

Seis aspectos críticos de la reforma penal¹



1. Consideraciones previas

1. 1. El proyecto de reforma del Código Penal, en trámite parlamentario, es susceptible de críticas de diverso nivel. En las comparecencias de expertos que han tenido lugar en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados durante los meses de febrero a mayo del presente año, se han puesto de relieve importantes objeciones político criminales, técnicas y también ideológicas en relación con sus aspectos centrales. Igualmente, se ha patentizado la existencia de consenso entre los expertos sobre la crítica a dichas cuestiones, lo que debería constituir motivo de reflexión para los promotores e impulsores de la reforma.

1.2. Tanto de la memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto como de la Exposición de motivos del proyecto se desprende que la propuesta persigue, fundamentalmente:

- a) Dar respuesta a la multirreincidencia y la delincuencia grave;
- b) Reducir el número de asuntos de escasa importancia que absorben los recursos de la jurisdicción penal; y,
- c) Incrementar la eficacia en la fase de ejecución penal;

Todo ello, sin merma de garantías, sin coste económico, y con la finalidad de dar respuesta a las necesidades que actualmente demanda la sociedad.

1.3. Sin embargo, el texto del proyecto resulta contradictorio con las finalidades que afirma perseguir. En otras palabras, producirá un efecto justamente contrario al declarado. Así:

¹ Texto elaborado para la preparación de la intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, durante el trámite parlamentario. Sesión de 6/5/14.

a) Sobrecargará aún más la Administración de Justicia penal (que en la actualidad absorbe aproximadamente el 70% de la litigiosidad total (datos de la memoria del CGPJ del año 2013).

b) Producirá más ineficacia en la persecución de delitos.

c) Provocará un incremento de los costes de la justicia;

d) Y reducirá los niveles de garantía, multiplicando las posibilidades de declarar nulidades, lo que se traducirá en un incremento de la desconfianza de la ciudadanía en la Justicia.

1.3. A tal efecto, me centraré en algunas de las consecuencias procesales y jurisdiccionales del proyecto, dedicando esta breve exposición al análisis de las medidas de seguridad, la aparente despenalización de las faltas y los problemas que plantea la lucha contra la delincuencia patrimonial organizada. Por último, me referiré sucintamente, en otro nivel de crítica, a la prisión permanente revisable, los delitos contra el orden público, y el régimen del comiso, recordando que la realidad criminológica² no justifica, en términos generales, ni el inusitado desbordamiento al alza del régimen de consecuencias penales, ni la introducción de nuevas figuras delictivas.

2. Reforma de las medidas de seguridad: el juicio de peligrosidad

2.1. Con la reforma, las medidas de seguridad se generalizan para personas imputables y su duración se desvincula de la gravedad del delito anudándose a la peligrosidad del sujeto. Por tanto, la piedra angular del sistema será el llamado juicio de peligrosidad criminal, entendido como juicio de probabilidad de que el sujeto cometa un delito futuro.

2.2. Como es sabido, la condena por el delito cometido se funda en un hecho pasado cuya existencia se puede comprobar mediante la práctica de las pruebas en el juicio. En la peligrosidad, el hecho no se ha cometido, de ahí que lo que se sanciona es una hipótesis de futuro y, por tanto, inevitablemente incierta (¿qué tipo de delito cometerá el sujeto? ¿con qué grado de participación o ejecución? ¿con qué eximentes, atenuantes o agravantes? etc). Ahí radica la incongruencia entre la peligrosidad y las exigencias de certeza derivadas del principio de legalidad. Pero hay más. Aun cuando se admitiese que la probabilidad del delito es suficiente para imponer la consecuencia penal, habrá que resolver la cuestión de cómo realizar el cálculo de probabilidades. Lo que no es fácil, ya que ningún pronóstico vale para establecer más allá de toda duda razonable que una persona cometerá un hecho futuro (A lo sumo, servirá para establecer el porcentaje que en una muestra determinada, puede cometer una infracción). De hecho, si algo demuestran los estudios de campo, es la baja fiabilidad de los distintos métodos predictivos de la peligrosidad criminal, por lo que, si la capacidad para identificar correctamente a los sujetos que pueden volver a delinquir es cuestionable, la legitimidad de un sistema que permite vincular a pronósticos dudosos consecuencias penales queda en tela de juicio.

2.3. El sistema que el legislador de 1995 diseñó era consciente de ello, y por eso, introdujo diversas cautelas. Entre otras, se consideró que las medidas de seguridad encuentran su fundamento en el hecho de que las causas de

² Ver el anexo

inimputabilidad pueden ser factores criminógenos, por lo que es posible establecer la presunción de que, concurriendo la base patológica que la fundamenta, cabe hacer un pronóstico de reincidencia futura. Consecuencia de este planteamiento es que la medida de seguridad se aplica sobre dicho pronóstico, pero su duración y las condiciones de cumplimiento se hacen depender de la evolución del tratamiento médico que constituya el contenido de la medida. La lógica es que si el tratamiento tiene éxito, la valoración de peligrosidad es menor. La peligrosidad criminal no actúa de forma autónoma en el sistema, sino vinculada al elemento de la necesidad terapéutica.

2.4. La reforma generaliza la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas imputables (ya introducida por LO 5/2010 para los casos de terrorismo y delincuencia sexual) y toda esa construcción se derrumba. La peligrosidad criminal pasará a operar de forma independiente, determinando el contenido de las decisiones judiciales. Ello implica un incremento exponencial del poder discrecional del juez, de modo que la peligrosidad criminal será lo que el juez diga que es peligrosidad criminal.

2.5. Más aún: de cara al pronóstico, deberá realizarse un diagnóstico previo. Para ello se habrá de efectuar un estudio individualizado de la personalidad del sujeto y circunstancias vitales (formativas, culturales, ambientales, laborales). Pues bien, la extensión de las medidas de seguridad a personas imputables³ provocará una mutación del objeto del proceso, de modo que adquirirán prevalencia las cuestiones atinentes a la personalidad del sujeto sobre las del hecho. Para la realización del diagnóstico será preciso adentrarse en la vida del sujeto, con lo que el riesgo de la sustitución de la “peligrosidad criminal” por la “peligrosidad social” salta a la vista: el juez puede ceder a la tentación de partir de estándares sociológicos estimando como indicio de probabilidad de daño futuro todo lo que resulte contrario o ajeno al modo de vida “mayoritario”. Y ello, sin dejar de poner de relieve el efecto que sobre el sentido de la decisión judicial pueda tener en el caso concreto la presión de la opinión pública. ¿Qué juez se arriesgará a ser linchado mediáticamente cuando su decisión no depende de la ley sino de su propia intuición?

2.6. Puede apuntarse otro efecto: inevitablemente el juicio sobre la persona incidirá en el juicio sobre el hecho, de modo que la intuición sobre la peligrosidad puede acabar valiendo como indicio de que el sujeto ha cometido el hecho delictivo por el que se le acusa.

2.7. Hay aún otro punto de vista: el del derecho de defensa. ¿De qué modo puede refutarse la hipótesis de una peligrosidad criminal que se construye por intuición? ¿Qué posibilidades de contraalegación y prueba existen? Adviértase que el juicio de peligrosidad es determinante no sólo para el acuerdo de la medida, sino también para su prórroga que, en el caso de la libertad vigilada, puede ser perpetua (duración mínima de 3 años y máxima de 5, con posibilidad de prórroga por plazos sucesivos de 5 años)

2.8. Finalmente, pueden añadirse dos efectos colaterales: la generalización de la libertad vigilada para delitos muy diversos y de escasa gravedad, llevará consigo unos costes de fiscalización y control para el Estado

³ Se generaliza la posibilidad de aplicación de medidas a una heterogeneidad de tipos delictivos que comprenden desde el terrorismo al hurto de uso de vehículos a motor, sin justificación criminológica.

inasumibles, complicando innecesaria y exponencialmente el sistema de ejecución penal, tanto para los órganos judiciales, como penitenciarios como para las propias fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. No es descabellado pronosticar un uso defensivo por los jueces de la reforma, que nos lleve a adoptar medidas de seguridad, “*por si acaso*” se nos lincha política o mediáticamente, lo que generará una espiral que frustrará el objetivo declarado de la reforma: a mayor número de libertades vigiladas concedidas, menor capacidad funcional del Estado para controlarlas y para discriminar los supuestos de riesgo real de los supuestos irrelevantes.

2.9. Por todo ello, lo razonable sería mantener el régimen vigente. De modo subsidiario, para el caso de que acabara prosperando la propuesta, debería contemplarse una reforma procesal que separase el juicio sobre el hecho del juicio sobre la pena o medida a imponer, como sucede en otros sistemas, de modo que, una vez dictada resolución declarando que el sujeto ha cometido una infracción penal, se abriese una segunda fase procesal cuyo objeto sería determinar la pena o medida de seguridad imponible y su procedencia, en cuya sede podrían practicarse las pruebas que se tuvieran por conveniente para afirmar o descartar la peligrosidad criminal. En todo caso, de mantenerse la propuesta, convendría revisar el heterogéneo catálogo de delitos para los que se prevé la libertad vigilada, ya que no se encuentra un hilo conductor claro.

Una última consideración: si entre el catálogo de medidas que integran la libertad vigilada, que facultativamente pueden imponerse, se encuentra la prohibición del agresor de aproximarse a la víctima, no se entiende cómo no se aprovecha para suprimir la preceptividad de las penas accesorias de alejamiento en los supuestos de violencia de género y doméstica, que tantos problemas plantean, de modo que sea el juez quien, en el caso concreto, decida, a la vista de las pruebas, sobre la conveniencia de su adopción. Es un contrasentido afirmar que al delincuente respecto del que se afirmó su peligrosidad puede no adoptarse la medida al tiempo que sostener que respecto del que no hay motivos para afirmar tal peligrosidad se adoptará siempre.

3. La aparente despenalización de las faltas

3.1. Se defiende la supresión del Libro III afirmando que con ello se descargará a la justicia de asuntos menores. Sin embargo, la reforma supone precisamente lo contrario.

3.2. En primer lugar, ha de ponerse de relieve que las faltas más frecuentes pasan a convertirse en delitos menos graves o leves, por lo que la destipificación real afecta a un grupo estadísticamente poco relevante.

a) Las faltas patrimoniales (hurto, estafa, apropiación indebida, defraudación de energía, propiedad intelectual e industrial, usurpación y daños), pasan a convertirse en delitos menos graves, si bien, “*cuando el hecho resulte de escasa gravedad, atendido el valor de los efectos sustraídos y la situación económica de la víctima*” se aplicará el tipo atenuado que constituye un delito leve.

b) Otro grupo de faltas muy frecuentes (malos tratos, amenazas, coacciones, utilización de vehículos a motor...) se convierten en delitos leves.

c) Otras faltas muy habituales como las lesiones leves con asistencia facultativa sin tratamiento, pasan directamente a convertirse en delitos menos graves.

3.3. En tanto no se apruebe el Código Procesal Penal, la DA3ª señala que la instrucción y enjuiciamiento de las conductas que pasen a ser delitos leves se sustanciará conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas *“cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario”*.

a) La regulación transitoria constituye, en primer lugar, una flagrante violación del principio de legalidad, pues se confía al juez de cada caso la labor, nada menos, que de realizar la adaptación procesal

b) Cualquier conocedor del sistema penal es consciente de los problemas estructurales que plantea la regulación del Juicio de Faltas, que compromete gravemente el derecho a un juez imparcial y el derecho de defensa. Ejemplos de ello son los siguientes:

-El hecho de que el propio juez encargado del enjuiciamiento acuerde de oficio la práctica de las diligencias preparatorias del juicio que, a menudo, suponen verdaderos actos de instrucción.

-El hecho de que el juez deba ordenar de oficio la comparecencia de los testigos identificados en el atestado, que, por lo general, serán los de la acusación.

Pueden ponerse varios ejemplos. Pero, tal vez los más claros sean la inexistencia de escritos de acusación, lo que suele obligar al juez a tener que interpretar lo que se denuncia, fijar la calificación y la pena a imponer (artículo 969.2 Lecrim: la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena); y la no preceptividad de la asistencia Letrada, lo que, además, obliga al juez a protagonizar los interrogatorios, asumiendo una clara posición de parte.

Déficits de esta índole han sido salvados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en atención a la naturaleza de las infracciones. El problema se agudizará una vez sean calificadas como delito. Y no nos encontramos ante un simple cambio de etiquetas. Hay consecuencias reales: Así, esas conductas que antes eran falta y ahora pasan a ser delito:

-Generarán antecedentes penales, por lo que, en todo caso, tendrán efectos en las opciones de acceso y promoción a cargos públicos o al mercado de trabajo.

-En ocasiones, permitirán apreciar la reincidencia (artículo 22.8ª: cuando se trate de delitos menos graves)

-Servirán para revocar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (artículo 86 CP).

-Servirán para adoptar una medida de seguridad, de apreciarse una eximente (artículo 95 CP, cuando nos encontremos ante faltas que pasen a ser delitos menos graves).

-Permitirán aplicar el tipo de blanqueo de capitales cuando se declare cometido el delito leve antecedente, con la consiguiente desproporción penológica.

-O servirán de base para aplicar la nueva regulación del comiso.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) deja claro que la severidad de las consecuencias de las sanciones ha ir pareja

a la calidad de las garantías del proceso. Garantías que la actual regulación del Juicio de Faltas no satisface. En consecuencia, se planteará inevitablemente un problema de legitimidad, que viciará potencialmente de nulidad todo juicio, con la consiguiente proliferación de recursos y prácticas contradictorias entre los tribunales. En definitiva, menos eficacia, más coste y más descrédito para la Justicia.

c) Hay otras consecuencias perturbadoras. La mayoría de los procedimientos se inician mediante atestado policial. En los primeros momentos, el agente puede tener dudas acerca de si se encuentra ante una falta o un delito, si bien el CP le sirve de orientación, pues le permite saber, con razonables garantías de acierto, que un valor económico inferior a 400 euros o una lesión sin tratamiento dan lugar a una falta. La reforma liquida esas certezas. Dejan de existir criterios objetivos para determinar si una lesión constituye delito leve o menos grave (ya que se suprime la referencia al tratamiento) o si un hurto es delito leve o menos grave (se usa el concepto indeterminado de escasa gravedad). La incertidumbre sólo podrá ser subsanada de dos formas. Bien partiendo de la hipótesis más grave, en cuyo caso se incrementarán los espacios de intervención policial, con los consiguientes costes de oportunidad, las detenciones carentes de justificación y el coste económico de los procedimientos. Por el contrario, si se parte de la hipótesis menos grave, se siembra la posibilidad de generar nulidades procesales por falta de garantías procesales. En síntesis: más gasto económico o menos confianza en las instituciones.

d) Añadiré otra consecuencia negativa: se ha dicho que el principio de legalidad es una guía de actuación dirigida a las autoridades encargadas de la represión penal. Una guía que, en un contexto de recursos escasos, permite diseñar la persecución estableciendo jerarquías y prioridades. Cuando todo se convierte en delito, bajo un marco legal inestable e incierto, el Código Penal pierde esa función y acaba provocando la ineficacia y la arbitrariedad del sistema de represión.

3.4. En cuanto a las faltas que se destipifican (lesión leve con imprudencia grave 621.2; homicidio con imprudencia leve 621.3; lesión con imprudencia leve 621.3), su ámbito de aplicación natural es el de la circulación viaria. Si bien, aisladamente, no se trata de una decisión político criminal errónea, ya que no parece razonable sancionar penalmente conductas en las que todos podríamos incurrir en un momento u otro, con lo que las penas no desempeñan función preventiva alguna, ha de tenerse en cuenta que cuando se legisla sectorialmente no pueden perderse de vista los efectos sobre el conjunto del ordenamiento. Y la exclusión de un considerable volumen de asuntos de la jurisdicción penal no puede reconducirse hacia una jurisdicción civil, para cuyo acceso se exigen tasas muy elevadas, sin flagrante merma del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.5. Hay otros dos aspectos procesales cuestionables.

a) La introducción en la DF^{2ª} 18 a 20, de las comunicaciones y notificaciones por teléfono y correo electrónico en el juicio de faltas sin concretar su régimen jurídico, comprometiendo así el derecho de defensa de los interesados. Como es sabido, los actos de comunicación tienen por objeto garantizar la defensa de las partes, de modo que mediante el conocimiento del acto o la resolución que los provoca tengan la posibilidad de disponer lo

conveniente para defender sus derechos e intereses. La parca regulación proyectada no garantiza ese conocimiento, lo que, sin duda, será fuente de nulidades.

b) La introducción del principio de oportunidad en la DF2^a 18 a 20 con un régimen jurídico incierto. Así, se dice que el juez acordará el sobreseimiento del procedimiento y archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de dos circunstancias: que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad; y que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. La reforma no resuelve si el juez está obligado a archivar el asunto si lo solicita el Ministerio Fiscal o si puede continuar su tramitación pese a la petición sobreseyente. De entenderse que la decisión es obligada, no deja claro si la resolución es recurrible, y sobre la base de qué parámetros cabe recurso. Por tanto, dada la relevancia de la introducción en nuestro sistema por vez primera de un principio que excepciona el de legalidad, sería exigible una mayor definición acerca de los perfiles de la institución.

3.6. Por todo ello, parece que lo más prudente, si se opta por derogar el Libro III, es que se condicione la derogación a la entrada en vigor del proyecto Código Procesal Penal, que clarifique el régimen procesal aplicable para salvaguardar el derecho a un proceso con todas las garantías.

4. La lucha contra la delincuencia patrimonial organizada

4.1. Ningún proyecto de reforma del Código Penal debiera realizarse sin evaluar su necesidad en términos procesales y su impacto sobre el proceso. No niego que, en ocasiones, las exigencias de la investigación procesal deban incidir sobre la estructura de los tipos penales. Pero no es menos cierto que en demasiadas ocasiones se acude a la reforma sustantiva para dar solución a problemas que no están en el Código Penal sino en otro sitio. Es el caso de la lucha contra la denominada “delincuencia patrimonial profesional”. Me refiero con ello a los grupos que cometen de forma planificada y habitual conductas constitutivas de delitos o faltas de robo y hurto, fundamentalmente. Este fenómeno lleva abordándose desde la reforma de 2003, que transformó en delito la comisión de varias faltas de hurto. La reforma de 2010, redujo el número de faltas acumulables de cuatro a tres, introdujo la figura de la falta reiterada de hurto, así como las figuras de la organización y el grupo criminal y modificó el comiso.

4.2. La técnica legislativa ha fracasado. Los nuevos tipos, o no se han aplicado (caso de la figura del delito por acumulación de faltas), o cuando se han aplicado han evidenciado serios problemas de constitucionalidad (caso de la falta reiterada de hurto). (Así, en cuanto a la falta reiterada de hurto, se señala lo siguiente: “*Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas*”). Es evidente que la literalidad del precepto vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues no se ve cómo puede afirmarse que se ha cometido una falta cuya existencia no ha sido declarada por sentencia firme. El sintagma “*falta cometida no enjuiciada*” constituye una anomalía, una verdadera contradicción semántica desde la perspectiva constitucional), o, finalmente, han puesto de manifiesto insalvables problemas interpretativos que

han dado lugar al más puro arbitrio judicial (caso del grupo criminal, indistinguible de la coautoría), deflacionando las garantías del proceso.

El Proyecto persiste en esta errónea línea legislativa:

a) Introduce como agravante específica, para los delitos de hurto y robo, la ejecución del hecho *“cuando el autor actúe con profesionalidad”*, lo que se produce *“cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional”*. Del tenor literal se desprende que para colmar las exigencias de la agravación no es necesaria la realización de conducta alguna, sino simplemente la presencia de un concreto elemento subjetivo que impregne la acción del tipo básico lo que exigirá, bien la presencia de capacidades adivinatorias en el juzgador, bien la realización de inferencias contrarias al derecho a la presunción de inocencia sobre las base de medios probatorios tales como denuncias preexistentes contra el sujeto, bien, el recurso, como elemento valorativo, a los antecedentes penales del sujeto, lo que vulneraría el principio de prohibición del bis in idem.

b) Del mismo modo, reforma la regulación de la organización criminal y del grupo criminal, tipos delictivos muy discutibles a la par que innecesarios para dar entrada a la *“perpetración reiterada de delitos leves”*.

c) Finalmente, modifica la regulación del comiso desvinculándola hasta tal punto del concreto hecho enjuiciado, de su autor y de la pena imponible, que, con el pretexto de facilitar la prueba en sede procesal, devalúa los principios propios de la responsabilidad y del proceso penal. La combinación del comiso ampliado con el comiso sin sentencia es clara: el proceso no es ya un instrumento para aplicar la sanción sino un hito más de la sanción.

4.3. No quiero negar la existencia del problema criminológico, sino su solución, que no es sustantiva, sino procesal. Hay base más que suficiente en el Código Penal para abordar el fenómeno sin necesidad de reformas. La solución pasa en exclusiva por un diseño más eficiente de la investigación penal que permita una indagación adecuada. Los problemas de reparto y competencia territorial entre los juzgados de Instrucción y el obligado señalamiento de juicios rápidos por faltas y delitos liquidan cualquier opción razonable de una investigación sobre estos grupos organizados. No es mi propósito ahora entrar en el análisis de la reforma procesal. Sólo pretendía poner de relieve que la reforma del Código Penal intenta dar, infructuosamente, solución a problemas que están en otro sitio. En concreto, en la Lecrim y en la falta de medios materiales y personales de la Administración de Justicia. Y que, además, lo hace con dudosa técnica constitucional, y sin evaluar sus consecuencias políticas.

4.4. Un modelo militante de derecho penal, que se nutre de tipos abiertos a la arbitrariedad valorativa del juez, acaba determinando un modelo militante de ejercicio de la jurisdicción. Cuanto más amplia e imprecisa es la norma penal, más poder se atribuye al Juez para imponer su propia visión de lo perseguible. Y los riesgos de este cambio de modelo, en un contexto político, de crisis social e institucional, como el actual, no son pocos.

4.5. Voy a cerrar este punto, con otros dos ejemplos de normas penales de baja calidad constitucional en otros ámbitos:

a) La definición de la pornografía infantil en el artículo 189.1 CP, en el que la prueba de la mayoría de edad se traslada al acusado, lo que viola el artículo 24.2 CE. (Otra plasmación de esta técnica es la dicción del artículo

189.1. párrafo segundo c), que define la pornografía infantil como “*Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes*”. Si la “*tenencia*” o el “*acceso*” a la pornografía infantil constituyen delito, parece que la mera posesión de material en el que aparezca una persona que *parezca* ser menor sería típica, con lo que la prueba de la mayoría de edad se trasladaría a la persona acusada, con violación del artículo 24.2 CE).

b) La tipificación del delito de acoso del artículo 172 ter, que viola el principio que prohíbe la aplicación analógica de la norma penal in malam partem, (al sancionar “*al que realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores*”).

5. Otro nombre para la cadena perpetua: la prisión permanente revisable

5.1. La prisión permanente revisable se configura como pena de prisión de duración indeterminada, en la que se conoce el máximo teórico pero no el mínimo, que pasa a depender de la rehabilitación del sujeto. De ahí que se la justificación de la figura se fundamente en la posibilidad de revisión ⁴.

5.2. Dejo a un lado otras consideraciones éticas que hacen de ésta, en mi opinión, una pena contraria a la dignidad humana, y consideraciones de política criminal que evidencian la inutilidad de la nueva pena, y me centraré en el sistema de revisión. Para ello habrá que tener en cuenta no sólo el marco normativo, sino principalmente, la realidad institucional, pues las normas no se aplican en el vacío sino en un contexto concreto. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH (y recomiendo vivamente la lectura de la sentencia dictada en el caso James, Wells y Lee contra el Reino Unido el 18.9.12), ha declarado que en los casos de las penas de duración indeterminada, los Estados tienen la obligación de proporcionar los medios necesarios para

⁴ Según el proyecto, podrá acordarse la suspensión de la ejecución de la PPR cuando concurren varios requisitos: (art. 92):

–*Que se hayan cumplido 25 años de condena, que pueden llegar a ser 30 cuando se dan las condiciones del art. 78 bis 1 b).*

–*Que se encuentre clasificado en tercer grado penitenciario.*

–*Que el Tribunal a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por su reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, los efectos que se puedan esperar de la suspensión de la pena y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos profesionales que el tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.* En caso de que se cometa delito durante la suspensión de la pena, el penado ya no tendrá oportunidad de salir más. La prisión será perpetua definitivamente

procurar la rehabilitación de los penados. De no ser así, incurren en violación del artículo 5 del Convenio (derecho a estar libre de detenciones arbitrarias a manos de las autoridades).

5.3. Al igual que ocurre con el pronóstico de peligrosidad, el pronóstico de reinserción social no deja de ser complejo. Creo, sinceramente, que existe cierta ingenuidad, cuando no mala fe, cuando se nos traslada la imagen de la prisión como un lugar con dos puertas. Una, por la que se entra siendo muy malo, y otra, por la que se sale ya siendo bueno. En todo caso, si consideramos la realidad penitenciaria marcada por la escasez de medios, la masificación de los centros, y unos profesionales de prisiones, saturados de trabajo y presionados por la opinión pública, alimentada políticamente, y presta al linchamiento mediático, y consideramos la realidad judicial, determinada por factores análogos, las posibilidades de rehabilitación son más bien retóricas. Así, y siguiendo a Julián Ríos:

a) Difícilmente se otorgarán permisos de salida a las personas condenadas a esta pena (permisos, por otro lado, que pasan por el cumplimiento de 8 o 12 años de cumplimiento efectivo), que se encontrarán mediáticamente estigmatizadas, lo que imposibilitará su rehabilitación.

b) Lo mismo cabe decir respecto de la concesión del tercer grado (para cuyo otorgamiento 15, 20, 24, 32 años de cumplimiento efectivo).

c) Los estudios demuestran que el cumplimiento de más de quince años de prisión origina en las personas secuelas psicológicas irreversibles así como pautas de conducta disfuncionales para vivir en libertad. En estas condiciones, es poco probable que una persona condenada a prisión perpetua pueda mantenerse sin conflictos dentro de la prisión durante un espacio de 25 años, máxime en una prolongada situación de incertidumbre acerca del tiempo que deberá permanecer en prisión.

d) Por otro lado, es poco probable que transcurrido tal plazo, el penado disponga de apoyo familiar y social fuera del centro. Lo más probable es que se encuentre solo y sin recursos.

e) Si las restricciones presupuestarias están implicando el abandono de programas penitenciarios y postpenitenciarios para las personas condenadas, ¿qué tipo de programas se ofrecerán a las personas condenadas a estas penas? ¿Quién gastará un solo euro en rehabilitar a una persona que, como mínimo, habrá de permanecer 25 años en prisión?

Estas observaciones evidencian que se pretende otorgar apariencia de legitimidad a la institución, destacando su carácter formalmente revisable, pese a que se es consciente de la improsperabilidad de esa revisión, lo que, en la práctica implica una violación del CEDH. Nos encontramos, en consecuencia, ante una cadena perpetua en toda regla.

5.4. Antes de cerrar este punto, es necesario salir al paso de dos argumentos en defensa de la institución.

a) Se dice que como nos encontramos ante una figura excepcional, será también de aplicación excepcional. Sin embargo, la realidad demuestra que una vez creada una institución su fuerza expansiva hace inevitable, tarde o temprano, su extensión a otros supuestos. Un ejemplo claro es el de la libertad vigilada, acerca de la cual se dijo en el año 2010 que era también una figura excepcional y que ahora se aplica de modo indiscriminado. Si se tiene en cuenta que la mayor parte de los delitos para los que se prevé apenas se han

aplicado en nuestra historia penal, no es necesario tener dotes de adivinación para augurar qué acabará ocurriendo.

b) Se alude también al argumento de derecho comparado, si bien de forma descontextualizada, ocultando que pese a que, efectivamente, hay países, como Alemania, donde existe la prisión perpetua, en esos países la ley penal fija, como regla general, la duración máxima de 15 años para las penas de prisión, (con la única excepción de la prisión perpetua, si bien, para acomodar uno y otro régimen, una vez transcurridos 15 años de prisión perpetua, puede acordarse anticipadamente la libertad (en el proyecto, el plazo se amplía a los 25 años), siendo que en nuestro sistema la reforma de 2003 elevó el límite máximo de cumplimiento a los 40 años, introduciendo de facto un régimen de cadena perpetua que, además, carece de posibilidad de revisión. (No se entiende, por otro lado, por qué razón no se extiende esa garantía de revisión a las penas de 25,30 o 40 años vigentes aplicables conforme a las reglas de acumulación conforme al artículo 76 CP).

6. Desalentando el ejercicio de derechos fundamentales: la regulación de los delitos de atentado y contra el orden público.

6.1. Hay muchos otros aspectos problemáticos, pero no quería concluir sin una breve mención a una técnica de incriminación que incide en nuestro sistema de derechos y libertades.

6.2. Como es sabido, el contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas constituye un límite infranqueable para el legislador penal. En otros términos, no se pueden imponer límites de naturaleza penal al ámbito constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental. Pero también, en las zonas grises, aun cuando pueda existir extralimitación en el ejercicio del derecho, si hay acto de ejercicio del mismo, la conducta no puede ser penalmente sancionable. Cuestión distinta es que lo sea en otros órdenes ámbitos. La jurisprudencia del TC así lo ha establecido (STC 136/99). Y para ello, se hace eco de la idea del efecto “desaliento del ejercicio de los derechos”. Ello significa que una reacción penal excesiva frente a un ejercicio incluso ilícito del derecho, puede producir efectos disuasorios sobre su ejercicio legítimo, ante el temor de que cualquier extralimitación sea sancionada. Por tanto, una regulación pena que no tome esto en consideración puede violentar la CE.

6.3. La regulación de los delitos contra el orden público desconoce esta doctrina. Es evidente que hay una clara intención de ampliar y endurecer la protección del orden público, con la idea puesta en situaciones sociales conflictivas como las actuales. Pero esa situación social no se resuelve con el derecho penal. Menos aun comprometiendo las libertades de expresión, reunión y manifestación. Ejemplo de ello es lo siguiente:

a) El tipo básico formula de modo más amplio y vago las conductas (“alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o cosas o amenacen a otros con llevarlos a cabo”), eliminando el elemento subjetivo (“con el fin de atentar contra la paz pública”), lo que extiende exponencialmente su radio de acción.

b) El tipo agravado incluye supuestos discutibles: mero porte de armas o instrumentos peligrosos o actos de violencia “potencialmente peligrosos” sin que se exija peligro concreto, o actos de pillaje.

c) Se añaden dos tipos de incitación o reforzamiento de la disposición a hacer las conductas delictivas (distribución o difusión pública de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de esos delitos o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo: 559).

d) Se autonomiza y amplía la ocupación del domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, establecimientos o locales abiertos al público que causen una “perturbación relevante de su actividad normal” y sin que sea necesario atentar contra la paz pública, lo que evidencia que se persigue criminalizar, a través de la disuasión, a los piquetes informativos.

e) Se crea el tipo de interrupción del funcionamiento de servicios públicos sin que sea necesario causar daños como hasta ahora, alterando sólo de forma grave la prestación del servicio.

La propuesta es sumamente criticable y sólo explicable en clave de desalentar el ejercicio de derechos políticos. En los desórdenes públicos el tipo básico debería limitarse a los actos de violencia sobre personas o cosas con fin y efecto de alteración de paz pública. El tipo agravado, por otro lado, a los casos de peligro concreto para vida o integridad personal grave y, todo lo más, pillaje. Además, deberían desaparecer los supuestos propuestos de incitación o reforzamiento decisión, bastando con un artículo que previera el castigo de provocación, conspiración y proposición, según reglas generales. En cuanto a los tipos de interrupción de funcionamiento de servicios públicos, y movilización injustificada de servicios deberían reconducirse, cuando proceda, a los delitos de daños. Finalmente, las ocupaciones e invasiones debieran tratarse como usurpaciones, bajo el régimen general.

ANEXO: DATOS ESTADÍSTICOS

Fuentes: Los datos estadísticos sobre la situación penitenciaria y encuestas de victimización se extraen de la publicación “Realidad y política penitenciarias” del Observatorio de la Delincuencia (<http://www.oda.uma.es/>). Los datos estadísticos sobre las tasas de criminalidad, del European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics-2010 (<http://europeansourcebook.org/>).

1. Tasa carcelaria.

España presenta una tasa de población penitenciaria de 161 presos por cada 100.000 habitantes, encontrándose por encima de la media de los 27 Estados que componen la Unión Europea (136,8), y siendo sólo superada por 7 países (Hungría, Eslovaquia, República Checa, Polonia, Lituania, Estonia y Letonia). A considerable distancia, por otra parte, de otros Estados más próximos a nuestro entorno cultural (Alemania, con 89,3, Francia, con 103,1, Portugal, con 104,4, o Italia, con 106,6). Además, España presenta la mayor tasa de la Unión Europea de mujeres reclusas (7 % del total de presos, frente a 3,5 % en Francia o 4,3 % en Italia), y se encuentra 12,6 puntos por encima de la media europea (22 %), con un 34,69 % de internos no nacionales. Por tipologías delictivas, el 42 % de los reclusos lo está por delitos patrimoniales

(fundamentalmente, hurtos, robos, robo y hurto de uso de vehículos y otros), el 34 % por delitos contra la salud pública (tráfico de drogas), y el 24 % restante por otros delitos, entre los que destacan mayoritariamente los delitos contra la libertad sexual, las lesiones y los homicidios, por lo que parece evidente que las decisiones político-criminales concentran sus esfuerzos de punición en ciertos tipos de delincuencia clásica.

Pero no sólo el número de personas presas es alto. El tiempo medio que estas personas pasan en prisión, frente a las afirmaciones propagandísticas de que la duración de la prisión es excesivamente benigna, es mucho mayor que en el resto de países europeos. La tasa media de estancia en prisión en España es de 16,9 meses. Muy por encima de los 8,5 meses en Alemania o los 6,7 meses en Bélgica y siendo sólo superada por Portugal y Rumanía. Es decir una persona que ingresa en prisión en España lo hará probablemente, como media, el doble de tiempo que en Alemania.

Con esta gran masa de personas encarceladas, España se encuentra, además, en los niveles más altos de Europa de ocupación de prisiones según la capacidad teórica, sólo superada por Chipre e Italia. Así, si la media se sitúa en 106,1%, España tiene una tasa de ocupación de 141,1 %.

Por lo que se refiere a la mortalidad en los centros penitenciarios, ocupamos el tercer puesto con una tasa de 45,1 internos fallecidos por cada 10.000 presos, sólo superada por Eslovenia y Portugal.

Finalmente, desde la perspectiva del coste económico, España se encuentra entre los países que menos gasta por preso (51,85 euros por día), frente a los 94,41 euros de Alemania, 209,89 euros de Dinamarca, 203,93 euros de Holanda, 121,25 euros de Italia o 253 euros de Irlanda.

2. Tasa de delitos

Las anteriores cifras no pueden encontrar justificación en que en el Estado español se cometan más delitos. No es riguroso afirmar que exista un problema de seguridad ciudadana o un número de delitos superiores a la media de los Estados de la Unión Europea.

Los datos reflejan lo contrario, con tasas de delincuencia inferiores a la de otros grandes países de la Unión Europea. Así, la tasa total de delitos por cada 100.000 habitantes es de 7603 en Alemania, 5795 en Francia, 10368 en Finlandia, 7247 en Austria o 9156 en el Reino Unido, frente a los 5110 en España. Por otra parte, los estudios de victimización, que tienen por objeto el hallazgo de información fiable frente a los déficits que presentan las estadísticas del Ministerio de Interior, revelan que entre 1989 y 2008 se produce una tendencia descendente para prácticamente todas las categorías de delitos en el Estado español. Por contrapartida, se da la paradoja de un incremento acelerado de la población penitenciaria.

Todos los estudios criminológicos muestran como el aumento de personas encarceladas no guarda relación con el incremento de la criminalidad, sino con la política penal. Es falaz, por otra parte, la afirmación de que cuando se aumentan las penas se esté dando respuesta a un problema no resuelto. Ese problema, en muchas ocasiones no existía, y son los medios de comunicación repitiendo afirmaciones de responsables políticos los que transmiten una falsa sensación de peligro y de impunidad. De hecho, los estudios de victimización ponen de relieve que, pese a que existe una

tendencia descendente de la criminalidad, más del 88 % de los encuestados cree que la delincuencia ha aumentado mucho o bastante, lo que refuerza la idea de que la visión distorsionada del aumento de la delincuencia se debe más a la información recibida por los medios de comunicación que a la experiencia personal vivida. Por otra parte, las estadísticas también demuestran que el aumento de las penas de prisión no determina una reducción de los hechos delictivos. Ejemplo paradigmático son los Estados Unidos de América con una tasa de presos de 743 por 100.000 habitantes, frente a la media europea de 136, con un índice de delitos notablemente superior. No se pretende, por tanto, proteger a la ciudadanía, sino instrumentalizar simbólicamente el destino de personas que han cometido un hecho delictivo.

José Luis Ramírez Ortiz es magistrado de la audiencia provincial de Barcelona y miembro de la asociación no gubernamental del Grupo de Estudios de Política Criminal.

Sinpermiso electrónico se ofrece semanalmente de forma gratuita. No recibe ningún tipo de subvención pública ni privada, y su existencia sólo es posible gracias al trabajo voluntario de sus colaboradores y a las donaciones altruistas de sus lectores.

www.sinpermiso.info, 11 de mayo de 2014