociedad a la que atiende. La específica protección de que gozan la autoridad y sus agentes no puede entenderse –a estas alturas del siglo XXI- como consecuencia de una situación de superioridad jerárquica respecto del resto de los ciudadanos sino como un mecanismo de garantía del ejercicio de las funciones públicas, entre las que se halla el mantenimiento del orden preciso para el correcto funcionamiento de las instituciones y el cumplido ejercicio de los derechos fundamentales.

³ Como muestra, en la STS de 22 de diciembre de 1970 se puede leer lo siguiente: “... para mantenerse la paz y el orden público dentro de toda sociedad organizada, es indispensable *proteger* a las autoridades y a sus agentes, cuando ejerciten lícita y jurídicamente su función por medio del poder coercitivo de supremacía e imperio que mantienen “*erga subditus*”...”.

⁴ Así lo expresaban ya algunas sentencias, entre otras, SSTS 966/2000, de 5 de junio, 362/2002 de 4 de marzo ó 607/2006, de 4 de mayo.

El proyecto de reforma de los delitos contra el orden público.

Como ya se ha dicho, el objeto concreto de la reforma anunciada en el Título XXII del Código Penal, hasta donde es posible saber en este momento, afectará a tres de sus capítulos y a un número notable de artículos.

En el capítulo II, "De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia" (arts. 550 a 556), la modificación se aplicará a los siguientes tipos:

- El art. 550 en vigor castiga los actos de acometimiento, empleo de fuerza e intimidación o resistencia activa grave. Con la reforma anunciada se quiere incluir asimismo **la resistencia pasiva grave**. Conviene recordar que en este tipo la acción, según la jurisprudencia tiene determinado, consiste en "acometer", "emplear fuerza" "intimidar gravemente" o "resistir gravemente de forma activa", y que estas precisiones semánticas permiten deslindar del atentado, la resistencia y la desobediencia del art. 556. Respecto de las formas de resistencia aquí castigadas, consisten en negarse tenaz y violentamente a cumplir lo que la autoridad o sus agentes ordenan, empleando fuerza contra éstos. Con la introducción de la resistencia pasiva grave, la confusión conceptual, metodológica y sistemática -más allá de otro tipo de consideraciones ajenas a lo jurídico que puede merecer la modificación pretendida-, está servida.

- En el art. 551 las conductas anteriores atienden a la condición del sujeto pasivo, de manera que los atentados contra la autoridad están sancionados con pena de prisión de dos a cuatro años y multa, y si son dirigidas contra **funcionarios y agentes de la autoridad**, la pena abarca de uno a tres años de prisión. Se pretende ahora que la pena mínima prevista en este último caso alcance los **dos años de privación de libertad** a fin de que, sin necesidad de alterar en este momento el contenido del art. 503.1, 1º LECr. quepa interesar y acordar la prisión provisional, en su concepción más rancia y autoritaria, es decir, concibiéndola a modo de pena anticipada, o como castigo directo para el eventual caso de que se termine dictando una sentencia absolutoria⁵. La desmesura e innecesariedad de tal medida se desvela en toda su crudeza si se atiende a que en el art. 7.2 de la ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ya está previsto que "cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán, al efecto de su protección penal, la consideración de autoridad".

- Mediante la reforma del art. 552 se va a considerar como subtipo agravado de los previstos en los artículos anteriores la comisión del delito de atentado, definido en los términos ya dichos, **con ocasión de una reunión o manifestación**, asimilando esta circunstancia, vinculada

⁵ O, como ya se ha indicado se decidió por el Juzgado de Instrucción número 18 de Barcelona respecto de tres de los detenidos durante la huelga general, para impedir a los encarcelados la *reiteración en sus actividades* durante el próximo 1º de mayo y durante la cumbre del Banco Central Europeo a celebrarse en Barcelona también los primeros días del mismo mes.

al ejercicio de derechos constitucionales, al uso de armas, y mereciendo por ello una pena de hasta cuatro años de prisión.

- Con la resistencia a la autoridad cuando no se estime grave, prevista en el art. 556, el **endurecimiento de la pena** resulta tan contundente como desproporcionado: se pretende situar el máximo actual, un año de prisión, como pena mínima llevando la máxima a los tres años de privación de libertad.

En relación con los Capítulos III, “De los desórdenes públicos” (arts. 557 a 561) y VI, “De las organizaciones y grupos criminales” (arts. 570 bis, ter y quáter), la reforma prevé modificar el art. 557 y el 570 bis para considerar miembros de **organizaciones o de grupos criminales** a quienes **alteren gravemente** el orden público o convoquen por cualquier medio, incluido **internet**, manifestaciones o actos violentos.

Es preciso recordar que el desorden público de carácter grave, que es el previsto en el art. 557, exige, de entrada, que se actúe en grupo, lo que implica en su caso la imputación a varias personas sin perjuicio, naturalmente, de las responsabilidades de que individualmente deba responder cada imputado a consecuencia de los desórdenes.

Supuesto y objetivo bien distintos de los previstos el capítulo VI, introducido en el Código Penal con ocasión de su última reforma y situado sistemáticamente en el Título XXII, pese a que el propio legislador de 2010 admitía en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 lo discutible de esta ubicación. En todo caso, su propósito declarado es luchar contra *la criminalidad organizada*, incrementando la penalidad prevista en atención a que las organizaciones y grupos criminales, “además de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de su actividades y de sus miembros, y a la ocultación de su recursos y de sus rendimientos, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”. No es preciso seguir leyendo la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para apreciar lo alejado que se encuentra este “retrato-robot” de las organizaciones y grupos criminales perseguidos por la norma, de los eventuales delitos contra el orden público que pudieran perpetrarse por grupos de personas convocadas a través de las redes sociales a reuniones y manifestaciones, improvisadas o no, en la vía pública. Por no hablar del ataque a la libertad de expresión y comunicación de ideas o propósitos que implica la presunción de una intencionalidad delictiva en la actividad descrita por medio del adelanto de las barreras punitivas.

3. El orden público y las limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales.

Los precedentes legislativos vinculan los delitos contra el orden público a los ataques a la seguridad interior del Estado y el bien jurídico protegido, al principio de autoridad. El considerable peso que aún hoy se reconoce a esta versión arcaica del orden público unido a su imprecisión y ambigüedad facilita que, no resultando sencillo establecer límites al ejercicio de la autoridad sí, en cambio, parezca relativamente fácil cercenar a su través el libre ejercicio de

derechos fundamentales que están en la base de toda sociedad democrática, como la libertad y la seguridad o el derecho reunión y manifestación, o la libre expresión y comunicación de pensamientos e ideas.

Las propuestas de modificación de los delitos que venimos comentando, de un marcado carácter punitivista como hemos visto, combinada con la dureza en tantos casos de las intervenciones policiales, en el marco de una crisis económica y financiera de dimensiones aún no determinadas, va camino de traducirse en una seria limitación del ejercicio de los derechos y libertades básicas. Y no sólo porque su solo anuncio consigue atemorizar a la población y paralizar los legítimos impulsos a la oposición y la rebeldía, sino porque con la ampliación de las dimensiones del injusto de los tipos a los que afecta y el endurecimiento de las penas a imponer se reduce de hecho, en la misma proporción, el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La reforma que en este delicado momento social, político y económico se nos propone evoca épocas pretéritas y formas de ejercicio del poder estatal tenidas por superadas, que poco tienen que ver con un concepto democrático del orden público que tan trabajosamente se ha venido abriendo paso en los últimos años.

Si el mantenimiento del orden público protegido por la Ley establece los límites del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, no es menos cierto que los límites del ejercicio de la autoridad para el mantenimiento del orden público están, a su vez, marcados por la propia norma constitucional. En este punto, quizá sería bueno recordar que la Constitución de 1978 hace mención expresa al orden público en sólo dos ocasiones⁶, y que -frente a lo que fue característico de las constituciones decimonónicas o de la franquista leyes fundamentales del reino, particularmente, la Ley Orgánica del Estado-, no contempla el orden público como un instrumento habilitador de potestades indeterminadas y hasta ilimitadas en favor de las autoridades políticas o administrativas, sino como un “valor” o mejor – y así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional⁷, como un “sistema de valores que cimentan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado..., como sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social...”.

Parece obvio, en fin, que en un estado social y democrático de derecho, la noción de orden público y su regulación y aplicación concreta no pueden circunscribirse al “puro orden o tranquilidad de la calle”⁸ sino que, alejado de toda reminiscencia autoritaria, ha de atender al normalizado ejercicio de las instituciones y a un estado de seguridad pública que garantice y propicie el disfrute de los derechos fundamentales, lo que en palabras del propio TC no resulta incompatible con que, ocasionalmente, “el juego de las instituciones democráticas pueda

⁶ Al regular en el art. 16.1 la libertad ideológica y de culto y reconocer en el 21 el derecho de reunión y manifestación en unos términos que conviene recordar: “1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

⁷ STC 66/1995, de 8 de mayo.

⁸ STC (Pleno) 117/1984, de 15 de diciembre.

ocasionar incomodidades” e incluso “desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad”⁹.

Así las cosas, la reforma de los delitos contra el orden público, en los términos y en la medida en que nos está siendo dada a conocer, implica la imposición a una ciudadanía ya implacablemente castigada por la crisis de medidas que criminalizan la presentida ola de protestas en ámbitos públicos y revela la ausencia de una política criminal a la altura de los difíciles acontecimientos presentes y las previsiblemente más duras circunstancias futuras.

2.- La multirreincidencia: el rigorismo punitivo bajo la coartada de la seguridad.

*“La pena cancela y extingue totalmente el delito.
No se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido”.*
Francesco M. Pagano.

El segundo bloque de reformas penales que se nos han anunciado están dirigidas, en su mayor parte, al control y al castigo de quienes cometen infracciones toscas pero reiteradas contra la propiedad privada, personas en su mayoría procedentes de los estratos sociales más bajos y precarios que, como expresivamente dice Zaffaroni, “alteran el paisaje urbano”. En ellas situó el ministro Fernández otro de los “objetivos prioritarios” de la actividad inmediata de su departamento, bajo la rúbrica de “la lucha contra la multirreincidencia y la reiteración delictiva”.

El tratamiento legislativo de la multirreincidencia.

El discurso del partido en el gobierno de la nación en torno a la reincidencia y categorías jurídicas análogas ha sido recurrente y ha marcado buena parte de su actividad parlamentaria en los últimos años; su afinidad en esta concreta materia con los nacionalistas catalanes de Convergencia y Unión (CiU), tampoco es nueva.

El Código Penal de 1973 contemplaba la reincidencia, la multirreincidencia y la reiteración. Fue en la Ley 8/1983 de 25 de junio de Reforma urgente y parcial del Código Penal cuando se eliminó del texto legal la multirreincidencia –que permitía imponer una pena superior en grado a la señalada para el delito-, agrupándose bajo la denominación genérica de *reincidencia* tanto la reincidencia como la reiteración.

Ya en 1984, como haría más tarde, en 1986, el grupo parlamentario popular presentó – infructuosamente- sendas proposiciones de Ley para intentar restablecer la multirreincidencia en el Código Penal (incluyendo, de paso, efectos también sobre la legislación penitenciaria). Ya entonces la justificación de las reformas se expresaba apelando al “aumento creciente de la

⁹ STC 88/2003, de 19 de mayo.

inseguridad ciudadana”, la “ola de criminalidad desatada”, o la “urgente necesidad de dotar a los órganos judiciales de los instrumentos legales apropiados para procurar la defensa de la sociedad”, y se argumentaba que “es la delincuencia habitual la que mayores ventajas obtiene” de la desaparición de la multirreincidencia y, por lo tanto, se hacía “preciso combatir las formas organizadas y estables de delincuencia que se han consagrado como consecuencia de la desaparición del Código Penal de las previsiones que establecían agravaciones punitivas para los delincuentes habituales”¹⁰.

Con todo, la evolución de la reincidencia en nuestra legislación penal ha sido, hasta ahora, la historia de su progresiva limitación. De hecho, a punto estuvo de desaparecer, como ocurrió en el anteproyecto de Código Penal de 1990, y si bien el posterior, de 1992, la volvió a rescatar, si bien fuera del catálogo general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, finalmente el Código Penal de 1995 la introdujo en el catálogo general, aunque limitándola a la reincidencia específica. El grupo popular defendió, tal como expresó en la justificación de la enmienda formulada al apartado 9 del art. 23 del proyecto de Código Penal, “un concepto estricto y unitario de reincidencia” que se producía “cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado por un delito *semejante*”¹¹. En el debate en el pleno, el PP retiró su enmienda de modificación, quedando finalmente aprobado el texto hoy en vigor, conforme al informe de la Ponencia.

La última reforma sufrida por el Código Penal, en 2010, llevó nuevamente al Parlamento el debate en torno a la multirreincidencia. Como reconoció el Sr. Villarrubia por el Partido Socialista, -entonces en el gobierno- “el delito ya tenía el tratamiento penal adecuado; *el problema eran las faltas*”. Cientos de faltas (437, llegó a concretar el Sr. Jané, por CiU¹²), cometidas -impunemente- por la misma persona, según se afirmaba. La solución pactada en torno a esta materia se transformó en condición “sine qua non” para el buen fin del proyecto¹³, y situó la regulación de las faltas contra el patrimonio, singularmente las de hurto en los términos que contienen los arts. 623 y ss. y el art. 234 párrafo 2º. El Grupo Popular estimó insuficiente el resultado de la reforma pactada entre el gobierno y CiU para conseguir “la erradicación de las calles de la delincuencia profesional como medio de vida y castigar la figura del reincidente delincuente, sea cual sea el delito que cometa”, jactándose de ser los únicos que defendían con contundencia “la erradicación de nuestras calles de la criminalidad”. Lástima que el entusiasmo del grupo popular por castigar con energía infracciones de importe inferior a 400 euros no se hubiera aplicado en aquella ocasión con el mismo fervor en reducir el tope de los 120.000 euros para quienes defraudan a la Hacienda Pública, del mismo modo que la actual cruzada del Partido Popular -ya convertido en el partido del gobierno- contra la inseguridad ciudadana y la delincuencia organizada no ha impedido al ejecutivo decretar la total impunidad para quienes, por importe de -al menos- 250 mil millones de euros, se han aplicado en descapitalizar nuestro país en medio de una profunda crisis financiera.

¹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura, núm. 85-I, de 13 de junio de 1984 y III Legislatura, núm. 20-1, de 30 de septiembre de 1986.

¹¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura, núm. 77-9, de 26 de junio de 1995

¹² Según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 522, de 21 de abril de 2010.

¹³ Así puede leerse en el mencionado Diario de Sesiones de boca, otra vez, del Sr. Jané: “Si no llegábamos a un acuerdo en este aspecto de la multirreincidencia, nosotros no podíamos aprobar el proyecto de ley del Código Penal”.

La despenalización de las faltas y sus consecuencias.

Como han avanzado tanto el Sr. Ruiz-Gallardón como el Sr. Jiménez, el nuevo tratamiento de la multirreincidencia se desarrollará en combinación con la mal llamada “despenalización de las faltas”, que alude en realidad a la transformación en delitos de los treinta hechos hoy castigados en el Libro III del Código Penal, previa la constitución de un Registro Central de Faltas que permitirá el cómputo y control de las condenas por faltas dictadas por los juzgados de instrucción¹⁴, así como recurriendo -con el tipo del hurto- a la expeditiva técnica de castigarlo en todo caso con una pena menos grave, provocando su desaparición directa del catálogo de las faltas.

Una vez verificada tal transformación, culminada así “la desestructuración de los fundamentos ontológicos”¹⁵ de nuestro derecho penal, el recorte de buena parte de los principios básicos del derecho penal garantista y la consagración legislativa del derecho penal de autor, se podrá cómodamente emprender otro de los objetivos anhelados desde antiguo por el partido en el gobierno, la ampliación de la prisión provisional para los supuestos tanto de habitualidad como de multirreincidencia.

Aunque se desconocen públicamente los detalles de la variante procesal de la reforma (llamada formalmente –como suele argumentarse- a evitar que los delincuentes habituales “entren por una puerta del juzgado y salgan por otra para seguir delinquir”), es evidente que al actual gobierno le resulta insuficiente el contenido del art. 503 LECr. en vigor, pese a que su redacción fue fruto de la última gran ofensiva legislativa lanzada desde esta formación política, en el año 2003¹⁶.

Las demás modificaciones anunciadas apuntalan y completan con el mismo significado punitivista y marchamo autoritario la reforma que viene: *prevenir* la comisión de los delitos contra el patrimonio por tres vías: la de elevar, sin más, la pena prevista; la de introducir subtipos agravados atendiendo a sus formas de comisión, y la de establecer una agravante específica si el delito es cometido “en cuadrilla”, entendiendo por tal la intervención en el hecho punible de más de 2 personas.

Mención especial merece la reforma del delito continuado del art. 74 del Código Penal, prevista, como el resto de las modificaciones, según declaró el ministro del interior, para “acabar con la *percepción social* de impunidad propia de la multirreincidencia en el ámbito de los delitos patrimoniales”. Como sabemos, el delito continuado es una interesante construcción doctrinal, cuyo origen histórico se vincula a los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII, ideada para evitar el castigo (pena de muerte) que en el antiguo régimen se imponía –precisamente- al culpable de un tercer hurto. Entre nosotros fue acogido legislativamente ya desde la reforma del Código Penal en 1983. Su aplicación en los juzgados y tribunales –que, aunque tendente a atemperar y matizar el rigor punitivo, no siempre se traduce en un beneficio para el reo- está sujeta a determinados requisitos legales depurados por la jurisprudencia que pretenden descartar el automatismo en su apreciación. Su eventual

¹⁴ Copiando el modelo norteamericano, “three strikes and you are out”.

¹⁵ En la certera previsión formulada por el diputado Sr. Olabarria en la sesión del Congreso de 21 de abril de 2010 que se viene mencionando.

¹⁶ Actual redacción dada por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre y Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

eliminación –de culminarse- supondrá situar nuestra legislación a la altura de los Códigos anteriores a 1973 y, en el marco de un derecho penal que se dice democrático, regresar a un derecho penal de autor incompatible con aquél, que la evolución legislativa de los últimos treinta años parecía haber superado.

Falta de fundamento empírico.

Las razones que, según el gobierno, justifican las reformas penales que nos anuncia se apoyan en fundamentos subjetivos: *sensaciones, percepciones, impresiones*, son las palabras que más se repiten en las comparecencias y declaraciones públicas de los ministros de interior y de justicia, sin que ninguno de sus portavoces se ocupe de acreditar si resultan corroboradas con datos constatables empíricamente, por magnitudes o estudios oficiales, procedentes de fuentes fiables.

Quizá porque si acudimos a los últimos datos estadísticos referidos al año 2010, publicados por el CGPJ y la Fiscalía General del Estado (FGE), las conclusiones o inferencias que se extraen de sus respectivas Memorias no objetivan una realidad que fundamente el pretendido ambiente de alarma social que, según parece, todos respiramos.

La Memoria del CGPJ aprobada por el Pleno de 21 de julio de 2011, correspondiente al año 2010, nos refiere una reducción de asuntos penales ingresados, respecto de 2009, del 1,5% y una tasa de litigiosidad en evolución decreciente, cifrada en un -2,2% respecto, también, del año 2009. El número de denuncias penales en la comunidad autónoma catalana ascendió a 2071, representando una tasa del 2,8%, mientras que en Madrid sumó 3.288, lo que implica una tasa del 5,1%, mientras la media en todo el territorio nacional ascendió a 4,6%, en un abanico que abarca del 8% en Canarias al 1,6% en La Rioja.

Más significativa y contundente es la Memoria de la FGE del año 2011, referida a datos correspondientes al año 2010. La evolución cuantitativa de los asuntos penales en que intervino el ministerio público “revela un resultado extraordinariamente positivo, derivado de una importante disminución en el número de causas iniciadas en relación con las registradas por iguales conceptos en el año 2009”, tasándose en un -5,82%; computado el mismo parámetro desde el año 2006, se aprecia una desaceleración desde 2009, y sitúa las cifras a los niveles de 2006. Respecto de los juicios de faltas, la Memoria recuerda que a consecuencia “de *la escasa trascendencia y repercusión social* (sic) de los comportamientos ilícitos que determinan la incoación de estos expedientes”, el ministerio fiscal está facultado para abstenerse de intervenir en ellos; con tal reveladora salvedad¹⁷, “resulta que se ha producido una disminución en el número de intervenciones del 15,19%”. Y aunque ciertamente las cifras más elevadas de participación de la fiscalía en los procedimientos por faltas se corresponden a los lugares con mayores índices de población, es decir, Madrid y Barcelona, y el número de expedientes en esta última fiscalía experimentó un incremento del 13%, en Madrid, en cambio, se contabilizaron 1.998 expedientes menos que en 2009. Finalmente, del análisis conjunto de los datos estadísticos correspondientes a procedimientos por delito y juicios de

¹⁷A lo que hay que añadir la carencia de información en relación con la actividad desarrollada por los órganos del ministerio fiscal de Alicante, Málaga, Toledo y Valencia.

faltas, la Memoria de la FGE concluye que “se ha producido un descenso en el volumen total de nuevos expedientes cifrado en el 4,95% respecto del año 2009”¹⁸.

Ausencia de criterios profesionales. Propaganda y medios de comunicación.

La nueva reforma del Código Penal, de producirse, reproducirá (en los dos bloques a los que según parece afectará), incrementándolos, los defectos ya observados y denunciados desde diversos foros jurídicos con ocasión de la mayoría de las modificaciones legislativas que le han precedido.

De un lado, la desatención, como ya hemos visto, a los datos empíricos que en absoluto avalan la necesidad de una nueva modificación de la legislación penal, y el desdén hacia la autorizada opinión de numerosos expertos en la materia que informan de nuestra baja tasa de criminalidad, con índices menguantes que apuntan a una evolución en descenso; de la enorme cifra de presos –casi 74.000 a fines de 2010, según cifras del CGPJ¹⁹- que satura nuestras cárceles, la mayor parte de ellos condenados por delitos contra el patrimonio; de la incomprensible infrautilización de las penas alternativas a la prisión, la novedad olvidada del Código de 1995.

De otro lado, el influjo de la propaganda oficial, jaleada por los grupos mediáticos afines, es determinante, como sabemos. El papel de los *formadores de opinión*; las crispadas y machaconas referencias a la “sensación de inseguridad”, a la “alarma social”, a la “criminalidad impune”, ponen en evidencia que el pretendido fenómeno sociológico que legitima las políticas rigoristas, la inseguridad ciudadana, se edifica deliberada y orquestadamente sobre mensajes repetitivos, llamados a crear en el imaginario colectivo la necesidad de una mayor severidad punitiva, a *construir el problema* para el que previamente se ha diseñado ya la solución, ocultando o manipulando los datos objetivos, cuyo conocimiento cabal confirma la sospecha de que no se trata en realidad de un aumento de la actividad delictiva sino, todo lo más, de su insistente exposición pública.

La expansión del derecho penal y los incrementos punitivos que anuncia el ministro del interior no responden, pues, a la necesidad derivada del incremento objetivo de la tasa de criminalidad, ni tampoco a una sensación de inseguridad verificable e irrefutable entre los ciudadanos, sino a objetivos políticos de evidente orientación autoritaria. El Código Penal está siendo manejado por los nuevos gestores del poder político como la herramienta de referencia para reglamentar la vida ciudadana con la que acometer contundentemente, a partir de su tratamiento *ex post*, los conflictos y problemas colectivos (desde los incendios forestales hasta los actos de vandalismo, desde los movimientos vecinales hasta los “okupas”); contemplando a los gobernados como delincuentes en potencia; etiquetando a la ciudadanía en grupos socialmente enfrentados, los *buenos ciudadanos* contra los indeseables delincuentes a quienes

¹⁸Todas las reseñas ofrecidas en este epígrafe y las citas entrecomilladas proceden literalmente de las Memorias mencionadas, obtenidas desde las páginas web del CGPJ y la FGE.

¹⁹73.929, exactamente. Fuente: “La Justicia dato a dato”. 2011. CGPJ.

hay que barrer de las calles; desviando, en fin, la atención de la opinión pública de los delitos de *cuello blanco* y asentando, en cambio, la convivencia cotidiana sobre el miedo, la violencia y la insolidaridad. No se puede prevenir anticipadamente el previsible descontento social generado por la dureza de la crisis y de impopularidad de sus medidas acudiendo de nuevo al Código Penal y a su hipertrofiada función simbólica.

En último extremo, la política criminal debe ir de la mano de otras políticas que aseguren la inclusión de todos, rentas mínimas familiares, acceso a la vivienda, a la calidad de vida. En tiempos de crisis, cuando mayores debieran ser los desvelos de los responsables políticos por proteger a los sectores sociales más débiles, se está caminando en la dirección contraria por medio de una política criminal que sólo contempla la respuesta al delito aumentando el rigor punitivo como única forma de prevención de la criminalidad cuya etiología es múltiple como lo son también la diversidad de causas a que obedece, algunas de ellas tienen unos perfiles perfectamente definidos y las más de las veces tienen que ver con la multirreincidencia. Prevenir y reconducir esos itinerarios personales tan marcados por la precariedad precisa de algo más y de algo distinto que el endurecimiento punitivo.