

*Grado en Derecho*  
Trabajo de fin de grado (21067/22747)  
Curso académico 2019-2020

# **UNA ALTERNATIVA A LA SOBRECRIMINALIZACIÓN**

Iker Freiria Tomàs

194008

Jesús-María Silva Sánchez



## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD**

Yo, Iker Freiria i Tomàs, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original i que soy el único autor, sin incluir ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo en los casos indicados a lo largo del texto.

Como a autor de la memoria original de este Trabajo Fin de Grado autorizo la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repositori: Repositorio Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada para o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Iker Freiria Tomàs  
Molins de Rei, a 15 de junio de 2020

## **RESUMEN DE CONTENIDO**

Las páginas de este trabajo versan sobre la dinámica de la sobrecriminalización, imperante en nuestro sistema jurídico y al respecto de la cual, como consecuencia de una detallada crítica, se plantean en formato gradual y ordenado una serie de alternativas para revertirla.

# ÍNDICE

## ABREVIATURAS EMPLEADAS

## INTRODUCCIÓN

### PARTE I: MARCO TEÓRICO Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO

1. Marco teórico acerca de la sobrecriminalización
  - I. Deber de obediencia al Estado
  - II. Justificación de la intervención penal
  - III. Justificación de la sanción penal
  
2. Apuntes de derecho comparado: contraste entre los sistemas penales continental-europeo y anglo-americano
  - I. Codificación penal
  - II. Importancia del principio de culpabilidad
  - III. Importancia del principio de proporcionalidad
  - IV. Importancia de los elementos limitadores de la antijuridicidad y la culpabilidad

### PARTE II: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA: DISECCIÓN DE UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA

1. Poder mediático
  - I. Víctimas
  - II. Presunción de inocencia
  - III. Legislación penal
  - IV. Acción de la justicia
  
2. Opinión pública
  
3. Poderes ejecutivo y legislativo
  - I. El Estado no garante
  - II. Últimas reformas del Código Penal
  - III. Elección de la cúpula judicial: el curioso caso del Consejo General del Poder Judicial

4. Poder judicial
  - I. *Juicio al proces*
  - II. *Doctrina Parot*

5. Sumario

### PARTE III: DE LA ALTERNATIVA POSIBLE A LA ALTERNATIVA NECESARIA

1. De la avaricia a la deontología y profesionalidad
2. Del morbo y el miedo a la libertad
3. Del Estado ausente al Estado garante
4. Los equivalentes funcionales de la pena
5. Una justicia de perdón y reconciliación
6. Destipificación

### CONCLUSIÓN

### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

### BIBLIOGRAFIA

### ANEXOS

- I. Carta a la Sala Segunda del Tribunal Supremo



## **ABREVIATURAS EMPLEADAS**

- CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- CE: Constitución española de 1978
- CP 1973: Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.
- CP 1995: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo es, ni más ni menos, por un lado una oda a la esperanza, a la justicia y a la creación y, por el otro, una declaración de guerra a lo absurdo, a la cutrez y a la negación.

De un lado, la esperanza es una de las tres virtudes teologales, relativa a la confianza de los cristianos en las promesas de Jesús, apoyándonos no en nuestras fuerzas, sino en los auxilios de la Gracia del Espíritu Santo. La justicia es una de las cuatro virtudes cardinales, la cual se contrapone a la malicia de voluntad. Finalmente, la creación es el fruto de la voluntad de paso de la nada al todo.

De otro lado, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, absurdo es aquello contrario y opuesto a la razón, que no tiene sentido alguno. El mismo atribuye a cutrez la calidad de lo cutre, es decir, aquello pobre, descuidado, sucio o de mala calidad. Por último a negación le adjudica la carencia o falta total de algo, en este caso de sentido.

En un plano conceptual menos etéreo y general, en este trabajo planteo una enmienda constructiva y a la totalidad de la dinámica de la sobrecriminalización, imperante en nuestro sistema penal y causa de su embrutecimiento paulatino durante los últimos años. Es constructiva, puesto que, como consecuencia de la crítica a la totalidad que efectúo, trazo unas pocas pinceladas, quizás un tanto gruesas y ambiciosas, a modo de alternativa opuesta a la sobrecriminalización.

Personalmente, la elección de la temática se debe a la voluntad de un servidor de perfeccionar una pequeña porción del orden de la creación, es decir, aquello que nos rodea y está a nuestro alcance. En este caso, a partir de la observación de las principales carencias de nuestro sistema penal, planteo una alternativa que lo mejore y haga más óptimo y justo.

En primer lugar, ubico al lector en un breve marco teórico al respecto de los temas que trato en el trabajo, a saber, el deber de obediencia al Estado y las justificaciones de la intervención y sanción penales. Adicionalmente, a modo de contraste, elaboro unos pocos apuntes relativos a las grandes diferencias entre los sistemas penales continental-europeo y anglo-americano.



En segundo lugar, me adentro en la crítica a la sobrecriminalización, centrada en la atribución pormenorizada de responsabilidad a los, a mi modo de ver, principales artífices de la dinámica, a saber los medios de comunicación, la opinión pública y los tres poderes del Estado.

En tercer y último lugar, planteo de modo gradual la implementación de seis medidas para transicionar ordenadamente hacia un sistema penal más óptimo y justo.

## **PARTE I: MARCO TEÓRICO Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO**

### **1. MARCO TEÓRICO ACERCA DE LA SOBRECriminalIZACIÓN**

Antes de adentrarme en los confines de la problemática tratada en este trabajo, encuentro oportuno hacer énfasis en un breve marco teórico de la misma, a fin de acotar las ideas que van a desarrollarse posteriormente, a saber, (i) el deber de obediencia al Estado, (ii) la justificación de la intervención penal y (iii) la justificación de la sanción penal.

#### **I. Deber de obediencia al Estado**

En un primer nivel, basándome en las teorías contractualistas a este respecto, puede afirmarse que el origen y fundamento de los regímenes socio-políticos se encuentra en un contrato social, contraído de forma explícita o implícita. Mediante este, el Estado, como herramienta para el gobierno, a cambio de ejercer de garante en la protección y promoción de elementos que valoran y buscan los gobernados (o ciudadanía), impone a estos un cuerpo de normas que limita sus libertades.

Así, por una parte, el Estado se compromete a ejercer de garante y se permite, justificado por ello, imponer sus normas a la ciudadanía, por la otra, la ciudadanía se compromete a acatar las normas del primero a cambio de que el Estado cumpla con su rol de garante.

A esta primitiva fuente de legitimidad de la autoridad del Estado se le añade una nueva fuente de legitimidad, la democrática. De este modo, la participación de la ciudadanía en la elección, ya sea de forma directa o indirecta, de los participantes en la elaboración del cuerpo de normas que le vincula dota de legitimidad democrática al deber de obediencia al Estado. Pero, a la hora de justificar su obediencia, esta fuente de legitimidad, en las democracias liberales, es condición necesaria, pero no suficiente.

Dicho esto, ¿en qué consiste el papel de garante del Estado?

Pues bien, las autoridades públicas, vinculadas por dicho contrato social han de satisfacer unas prestaciones mínimas para justificar el deber de obediencia a sus normas. Dichas prestaciones, en función del régimen socio-político que se trate, suelen basarse

en unas mínimas condiciones de vida, el orden público, la propiedad, la seguridad de los ciudadanos, etcétera.

Como consecuencia de ello, el profesor Jesús-María Silva, en su libro *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*<sup>1</sup>, introduce la idea de la precondicionalidad del deber de obediencia al Estado. Así, ante una infracción legal, antes de afirmar la legitimidad del Estado para castigar la conducta, se vuelve necesario efectuar un juicio jurídico-político sobre la pretensión estatal de exigir al autor de dicho ilícito una conducta distinta. En este sentido, Silva cuestiona que esté justificado por parte del Estado exigir al autor una conducta distinta en entornos socio-económicos excluidos para los cuales, como consecuencia de su dejación de funciones, el Estado no ejerce de garante.

## **II. Justificación de la intervención penal**

En un segundo nivel, la intervención del derecho penal, en detrimento del resto de ramas del ordenamiento jurídico para perseguir y castigar infracciones legales, se encuentra justificada cuando *pasa el tamiz* de sus principios limitadores<sup>2</sup>:

- i. Intervención mínima o *ultima ratio*, es decir, subsidiariedad del resto de ramas del ordenamiento en su actuación. El estado sólo intervendrá haciendo uso del derecho penal para proteger los bienes jurídicos cuando se manifiesten ineficaces los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho.
- ii. Legalidad penal, emanado del artículo 9.3 de la CE, de naturaleza consustancial al Estado de Derecho, con reserva del ley de sus disposiciones, en relación a que nadie puede ser castigado penalmente por hechos que no estén definidos como delito en una ley anterior a la perpetración del hecho, del cual se derivan las cuatro garantías penales: la criminal o *nullum poena sine lege* (arts. 1, 4 y 10 CP), la penal e irretroactividad de las disposiciones no favorables (arts. 25.1 CE y 2 CP), la jurisdiccional (arts. 24 y 117.3 CE, 3.1 CP, 1 LECrim. y 9.1 LOPJ) y la de ejecución (arts. 3.2 CP y 2 LOGP).

- iii. Culpabilidad o reprochabilidad, consagrado por el Tribunal Constitucional como básico y estructural a todo el derecho penal<sup>3</sup>, por el cual solo se castiga al que lo hace en el ejercicio normal de su autonomía personal, en relación al reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 10 CE).
- iv. No discriminación, en relación a establecer un trato igualitario a sectores socio-económicos históricamente marginados (art. 14 CE).
- v. Proporcionalidad, en relación la imposición de la sanción penal en relación a la gravedad del ilícito cometido (arts. 4.3 y 6 CP y SSTs 150/1991 y 59/2008).
- vi. Resocialización, en pro la función reeducativa y de reinserción social de las penas (arts. 25.2 CE y 1 LOGP).
- vii. Dignidad de las personas y humanidad de las penas (arts. 10, 15 y 25 CE).
- viii. *Non bis in idem*, por el que se prohíbe que el mismo hecho sancionado de castigue más de una vez (art. 25.1 CE y SSTC 2/1981, 66/1986, 154/1990 y 204/1996).
- ix. Interpretación penal, por el cual la labor interpretativa se limita a la exigencia de taxatividad y certeza derivada del principio de legalidad (arts. 1.6 y 31 CC). Así, se prohíbe la analogía.

### **III. Justificación de la sanción penal**

En un tercer nivel, la imposición de la sanción penal, o pena, también debe ser justificada por las autoridades públicas. En este sentido, y, haciendo una especial mención a la clásica distinción teórica entre las corrientes retribucionista y consecuencialista, me centraré en este punto en las funciones de la pena. Así, nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el de los países de nuestro entorno, prevé una doble funcionalidad a la pena.

Por un lado nos encontramos con la función resocializadora, enmarcada en el artículo 25.2 CE y centrada en la utilidad rehabilitadora de la sanción penal, a fin que el autor de

la conducta sancionada sea consciente de la ilicitud de la misma y, mediante la sanción impuesta por el Estado, pueda reinserirse con normalidad en la sociedad. Así, la pena adopta una función reeducadora, destinada a prevenir, por parte del autor, la comisión de otra conducta sancionada.

Por otro lado, nos encontramos con la función retributiva de la pena. Así, en estrecha relación con el principio de proporcionalidad, al autor de una conducta sancionada se le deberá imponer una pena, es decir, infligir un dolor que guarde relación con la gravedad de su conducta: cuanto más grave se considere la conducta, mayor será el dolor que se le inflija. Como consecuencia de ello, teniendo en cuenta la naturaleza sensible del dolor, por lo tanto, enteramente subjetiva, la gradación de las penas en función de su gravedad reviste una ausencia intrínseca de carácter objetivo.

Además, cabe destacar a este respecto, la dualidad que Silva<sup>4</sup> traza entre las partes simbólica y aflictiva de la pena. Así, la parte simbólica es la manifestación por parte del Estado del ilícito penal y la asignación de una sanción al mismo, mientras que la parte aflictiva es la ejecución de la misma, es decir, la aflicción, la causación por parte del Estado de dolor al autor de la conducta sancionada. En este sentido, urge poner de relieve que, como se detallará más adelante, no siempre que se impone la parte simbólica, está justificada la imposición de la parte aflictiva de la pena.

## **2. APUNTES DE DERECHO COMPARADO: CONTRASTE ENTRE LOS SISTEMAS PENALES CONTINENTAL-EUROPEO Y ANGLO-AMERICANO**

Partiendo de las ideas sobre la sobrecriminalización y, en consecuencia, del embrutecimiento del sistema penal, a que hacía referencia en las líneas que anteceden a estas, invito al lector a desenfocar la perspectiva del sistema penal español para contrastar dicho sistema, en el contexto de la comunidad jurídica continental-europea, con el de los países de tradición jurídica basada en el *common law*, especialmente en los Estados Unidos<sup>5</sup>. En este sentido, si nos parece que durante los últimos años el derecho penal español, en la línea de otros países de nuestro entorno, ha sufrido un gradual embrutecimiento, podemos, por un momento, sentir un cierto alivio al contrastarlo con la, permítaseme, dantesca situación al otro lado del Atlántico. Así, el hecho de que aquí lo tengamos mal no quita que en otros países las cosas *pinten* todavía peor.

Sin lugar a dudas puede afirmarse que la sobrecriminalización impregna, ya no solo el sistema penal, sino que la misma configuración social americana<sup>6</sup>.

Entrando en detalle, haciéndome eco del trabajo del profesor Fernando Molina<sup>7</sup> en el que se contrastan los enfoques continental-europeo y anglo-americano acerca de la problemática de la sobrecriminalización, podríamos determinar que las dos grandes diferencias que separan a ambas concepciones del derecho penal son, (i) por un lado, la codificación penal y, (ii) por el otro, la mayor o menor importancia que se le da al principio de culpabilidad.

A estas dos grandes diferencias señaladas por Molina, añadiría una tercera y una cuarta, basadas en las conclusiones de la crítica que hace el profesor Stephen F. Smith en su artículo *Overcoming Overcriminalization*<sup>8</sup> al sistema penal americano, (iii) en relación a la importancia del principio de proporcionalidad de las penas y (iv) a la importancia de los elementos limitadores de la antijuridicidad y culpabilidad.

## **I. Codificación penal**

En contraste con la codificación generalizada del derecho penal, al igual que de la mayoría de la legislación, de los cuerpos legales de los ordenamientos jurídicos basados en la tradición romana del derecho civil, los ordenamientos jurídicos basados en la tradición jurídica del *common law*, en su mayoría con ausencia de sistematización de la organización de la legislación en códigos, disponen de sus leyes penales de forma dispersa.

Así, ciñéndose a los ordenamientos jurídicos estatales de los Estados Unidos, Smith señala que dicha ausencia de codificación en materia penal, más necesaria si cabe que del resto del ordenamiento jurídico por el principio de taxatividad legal que caracteriza al derecho penal, es una fuente injustificable de inseguridad jurídica. A este respecto, Smith disecciona la problemática des del enfoque cuantitativo y cualitativo.

Cuantitativamente, acertadamente determina que la no-codificación penal favorece la expansión del mismo. Así, el hecho, por poner un ejemplo, que el U.S. Code<sup>9</sup> regule penalmente el fraude con más de 300 disposiciones ambiguas, que se solapan contradictoriamente las unas con las otras, facilita enormemente que la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante, SCOTUS<sup>10</sup>), empujada por la instintiva voluntad punitiva de los fiscales federales, realice una interpretación deliberadamente expansiva

de las disposiciones penales. Todo ello hace que, hasta para los profesionales de la práctica jurídica, sea complicado localizar los imperativos penales.

A modo ilustrativo, cambiando la regulación del fraude por la de las prácticas corruptas, el solapamiento de la legislación a este respecto no solo se produce a nivel federal, sino que nos encontramos con que el legislador federal ha entrado a legislar materias en concepto de corrupción ya reguladas a nivel estatal. Así, a través de *McNally v. U.S.*<sup>11</sup>, la SCOTUS ensancha el ámbito de aplicación de la norma federal que tipifica y castiga el soborno en el que esté involucrado un funcionario federal asentando jurisprudencia al intervenir, en base a dichas normas federales, en dicho caso sin que mediara la participación de funcionario federal. En consecuencia, se abrió la puerta a que, posteriormente, se empuñaran dichos preceptos para intervenir en casos participados por funcionarios estatales y locales.

Cualitativamente, el hecho que haya demasiados preceptos, separados en distintas leyes y varios años, regulando los mismos tipos penales provoca que la regulación sea ambigua, redundante y contradictoria, es decir, de mala calidad. Así, el solapamiento de tipos y, en consecuencia de penas, para los mismos hechos provoca que, para sorpresa de pocos, los fiscales federales, empujados las directrices del U.S. *Department of Justice* condicionen la interpretación de la SCOTUS usando la disposición, de entre las infinitas que el U.S. Code les permite seleccionar leoninamente<sup>12</sup> y a la carta, que prevé una pena más alta. Ello permite que en los últimos tiempos se haya llevado a cabo una redefinición de tipos para la imposición de penas más altas.

Todo ello ha sido posible gracias, por un lado, a la pasividad del legislador federal, que ha permitido que, a causa de su torpeza al legislar solapadamente las mismas conductas criminales, se desdibuje su supremacía en la definición de los tipos; y, por el otro, a los tribunales que, presos del temor de dejar conductas ilícitas sin castigar, han permitido que sea la fiscalía la que seleccione la regulación que más se ajusta a sus intereses indefectiblemente punitivos.

Así, la *rule of lenity*, basada en el principio de la interpretación *in dubio pro reo*, implementada esporádicamente en la actualidad por algunos tribunales y destinada a combatir la usurpación de funciones de la fiscalía al legislativo que supone la redefinición de tipos, se ha substituido por la *rule of severity*, mucho más popular entre la mayoría de tribunales y, por supuesto, la fiscalía.

## **II. Importancia del principio de culpabilidad**

La ausencia de la teoría de la *mens rea*<sup>13</sup>, como requisito para graduar la culpabilidad de un ilícito penal propia de la legislación penal americana, sin que haya líneas jurisprudenciales asentadas que aclaren dicha anomalía, vista desde la óptica continental-europea, favorece que los fiscales aprovechen la indefinición para *obtener* penas indistintamente altas, al margen de consideración alguna por la presencia o ausencia de *mens rea* en la actitud del autor.

## **III. Importancia del principio de proporcionalidad**

La imposición de las *federal mandatory guidelines*, estableciendo penas mínimas imponibles de forma obligatoria a los tribunales federales hace que, en muchos casos, dichos límites mínimos sobrepasen los máximos que establecen las regulaciones estatales. Así, dada la dinámica intervencionista del legislador federal en materias cubiertas por la regulación estatal, curándose en salud, no vaya a ser que al legislador estatal se le escapen conductas ilícitas sin penar, los fiscales federales una vez más, haciendo uso de su olfato punitivo, seleccionan la legislación que más pena prevé.

Todo ello es especialmente llamativo en la tipificación y castigo de las conductas contra las cuales las sucesivas Administraciones federales han centrado su política criminal. Ejemplo de ello es la durísima y desproporcionada regulación del tráfico de drogas, el crimen organizado y la corrupción. *Evans v. U.S.*<sup>14</sup> constituye un buen ejemplo de ello: para un caso de pago de comisiones a un funcionario público, la SCOTUS condenó al acusado haciendo uso de la *Hobbes Act*<sup>15</sup>, a 20 de años de privación de libertad, cuando la regulación estatal competente preveía para los mismos hechos un máximo de 5 años de prisión. La artimaña consistió en equiparar el pago de comisiones con la extorsión a un funcionario público y así, aplicar la ley federal.

## **IV. Importancia de los elementos limitadores de la antijuridicidad y la culpabilidad**

La ausencia de una estructurada y conceptualizada teoría jurídica del delito, herencia de la penalística alemana e implantada en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, permite que elementos indispensables para justificar la limitación de la antijuridicidad de un hecho, sobretodo en relación a las causas de justificación, y para limitar la culpabilidad del reo, en sede de inimputabilidad, queden olvidados. Así,



provoca que las cárceles americanas estén llenas de presos que, en las mismas circunstancias, serían declarados inocentes en Europa.

## **PARTE II: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA: DISECCIÓN DE UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA**

Es mi intención, de cara a, como se apunta intencionadamente en el título de esta parte, diseccionar la responsabilidad compartida, haciendo referencia a cada actor interviniente en el proceso de sobrecriminalización que en este trabajo se trata.

En este sentido, al revestir esta dinámica de una cierta complejidad, la cual debe tratarse con la debida atención a los matices y a la concreción conceptual, lejos de concentrar la crítica en un solo actor, como si solo de uno dependiera, o, por otro lado, realizar una crítica genérica sin señalar esferas de responsabilidad concreta, estimo oportuno adentrarme en los matices de la atribución de parcelas de participación en la problemática.

Así, trataré de modo separado los cinco actores que, a mi modo de ver, han contribuido a la nociva dinámica de la sobrecriminalización: por un lado, los medios de comunicación (bajo la consideración, por motivos obvios, de *poder mediático*) y la opinión pública y, por el otro, los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial).

Todo ello, lejos del vano afán de limitarme a buscar culpables, se explica puesto que para el planteamiento de alternativas concretas y viables para hacer frente a la problemática, es necesario hacer un ejercicio de detección de las muchas causas concretas que componen la problemática de la sobrecriminalización.

### **1. PODER MEDIÁTICO**

La nociva dinámica de la sobrecriminalización tiene como uno de sus mayores artífices y causantes la poderosa contribución de los medios de comunicación.

Así, en una era mediática en la cual el titular y la inmediatez es más importante que el análisis, en la cual, hasta para el menos asiduo de los lectores de prensa, radioyentes o televidentes, resulta increíblemente fácil determinar de qué *pie cojea* ideológicamente la línea del emisor de la noticia, en la cual se simplifica la realidad hasta límites infantiles; el caldo de cultivo para la desinformación, o la información interesada, se encuentra servido en bandeja.

Y sí, con la aparición de una multiplicidad de emisores de información en el contexto de la revolución digital, surgió la oportunidad de, dada la infinita variedad de fuentes para informarse, favorecer una visión de la realidad más contrastada e independiente. Ahora bien, esta multiplicidad de fuentes ha dado pie a la difusión intencionada de los llamados *bulos* o *fake news*, noticias falsas que, lejos de informar, contribuyen a desinformar a la población, siempre con la intención de difundir sutilmente una determinada línea de pensamiento.

Cendrándonos en la sobrecriminalización, la principal herramienta mediática al servicio de esta dinámica se centra en el intencionadamente desproporcionado despliegue de la mayoría de medios de comunicación en el tratamiento de crímenes que, según sea la línea editorial del medio, se consideran más graves. Esta evidente falta de profesionalidad, a la par atentado contra la deontología periodística, se erige como el gran poder para moldear la ya de por sí voluble opinión pública. De ahí que bautice a los medios de comunicación con el nombre de poder mediático.

Además, se junta a ello la propensión humana a que nos llamen adictivamente la atención los casos más extremos, aunando en ese afán morboso de disponer más información sobre ellos: más imágenes de la víctima, del autor, del lugar de los hechos, de su entorno, etcétera. En fin, a la que uno se da cuenta ya lleva horas pegado al televisor, la radio o a los medios en línea.

Por si no fuera poco, la consecuencia más nociva de estas espurias prácticas periodísticas entre la población, causada por la voluntad de moldear la opinión pública y el morbo de esta, consiste en la creación permanente de una sensación de alarma y peligro entre la población. De este modo, del árbol de la *metralla* mediática con los casos más extremos (asesinatos y secuestros de menores por sus padres, violaciones de menores en grupo, atentados terroristas, grandes tramas de corrupción, crimen organizado, carterismo, vandalismo urbano, etcétera) cae la fruta madura de la sensación permanente de peligro. Así, la información percibida altera sustancialmente la sensación de seguridad o inseguridad<sup>16</sup>.

Todo ello adopta la forma de un círculo vicioso: por un lado, los medios se mueven por el afán de moldear la opinión pública en base a su línea editorial y, por el otro y a su vez, seleccionan y despliegan su atención en aquellos crímenes que suscitan el mayor morbo y alarma pública entre la población para, así, aumentar sus cifras de audiencia.

Visto lo visto, no debería sorprender a nadie que las dos cadenas de televisión que año tras año se sitúan en la cabeza de las más vistas en España sean las que llevan a cabo este tratamiento mediático de los crímenes: una letal combinación de morbo y alarma pública<sup>17</sup>.

En un plano más concreto, las consecuencias de lo expuesto en este apartado se manifiestan desde cuatro perspectivas, la unión de las cuales confirma la tesis que expongo.

### **I. Víctimas**

Por mucho que exista la sensación, más bien primaria, de que el despliegue mediático se posiciona siempre a *favor de las víctimas*, pensemos, por ejemplo, en los crímenes que antes exponía, no quita que, como consecuencia del intrusivo y morboso tratamiento mediático, las víctimas de dichos crímenes se sitúen en el *ojo del huracán*. Así, el nombre de las mismas, su rostro, su aspecto, su domicilio, su vida queden expuestos a los ojos de la opinión pública, todo ello para dar pie a especulaciones de todo tipo, en muchos casos abiertamente insidiosas, para que cada lector, oyente y televidente se forme su particular versión de los hechos. Todo ello contribuye de un modo extraordinario a la victimización de las mismas, es decir, a una incapacidad manifiesta de *curar las heridas* que para ellas y su entorno ha supuesto el sufrimiento inherente al crimen.

De este modo, la reconciliación con el autor, clave para el restablecimiento de la convivencia social y jurídica rota por el crimen, encuentra a uno de sus mayores obstáculos en el despliegue mediático que se efectúa sobre los mismos.

Así, lejos de proteger a las víctimas, respetar su dolor y promover su reconciliación, los medios acaban *tomándolas por rehenes*, instrumentalizándolas en su afán espurio de engordar sus cifras de audiencia.

### **II. Presunción de inocencia**

Dicho tratamiento mediático favorece, además, la proliferación simultánea de una multiplicidad de juicios paralelos en relación a los hechos que rodean al crimen sobre el que versa el despliegue de medios. Así, al igual que la víctima, el presunto autor de los

hechos, a la par que su entorno, se encuentra expuesto a la presión mediática con la misma intromisión en su esfera privada.

De un modo contrario al juicio reglado, con las respectivas garantías que protegen a ambas partes, en el caso del autor, el respeto a los principios de legalidad, oficialidad, contradicción, igualdad de armas, etcétera y, sobretodo, la presunción de inocencia, en el caso que se celebre juicio; el juicio mediático se produce paralelamente y sin respeto alguno por las garantías mencionadas.

Así, el básico y crucial hecho que el presunto autor de los hechos no es culpable hasta que una sentencia así lo establece cae en el olvido para los medios que, como si estuvieran retransmitiendo un evento deportivo -ejemplo de ello son los estridentes nombres con los que bautizan a los casos, cualquier matiz que quita emoción y morbo a lo que se explica no es digno ni de su más mínima atención y respeto.

De este modo, nos encontramos con sonados casos que, como consecuencia del juicio reglado, se produjo la libre absolución del encausado, pero, como el juicio mediático también llevó su curso, el inestimable deterioro de la reputación, dignidad y honor del encausado costó años de reparar.

Todo ello pone de relieve que, a diferencia de la importancia de la presunción de inocencia, característica de los juicios reglados, los juicios mediáticos se caracterizan por la presunción de culpabilidad y la deshumanización.

### **III. Legislación penal**

La sombra de la presión mediática también se proyecta de forma significativa en la tarea legislativa. Así, la retroalimentable sensación de inseguridad y peligro permanente que los medios de comunicación contribuyen a infundir en la opinión pública presiona la expansión del derecho penal a través de la legislación.

De un modo intuitivo, casi por instinto, la respuesta legislativa que se ha producido durante estos últimos años, a modo de contestación a los graves crímenes que los medios han exprimido en búsqueda de sus espurios fines, ha consistido en un endurecimiento y, en consecuencia embrutecimiento, de la legislación penal.

A modo de ejemplo, la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género incluyó un paquete de *retoques* al Código

Penal<sup>18</sup>, los cuales, para sorpresa de pocos, iban encaminados a un endurecimiento generalizado de las penas y condiciones penitenciarias en los casos de violencia doméstica. Así, lejos de promover el restablecimiento de la convivencia social y jurídica rota por el crimen, dichas medidas, alimentadas por la presión mediática, *echan sal a la herida* dificultando su superación.

Ecuánimemente, también cabe señalar que la última reforma del Código Penal incluyó como una de sus medidas estrella, a modo de *muestra del rechazo de la sociedad* a graves crímenes, la pena permanente revisable. Con el paso del tiempo y la proliferación de voces críticas con dicha medida, el partido político que legisló activamente para su inclusión en el Código Penal tuvo la brillante y descarada idea de defenderla a través del padre de una de las víctimas cuyos crímenes fueron *ajusticiados* con la misma.

En definitiva, el marco de la práctica legislativa constituye el escenario perfecto para que la presión mediática cristalice en Ley.

#### **IV. Acción de la justicia**

Finalmente y no por ello menos crucial, la simultánea proliferación de juicios mediáticos, patrocinada por el tratamiento que llevan a cabo los medios de comunicación, sitúa a la acción de la justicia en una posición difícil. La dificultad de su posición radica en la presión mediática a la cual están inevitablemente expuestos los tribunales y, en consecuencia, los jueces y magistrados.

Si uno observa la representación de la alegoría a la justicia verá que una venda tapa sus ojos. Este crucial detalle a mi modo de ver representa la abstracción de la realidad que la acción de la justicia debe garantizar. Así, la garantía de esta abstracción ha de asegurarse mediante el respeto a unas mínimas condiciones, cruciales cuando están en juego derechos y libertades fundamentales en el sí del proceso penal, a saber, que la acción de la justicia se lleve a cabo con tranquilidad, con deferencia y respeto, con la atención a los detalles y matices que una deliberación formal merece.

Desgraciadamente, el ruido, la estridencia y la exageración que caracteriza, salvo contadas excepciones, al despliegue mediático actúa de forma disruptiva e intrusiva. Así, los jueces y magistrados, a la par que su respectiva esfera privada, también se encuentran expuestos a la incansable presión mediática. Ello llega al límite de la

coacción y el descrédito cuando las medidas, así como la sentencia que se dicta no se encuentran en la línea de las conclusiones acerca de los hechos que se han producido en el juicio mediático.

A este respecto, el lector recordará, por ejemplo, el *acoso y derribo* mediático que se produjo contra los magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Navarra a raíz del mediático caso de *la manada*. Así, el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en respuesta al recuso que contra el fallo de la Audiencia Provincial se interpuso, no cabe duda que se redactó en el clima de presión mediática que contribuyó al mismo.

## 2. OPINIÓN PÚBLICA

La razón por la cual dedico un apartado propio al respecto de la atribución de responsabilidades compartidas en la dinámica de la sobrecriminalización radica en su crucial contribución a la misma.

En el contexto de las sociedades plurales y democráticas la opinión pública se sitúa metafóricamente en el centro de una diana: esta, ya sea desde la óptica del votante o del consumidor, se ha convertido en el premio a conquistar. A este respecto, grandes campañas de marketing son desplegadas a la caza de potenciales votantes y consumidores del producto de se oferta.

Todo ello sitúa a la opinión pública en la base de la problemática descrita: la *cruzada* sobrecriminalizadora emprendida por los tres poderes del Estado y los medios de comunicación no sería posible sin la contribución de la opinión pública.

Así, la principal diferencia entre los poderes que se describen (incluido el mediático) y la opinión pública se encuentra en que los primeros llevan a cabo una contribución activa, pública y notoria, mientras que la opinión pública se mueve, generalmente, en el plano más pasivo.

Parto de la base que la opinión pública está formada por la multitud de esquemas mentales y de juicio que se forma en el fuero interno de los miembros de una sociedad. En consecuencia, la pregunta radica en plantearse ¿cómo se forma la opinión pública?

Pues bien, generalmente<sup>19</sup> y a pesar de la multiplicidad de fuentes de acceso a noticias e información de que se dispone en la actualidad, tal y como señalaba, la opinión pública se sigue formando en base a un acceso a la información no contrastado. Ello quiere decir que esta se forma en base a una o dos fuentes de información (canales de televisión y radio, periódicos, los llamados *influencers* y opinadores, a través de las redes sociales, etcétera).

En consecuencia, la ausencia de un suficiente contraste de información proveniente de distintas fuentes favorece la asimilación acrítica de la información. Esta ausencia de crítica favorece, a su vez, la asimilación de las líneas de pensamiento que la fuente difunde y la sensación de alarma que, en el caso de la sobrecriminalización, se pretende.

Así, si a ello se le añade la promoción del primario instinto del morbo para atraer a más consumidores de su producto periodístico (por llamarlo de alguna manera), se crea un incentivo perverso a la difusión sensacionalista de la información y su consumo.

La pasividad general con la que la opinión pública se aproxima al acceso a la información contrasta con el enorme poder que atesora. Es la opinión de la realidad que se forma cada votante la que determina su sentido del voto. Así, cada voto contribuye a la elección de los representantes públicos que, a su vez, elaboran y dan cumplimiento a las leyes que rigen en la sociedad.

En definitiva, la opinión pública atesora la legitimidad democrática del ejercicio de los poderes públicos, es decir, participa en su formación. Además, tiene en su mano, en la mano de cada ciudadano que desea informarse, el poder de decidir a través de qué medios lo hace. Ahí radica su responsabilidad en la dinámica sobrecriminalizadora.

### **3. PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO**

Trataré de forma conjunta la atribución de responsabilidad a ambos poderes, por la estrecha relación funcional que en la práctica a ambos caracteriza en las democracias parlamentarias, en las que, en su mayor parte, la iniciativa legislativa, en la consecución de un programa de gobierno, es ejercida por el poder ejecutivo.

#### **I. El Estado no garante**



En el sentido de lo que señalaba en el apartado del marco teórico, en relación a la precondicionalidad del deber de obediencia al Estado, resulta llamativo destacar las cifras que se sintetizan en la siguiente tabla, ilustrativas del contraste social entre Sarrià-Sant Gervasi, uno de los distritos más ricos de la ciudad de Barcelona, frente a Ciutat Vella, entre los distritos más pobres:

Indicadores	Distritos	
	Sarrià-Sant Gervasi	Ciutat Vella
Renta familiar disponible (€) <sup>20</sup>	40.022	18.458
Exclusión social <sup>21</sup>	7,4%	31,4%
Fracaso escolar <sup>22</sup>	4,1%	29%
Mortalidad prematura <sup>23</sup>	1754,6/100.000 hab.	3749,7/100.000 hab.
Criminalidad <sup>24</sup>	72/1000 hab.	520/1000 hab.

Así, los datos arrojados en la tabla ponen de relieve que, en magnitudes desgraciadamente elevadas, en zonas y contextos socio-económicos muy concretos el papel de garante del Estado en el mantenimiento de la seguridad, el orden público y la garantía de unas mínimas condiciones de vida está más que ausente.

En este sentido, uno llega a plantearse hasta qué punto un Estado que no cumple con una de sus funciones más elementales, la de garante, está legitimado a exigir que los autores de hechos delictivos a causa de su desprotección actúen de otro modo.

Así, en los contextos socio-económicos más desfavorecidos, con altas tasas de exclusión social, con el fracaso escolar como uno de los síntomas más evidentes de la misma, supone un caldo de cultivo para la criminalidad que más tiene que ver con la desgraciada situación de pobreza que vive el autor de una conducta penalmente sancionada que con un verdadero *mens rea*.

De este modo, volviendo a la idea antes planteada, ¿está legitimado un Estado en dejación de sus funciones de garante para castigar un hecho que él mismo con políticas activas de inclusión social podría haber evitado?

Para responder, visto lo visto, resulta siempre útil acudir a los Evangelios, en este caso el según San Mateo<sup>25</sup>, en el cual acertadamente se reprocha a los que ven en los otros defectos mientras ellos mismos no son capaces de remediar los suyos:

*¿Por qué miras la paja que está en el ojo de tu hermano y no te das cuenta de la viga que está en tu propio ojo? ¿O cómo dirás a tu hermano: “Déjame sacar la paja de tu ojo”, cuando tienes la viga en el tuyo? ¡Hipócrita! saca primero la viga de tu propio ojo, y entonces verás bien para sacar la paja del ojo de tu hermano.*

## **II. Últimas reformas del Código Penal**

En este epígrafe, para un mejor entendimiento de la responsabilidad de los poderes legislativo y ejecutivo en la dinámica de la sobrecriminalización, haré hincapié en las dos mayores reformas del Código Penal en vigor: las Leyes Orgánicas (i) 5/2010, de 22 de junio y (ii) 1/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

### **i. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio**

Para que el lector se haga una idea del momento en el que se aprobó la reforma en cuestión, solo hace falta indicar un dato: la tasa de criminalidad había cerrado el año anterior con su nivel más bajo en una década<sup>26</sup>. Aunque intuitivamente parece que lo más lógico es que mediante dicha reforma se hubieran relajado las penas, fue todo lo contrario, salvo contadas excepciones. De este modo, se procedió al embrutecimiento de nuestro sistema penal.

Así, hasta la fecha de su entrada en vigor, se considera la reforma penal más dura desde la entrada en vigor del CP de 1995, convirtiendo nuestro sistema penal en uno de los más severos de Europa, a pesar que nuestras cifras de criminalidad sean de las más bajas. De ello se jactaba el ministro del Interior del momento, al destacar la inutilidad de la cadena perpetua:

*El sistema penal español es el más duro de Europa, puesto que en España los delitos graves están penados con 40 años de prisión, que se cumplen íntegramente, mientras que en los países europeos en los que existe la cadena perpetua, ésta es revisable a los 25 años y los condenados quedan en libertad si se les considera reinsertados.*

Uno se pregunta a este respecto si esta afirmación, más que ser motivo de orgullo patrio, es más bien motivo de bochorno nacional, sobre todo al hacer referencia ajenamente a los *países europeos*. Debe ser que esta reforma encajaría más en otras latitudes...

En un plano más concreto, las mayores afectaciones que dicha reforma implicó para nuestro sistema penal se centran, a mi modo de ver, en el tratamiento de los delitos relacionados con el terrorismo y el ámbito penitenciario.

En primer lugar, al respecto de los delitos relacionados con el terrorismo, resulta necesario destacar que en 2010 la cúpula de ETA y su actividad criminal estaban prácticamente desmanteladas, coincidiendo con un año antes de su cese definitivo del uso de la violencia. Lógico hubiera sido, pues, cesar la cruzada criminalizadora de todo lo que tuviera algo que ver con ETA.

Lejos de ser así, bajo el pretexto de una proliferación del terrorismo yihadista, se encuadraron en el cajón de sastre del *enaltecimiento al terrorismo* (arts. 578 y 579 CP) una multitud de actitudes de adhesión ideológica y propaganda, que poco tienen que ver con la comisión de los hechos delictivos que se enaltecen.

Así, se contemplaban penas máximas de 3 años de prisión, además de las de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de algunas actividades una vez cumplida la pena de prisión, de un máximo de 20 años.

En segundo lugar, en relación al ámbito penitenciario, ex artículo 106 CP, se estableció la libertad vigilada del autor una vez cumplida la pena de prisión como medida de seguridad con una extensión máxima de 10 años, la cual puede ampliarse enormemente si se han cometido varios delitos (art. 106.3 CP). Así, se pervirtió conceptualmente la pena de libertad vigilada en su plano substitutorio de la pena de privación de libertad, sumándola, cual doble pena, a esta última.

De este modo, el eventual fracaso estatal de la pena de prisión a la hora de resocializar al condenado lo paga el condenado con una limitación de su libertad una vez cumplida la condena en función de la gravedad de los hechos cometidos. Esto supone una vulneración del principio de legalidad de las penas, en el sentido que el autor cuando es condenado no sabe hasta cuándo su libertad va a estar limitada.

Además, el hecho que la víctima participe en la decisión acerca de la duración de dicha pena, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, favorece, más que la reconciliación con el autor una vez cumplida su condena, la exacerbación de los ánimos de venganza. Ello sobre todo con la aplicación automática de la pena para los delitos de terrorismo

(art. 579.3 CP) y contra la libertad sexual (art. 192 CP), los cuales causan un enorme daño emocional.

## ii. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Las primeras líneas del preámbulo de la reforma en cuestión ponen de relieve el punto de partida de la misma en la dinámica de la sobrecriminalización:

*El Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es objeto de una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal.*

En efecto, he aquí un claro ejemplo del esquema de presión e influencia de la opinión pública, influida a su vez por el poder mediático, hacia los poderes legislativo y ejecutivo.

Así, bajo el pretexto de dichas *nuevas demandas sociales*, la reforma se adentró más aún si cabe en el embrutecimiento del sistema penal, una vez más considerada la misma como la más dura hasta el momento.

En primer lugar, se introdujo ex artículo 140 CP la cadena perpetua o pena permanente revisable. Esta se encuentra prevista para los asesinatos de menores y discapacitados, aquellos perpetrados con móvil sexual y los relacionados con el terrorismo, para los cuales previamente ya se preveían altísimas penas, superiores a 20 años de prisión.

La extrema gravedad de la inclusión de la cadena perpetua en nuestro sistema penal radica en su incompatibilidad con el principio emanado del artículo 25.2 CE. Se rompe así con la función resocializadora y rehabilitadora de las penas en este caso al ser prácticamente imposible la reinserción social después de varias décadas en prisión.

Y sí, digo cadena perpetua porque a la práctica lo es. Una lectura de los artículos 78bis (relativo al acceso al tercer grado para dicha pena) y 92 CP (relativo a la suspensión de la ejecución para la misma) hace llegar a la conclusión que, efectivamente, la perspectiva del condenado en prisión es perpetua.

Así, para acceder al régimen penitenciario de tercer grado -o semilibertad- se requiere el cumplimiento de entre 18 y 22 años de condena. Para poder acceder a la suspensión de la condena, en el seno de un procedimiento contradictorio en el cual el Ministerio Fiscal removerá cielo y tierra para que no se suspenda y el condenado dispondrá pocas herramientas para defenderse, se requiere el cumplimiento de un mínimo de 25 años y un máximo (cómo no en los casos de adhesión a *grupos criminales*) de 35 años. En dicho procedimiento se evaluará el *pronóstico de reinserción social*, como si este fuera posible después de un mínimo de cinco lustros en prisión.

Por si fuera poco, dicha suspensión puede ser revocada en un plazo de 10 años desde que se aplica, dilatando todavía más la perpetuidad de la limitación de libertad, más allá del cumplimiento de la condena.

En segundo lugar, se procedió al endurecimiento de penas para varios delitos, en dirección diametralmente opuesta a la resocialización de los condenados.

Así, además de la inclusión de la cadena perpetua, se endureció la pena máxima prevista para el asesinato, de 20 a 25 años, *ex* artículo 139 CP.

Adicionalmente, se procedió al endurecimiento de las penas en los delitos contra el patrimonio, *ex* artículos 234 a 237, 240, 241, 244 y 246 a 250 CP.

De este modo, se procedió a una extensión de la llamada *protección penal*, más bien persecución penal. Ello con medidas como la persecución penal de los delincuentes habituales como autores de un tipo agravado castigado con hasta 3 años de prisión, la ampliación del catálogo de agravantes específicas del hurto, también aplicables a los delitos de robo con fuerza en las cosas o la modificación de la definición de robo con fuerza, que pasó a incluir los supuestos en los que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botín.

En tercer lugar, encuentro paradigmática la larguísima y poco entendible re-redacción del artículo 510 CP, mediante la cual se redefinieron al alza, cómo no, las conductas de incitación al odio y a la violencia.

Así, si bien la redacción previa a la reforma tipificaba únicamente la provocación a la discriminación, odio y violencia a determinadas minorías, la nueva redacción amplía el catálogo de conductas tipificadas a once, todo ello con penas de prisión de 1 a 3 años.

En relación a la discriminación, odio y violencia se castiga: (i) fomentar, promover e incitar; (ii) producir, elaborar y poseer material de difusión; (iii) negar, trivializar, justificar y enaltecer delitos perpetrados contra dichas minorías; y (iv) lesionar la dignidad de las víctimas.

Como consecuencia de esta nueva redacción, se produjo el dictado de distintas resoluciones judiciales entrando de fondo a limitar enormemente el estrecho margen a la libertad de expresión, mediante la condena a ciudadanos por expresar opiniones. Ejemplo de ello son los casos de los *titiriteros*, Casandra, Zapata, Strawberry, etcétera. En este sentido, el profesor Francisco Javier Álvarez, afirma lo siguiente<sup>27</sup>:

*Es verdad que algunas de dichas opiniones son de un escandaloso mal gusto, pero entre este y el delito existe una diferencia cualitativa fundamental que no hay que explicar.*

*No es el odio en sí el que debe ser tipificado sino la discriminación injusta, es decir, lo que puede ser uno de sus resultados.*

En definitiva, las sucesivas reformas de nuestro sistema penal que se han ido produciendo en los últimos años apuntan a la creación de un nuevo modelo penal, el derecho penal de la seguridad. La función aparente de este se centra en la protección de la seguridad ciudadana y el establecimiento de sanciones en función, más que en la gravedad de los hechos, en la peligrosidad del delincuente. La peligrosidad, a este respecto, es más susceptible de aproximaciones subjetivas si cabe que la gravedad de los hechos.

De este modo, el profesor Díez Ripollès indica que la anticipación de la tutela -o persecución- penal se intenta justificar por la necesidad de reacción ante estructuras de peligro de nuevas formas de criminalidad. A lo que se añade lo afirmado por Echano Basaldúa, en que se trata de un derecho penal cuyas penas pretenden en mayor medida la inocuización del delincuente que su reinserción social<sup>28</sup>.

Todo ello, aunando esfuerzos en la verdadera justificación de dichas reformas: la sobrecriminalización legislativa de nuestro sistema penal, en la cual el crimen solo se combate con dureza, dejando en un mísero segundo plano a la reconciliación.

### **III. Elección de la cúpula judicial: el curioso caso del Consejo General del Poder Judicial**

Según dispone el artículo 567.2 LOPJ, en referencia al 122.3 CE, corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado la elección por mayoría de tres quintos, por razón de diez cada uno, de los veinte vocales del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ). Este es el órgano de gobierno del Poder Judicial en España, que, entre otras funciones, ex artículo 560.1 2ª LOPJ propone, ni más ni menos, que el nombramiento de los jueces y magistrados del Tribunal Supremo.

Así, de los veinte miembros del CGPJ, doce corresponden al llamado turno judicial, entre jueces y magistrados en servicio activo y los restantes ocho a juristas de reconocida competencia y más de quince años de ejercicio de la profesión jurídica.

Al respecto del mismo organismo, a diferencia de la ausencia de él en los países de nuestro entorno, fue concebido durante el último periodo constituyente con el fin de controlar, a modo de *checks and ballances*, el nombramiento de los jueces y magistrados de las más altas instancias y, así, establecer a través del gobierno del Poder Judicial un control al mismo.

Al respecto del método de elección, los redactores de la Constitución barajaron la idea de que los mismos jueces y magistrados fueran los que eligieran, de entre ellos, los miembros de dicho órgano. Finalmente, para prevenir el corporativismo que ello temían que supondría, idearon la fórmula que cristalizó en el texto constitucional: la elección por parte de los representantes políticos y, así, dotar de una pátina de legitimidad democrática a los miembros de dicho órgano y a los nombramientos que del mismo dependen.

Con el paso de los años y el asentamiento de un dominante bipartidismo en la política española, la buena voluntad de control al corporativismo de jueces y magistrados ha quedado eclipsada por la manifiesta voluntad de controlar políticamente la cúspide del poder judicial y, de este modo, impregnar de color político los nombramientos que dependen del CGPJ, a saber, todos los magistrados del Tribunal Supremo.

De este modo, bajo el pretexto de la búsqueda de consenso que revisten los tres quintos de ambas cámaras necesarios para que se produzca el nombramiento, los partidos políticos dominantes, junto con los que han ejercido de bisagra para la consecución de

mayorías parlamentarias, han llevado a cabo un mercadeo de los puestos de vocalía. Esta perversa práctica ha socavado la calidad de los nombramientos, en algunos casos mediando la intervención de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la anulación de algunos de dichos nombramientos por falta de requisitos de los designados para ocupar el cargo.

A ello se le añade la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que al respecto del incumplimiento de las autoridades polacas en el respeto a la independencia judicial, dejó claro:

*Que conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, debe garantizarse la independencia de los tribunales frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo*”<sup>29</sup>.

Todo ello facilita enormemente que las corrientes dominantes en la política española y favorables a la sobrecriminalización contribuyan de manera sustancial al controlar *de facto* el órgano que nombra a los magistrados del Tribunal Supremo. Y, así, a que la jurisprudencia del alto tribunal tenga peligrosas y sospechosas semejanzas con la dinámica sobrecriminalizadora de dichas corrientes dominantes. Así, dicha jurisprudencia contribuye, a su vez, a que la misma se asiente en los tribunales inferiores.

A modo anecdótico, a la par que ejemplificativo del despropósito, hace unos pocos meses, con ocasión de la negociación para el nombramiento del presidente del CGPJ de un conocidísimo magistrado de la Sala 2ª, un representante político partícipe en la negociación tuvo la gallardía para afirmar que con el nombramiento de este, definido como “*jugada maestra*”, el partido político del último iba a controlar “*desde detrás*” la Sala 2ª. El episodio suscitó tal escándalo y bochorno que el candidato, en un intento de mantener la dignidad profesional, se vio obligado a renunciar al nombramiento.

En resumidas cuentas, todo ello supone, en el mejor de los casos y suavemente, una anomalía y una poco justificable excepción la efectiva separación de poderes, condición necesaria para un Estado democrático y de Derecho. Así, el poder legislativo interviene en la elección del máximo órgano del poder judicial.

#### **4. PODER JUDICIAL**



El mecanismo de elección del CGPJ, el cual, a su vez, tiene por cometido la elección de las principales magistraturas judiciales del país, las del Tribunal Supremo, resulta ejemplificativo del punto de partida del poder judicial al respecto de la sobrecriminalización.

A pesar de todo y a este respecto, cabe poner de relieve el hecho que acabo de exponer no es concluyente de las fuentes problemáticas de la sobrecriminalización en el seno del poder judicial. Así, la elección de los magistrados del Tribunal Supremo no es la única fuente, ni mucho menos, de dicha problemática. Ello resulta evidente cuando la otra inmensa mayoría de jueces y magistrados de este país se nombra a través de mecanismos internos del poder judicial, esta vez sin intermediación de los grupos políticos.

Dicho esto, si algún poder del Estado es más sensible y propenso a sufrir presión por parte del resto de poderes descritos es el poder judicial. Su posición, encuadrada al final del recorrido teórico trazado por este trabajo, reflejo de su rol real, lo favorece.

En la dinámica de la sobrecriminalización el poder judicial se erige como dicho último resorte, la pieza del engranaje que lo culmina: se nutre de las reformas legales y de la presión ejercida por los poderes mencionados. Así, cuando el resto de resortes de la sobrecriminalización no dan los frutos esperados, la presión se centra, como hacía referencia en el apartado final dedicado al poder mediático, en la acción de la justicia.

Ahora bien, a pesar de las últimas reformas legales que profundizan y condicionan la acción de la justicia hacia la sobrecriminalización, ello no exime de responsabilidad al poder judicial. Que se estreche su margen de maniobra en pro de esta nociva dinámica, no quita que no puedan vislumbrarse grietas por las cuales transitar en una dirección opuesta.

Así, la Ley puede interpretarse y la presión capearse.

En este sentido, a modo ejemplificativo de la parcela de responsabilidad atribuible a las altas magistraturas del poder judicial, usaré los paradigmáticos y polémicos casos del (i) *juicio al procés* y de (ii) la *doctrina Parot*.

### **I. *Juicio al procés***

El pasado mes de octubre, a raíz de la polémica suscitada por la publicación de la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, culminando el *juicio al procés*, y de la agitación social que se originó como consecuencia, decidí exponer mediante carta mi crítica al respecto a uno de los magistrados de dicha Sala, la cual anexo a este trabajo.

En ella, muy resumidamente, manifesté precisamente mi disconformidad y decepción con la sentencia, básicamente por haber llevado a cabo una interpretación, permítaseme, *más papista que el papa*<sup>30</sup> muy influida, a mi modo de ver, por la presión externa al Alto Tribunal.

Como consecuencia de ello, al cabo de pocos días recibí contestación. En ella, escueta y cortésmente, el autor indicó lo siguiente:

*Todos éramos conscientes que el desenlace de un juicio después de 4 meses de duración y el examen de 500 testigos, no iba a contentar a todos. Pero una sentencia es solo eso, una sentencia. Nunca puede ser una expresión de la valentía/cobardía del ponente frente a los que esperan algo más que una respuesta jurídica.*

La síntesis de la respuesta, juntamente con las reflexiones vertidas en la carta que envié, contribuyó a que llegara a un par conclusiones al respecto.

En primer lugar, la idea que *una sentencia es solo eso, una sentencia* manifiesta, a mi modo de ver, una percepción muy limitada de la idea de justicia y, en consecuencia, de la acción de la justicia. Ello fundamenta mi crítica a la interpretación *más papista que el papa*, confundiendo fines con medios.

Así, no cabe olvidar que la acción de la justicia se lleva a cabo mediante la Ley, que no es más que un lenguaje, un medio formal empleado para prevenir y solventar conflictos. En este sentido, llevar a cabo una interpretación de la Ley como si ella fuera el fin y no el medio provoca que contribuir a prevenir, solucionar y superar conflictos, que es el verdadero fin de la acción de la justicia, pase a un segundo plano.

Es entonces cuando reluce la dinámica sobrecriminalizadora bajo el pretexto de la aplicación de la Ley, dejando la superación de las heridas del crimen y la reconciliación víctima-autor-sociedad en un mísero segundo plano.

En segundo lugar, la idea que una sentencia *nunca puede ser una expresión de la valentía/cobardía del ponente frente a los que esperan algo más que una respuesta jurídica*, también resulta interesante. Así, cuando en la carta denunciaba la ausencia de valentía que, a mi modo de ver, condicionó el fallo, hacía referencia a la esta idea:

(La valentía) *se demuestra, no siendo el más duro, sino el más piadoso en tiempos de dureza; no siendo el más osado, sino el más conciliador en tiempos de osadía.*

En este sentido, la subsunción de los hechos en gravísimos delitos, los cuales preveían penas análogas en duración a las previstas para el homicidio, contribuye más a *echar leña al fuego* de la crispación y la confrontación que a contribuir a la solución de la disputa. Todo ello, socavando los principios de proporcionalidad (en la imposición de altísimas penas) y taxatividad legal del derecho penal (en la polémica subsunción de los hechos en el tipo de sedición).

Así, valiente hubiera sido capear con maestría la presión ejercida por los largos tentáculos del poder político y mediático, en la búsqueda, dentro de los márgenes que la Ley les brinda, de la mejor respuesta jurídica al litigio. Todo ello siendo conscientes de la enorme responsabilidad que reposaba en sus espaldas.

En definitiva, escudarse en su rol de operadores jurídicos para justificar su falta de ambición para empujar, a través de su interpretación de la Ley, la misma Ley hacia parámetros de acción de la justicia más justos, sucumbiendo a las manifiestas presiones, podría decirse que tiene un punto de cobardía.

## II. *Doctrina Parot*<sup>31</sup>

Otro ejemplo de los desaires de la alta magistratura judicial española, al respecto de la sobrecriminalización es el de la llamada *doctrina Parot*.

A raíz de la encarcelación y el cumplimiento de condena de Henri Parot, miembro de ETA condenado por la Audiencia Nacional en 1990 por la comisión de varios asesinatos (entre 1979 y 1982, y 1984 y 1990) a más de 4.000 años de prisión, en un recurso de casación al Tribunal Supremo este creó la llamada *doctrina Parot*.

Concreta y resumidamente, la defensa de Parot solicitó a la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la aplicación del artículo 70.2ª del CP 1973<sup>32</sup> (norma aplicable a los hechos). Este preveía la acumulación de las condenas y la aplicación del límite máximo de cumplimiento establecido en dicho precepto, es decir, el triple de la pena más grave de las impuestas y, en todo caso, 30 años.

Fruto de una forzada y extrañísima interpretación de la Ley, presionado por el Ministerio Fiscal, el Auto de 26 de abril de 2005<sup>33</sup> concluyó que se procedía a la acumulación de condenas de una forma distinta a la que se venía produciendo hasta el momento. Así, en vez de agrupar todas las condenas impuestas al reo en un solo bloque, se agruparon en dos bloques, fruto de la participación de Parot en dos comandos y dos etapas temporales diferenciadas (entre 1982 y 1984 interrumpió su actividad delictiva). Ello, fijando el límite máximo de 30 años para cada uno de los dos bloques, es decir, sumando un máximo de 60 años.

Esta surrealista decisión, en clara vulneración del tenor literal de la Ley aplicada, fue recurrida en casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Esta, mediante Sentencia de 28 de febrero de 2006, atinadamente en su fundamento jurídico 5º dejó sin validez la acumulación de condenas efectuada por la Audiencia Nacional al carecer de fundamento según los preceptos aplicables:

*Lo equivocado de tal interpretación resulta de que si Henri Parot hubiera seguido cometiendo atentados ininterrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Lo desacertado de tal interpretación resulta, por tanto, patente.*

La Sala podría haberse quedado ahí, en su acertada decisión de revocar la interpretación llevada a cabo por sus colegas de la Audiencia Nacional. Pero no, no fue así. Espontáneamente, según la profesora Teresa Rodríguez en un desbordamiento del objeto del proceso e incurriendo en una incongruencia *extra petitum*<sup>34</sup>, estableció un nuevo criterio de cómputo de las redenciones de penas por trabajo, *ex* artículo 100 del CP 1973.

Así, dichas redenciones se descontarían no del máximo de cumplimiento, como hasta entonces venía haciéndose, sino de cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, comenzando por las de mayor gravedad; una vez extinguida la primera condena, se comienza a dar cumplimiento a la siguiente (a la que se descuentan las redenciones) y así sucesivamente hasta alcanzar los límites del artículo 70.2ª (normalmente treinta años).

De este modo nace la *doctrina Parot*, al aplicarse no solamente al caso expuesto, sino que a todos los presos condenados en aplicación del CP de 1973, a los que se les hubiera aplicado el máximo de cumplimiento previsto y que hubieran obtenido redención de penas por trabajo.

De este modo se produjo un cambio de las reglas del juego en clarísima aplicación retroactiva de disposiciones sancionadoras no favorables, vulnerando la garantía constitucional enumerada en el artículo 9.3 de la CE.

Entretanto, el recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional en consecuencia fue desestimado mediante Auto de 29 de noviembre de 2010 al no haberse interpuesto en casación el incidente de anulación de actuaciones por incongruencia *extra petitum* (ex artículos 24.1 CE y 241.1 LOPJ), necesario para un correcto agotamiento de la vía judicial ordinaria previa al amparo.

No obstante, fue a través del caso de Inés del Río, también miembro de ETA, que la discusión jurídica al respecto llegó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Del Río, fruto del nuevo cálculo, debería haber pasado en prisión casi 10 años más que con el cálculo anterior.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según Álvarez<sup>27</sup>, actúa de primera trinchera a la arbitrariedad de los tribunales españoles. Así, mediante Sentencia de 10 de julio de 2012<sup>35</sup>, la Gran Sala del Tribunal condenó a España por la vulneración en aplicación de la *doctrina Parot* de los artículos 5.1 y sobretodo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así, ex artículo 7<sup>36</sup>, en vulneración del principio de legalidad:

*En el momento en que la demandante cometió los delitos y también cuando se dictó la decisión sobre la acumulación de penas, la legislación española, tomada en su conjunto, incluida la jurisprudencia, estaba formulada con la precisión suficiente para permitir a la demandante discernir (...) el alcance de la pena impuesta y las circunstancias de su ejecución.*

*Era difícil, prácticamente imposible, prever el cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en el momento de los hechos, ni en el momento de la acumulación.*

Ello demuestra el afán, tanto del Ministerio Fiscal como de la mayoría de magistrados de la Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en la elaboración de interpretaciones forzadas, contrarias en muchas ocasiones a la misma Constitución.

Todo ello un claro intento de reescribir preceptos penales en el marco de la guerra abierta contra delitos especialmente graves para el Estado, hasta que, en el mejor de los casos cesa el bochorno en contadísimas ocasiones ante Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, se alimenta la dinámica de la sobrecriminalización, en la cual todo vale en la *lucha contra el crimen*.

## **5. SUMARIO**

En definitiva, y a modo de sumario de esta parte del trabajo, podríamos afirmar de la siguiente manera la responsabilidad compartida de los distintos poderes mencionados en la dinámica de la sobrecriminalización. Así, cada parcela de responsabilidad juega su papel, en armónica coordinación con las demás, en el engrasado engranaje de la sobrecriminalización:

- I. La primera pieza del engranaje la compone el poder mediático, que, a través de su despliegue, proyecta una permanente sensación de inseguridad entre la opinión pública.
- II. Fruto de dicho despliegue, la opinión pública percibe la sensación de alarma y actúa en consecuencia. Una vez moldeada su opinión, es más probable que se informe a través de dicho despliegue y que dicha opinión se refleje en su voto.
- III. La elección de los representantes públicos, los cuales componen el poder legislativo, se ve determinada por la línea de pensamiento y sensación de alarma proyectada por los medios de comunicación en los votantes. Además, los partidos políticos usan con mayor facilidad dicha información intencionada sobre ellos.
- IV. La composición legislativa influida por la presión mediática usada por los medios y los partidos políticos determina la legislación, favoreciendo la sobrecriminalización cristalizada en Ley. Dicha Ley es traducida al plano fáctico a través de la acción de gobierno.

- V. Dicha cristalización de la sobrecriminalización en Ley rige la acción de la justicia, además de la presión que se cierne sobre ella, proveniente del resto de actores.

### **PARTE III: DE LA ALTERNATIVA POSIBLE**

#### **A LA ALTERNATIVA NECESARIA**

El lector estará de acuerdo conmigo, después de varias páginas de incisiva crítica al estado actual de nuestro sistema penal, que no sería de recibo quedarse ahí. Es más, quedarse ahí, en la simple crítica, en el simple reproche, por muy fundado y cierto que sea, sería un vano ejercicio de cinismo y de deshonestidad intelectual hacia al lector. Así, ¿para qué tanta crítica si después no se plantean soluciones al respecto?

De este modo, a estas alturas del trabajo, qué mejor que constatar que hay margen a la esperanza, que queda todavía mucho por hacer o, por lo menos, deshacer entuertos que salpican a nuestro sistema penal. Esta parte se centra en el planteamiento de una alternativa a la dinámica actual y sobrecriminalizadora, en base a problemas concretos, ofreciendo medidas concretas. No queda, pues, ninguna puntada sin hilo.

Los principios que encuadran este ambicioso ejercicio, no son más que aquellos que limitan la intervención del derecho penal, a los cuales hacía referencia en la primera parte.

En un ejercicio de realismo y posibilismo, el planteamiento de la alternativa lo llevaré a cabo de forma ordenada y gradual, es decir, sin aspirar a que todas las medidas se implementen al mismo tiempo. Las primeras labran el camino de las segundas, las segundas a las terceras y así sucesivamente hasta llegar a un sistema penal óptimo.

Procuraré, a este respecto, que la alterativa sea no solo necesaria, sino que posible.

#### **FASE 1: DE LA AVARICIA A LA DEONTOLOGÍA Y PROFESIONALIDAD**

Cualquier intento de sustituir la dinámica sobrecriminalizadora por un sistema penal más justo y óptimo sin tener en cuenta el enorme papel que juega, tal y como detallaba algunas páginas atrás, el poder mediático, está destinada al fracaso.

Así, su posición de primer eslabón de la dinámica de la sobrecriminalización también lo ubica en el primero de la alternativa a la misma o descriminalización. Todo ello en



plena consciencia de la protección que les brinda la Constitución en su artículo 20, relativo a la libertad de expresión y prensa.

En este sentido, no debe escapárse nos que libertad y responsabilidad son dos caras de la misma moneda, lo que conduce a la conclusión que en su tratamiento mediático, los medios de comunicación han de ser libres, pero también responsables.

Bien, ¿cómo se traduce, pues, esta apelación a la responsabilidad del poder mediático al respecto de su tratamiento de sucesos y fenómenos criminales?

En respuesta a dicha pregunta, máxime cuando está en cuestión la libertad individual y colectiva de expresarse, informar e informarse, cualquier liberal que se tercie debería responder con cautela.

De este modo, lo fácil y controlable, a la par que liberticida, sería limitar la libertad de los medios de comunicación para ajustarla a los parámetros de un sistema penal más justo. Ello, en un intento de acercar nuestro sistema penal a una utopía más justa, sería a costa de lesionar ilegítima e injustificadamente libertades fundamentales, derivando más bien en planteamientos distópicos.

En consecuencia, solo nos cabe apelar a la responsabilidad, al respeto a la deontología periodística y a la profesionalidad de los medios de comunicación. Todo ello poniendo de relieve el enorme poder que está en sus manos a la hora de moldear la voluble opinión pública.

En un plano más concreto, la principal contribución del poder mediático se debería centrar en proyectar su poder, lejos de los bajos fines espurios que exponía a este respecto, en el fomento de una base crítica, haciendo de la información un medio de libertad.

En primer lugar, en la línea de lo que recoge el *Manifesto of Democratic Criminal Justice* del profesor Joshua Kleinfield<sup>37</sup>, en el planteamiento de una alternativa a la sobrecriminalización, se debería fomentar la democratización del tratamiento mediático de los fenómenos criminales.

Dicho manifiesto se hace eco del papel que está llamada a asumir la opinión pública en el sí del sistema penal. Así, al ser la información la base para la formación de la opinión

de cada uno de los miembros de la sociedad y, en consecuencia, la definición de su sentido del voto, los medios deberían potenciar un clima de democracia deliberativa.

De este modo, el tratamiento mediático debería ir encaminado a tratar a lectores, radioyentes y televidentes más que como objetos para aumentar las cifras de audiencia, como sujetos a los cuales hay que informar verazmente. Los cuales están llamados a participar en la deliberación pública y en la elección de los representantes públicos.

Y sí, es perfectamente compatible la competitividad de los medios de comunicación privados y unas buenas cifras de audiencia con un tratamiento mediático profesional de los fenómenos criminales.

Que la información contrastada, honesta, transparente y veraz se imponga al morbo. Que la apelación a la responsabilidad ciudadana y a su libertad individual y colectiva se imponga al uso espurio del miedo para así crear la sensación de peligro.

En segundo lugar, en este punto la única intervención de los poderes públicos al tratamiento mediático de dichos fenómenos legítima y justificada sería la de los medios de comunicación de propiedad pública. En este sentido, lejos de imponer la línea de gobierno a los medios en un afán de controlar y restar libertad profesional a los mismos, se debería aunar en la creación de comités despolitizados de tratamiento mediático. Ello con la voluntad de informar y, en consecuencia, liberar a través de la información a la ciudadanía.

En definitiva, es crucial el papel en la descriminalización de nuestro sistema penal que el poder mediático puede jugar. Simplemente hace falta que aquellos que lo componen sean dignos del rol social que ocupan. Que la información no sea un arma arrojada, embrutecida e interesada, que sea un medio para que la ciudadanía sea más libre y pueda decidir mejor.

## **FASE 2: DEL MORBO Y EL MIEDO A LA LIBERTAD**

A la par que cualquier intento de plantear una alternativa descriminalizadora a la sobrecriminalización sin tener en cuenta el enorme entramado del poder mediático peca de corto de miras, también lo es hacerlo sin prestar la debida atención al papel de la opinión pública.

Así, la mejor manera de acabar con el tratamiento de la opinión pública como mera diana a la cual apuntar con aparatosos y morbosos despliegues mediáticos es que la misma opinión pública tome parte en su responsabilidad.

De este modo, qué mejor manera para hacerlo que siendo conscientes de la esfera de responsabilidad individual que cada ciudadano tiene en la colectividad. Puesto que la opinión pública no es más que la suma de todas las opiniones manifestadas de una forma u otra. Así, la opinión pública no debería ser una masa homogénea y acrítica que vota y consume en función de las piruetas que se hagan para captar su atención, sino la mismísima fuente de legitimidad del poder.

En consecuencia, para la creación de una auténtica *demos*, una base crítica a partir de la cual fundamentar los sólidos cimientos de una verdadera democracia, deberían tomarse en consideración dos elementos: uno interno y otro externo.

En primer lugar, antes que la ciudadanía u opinión pública exija grandes cambios a su alrededor, tanto en la actuación de los poderes públicos como en el tratamiento mediático, esta debería hacer un ejercicio de introspección. No se puede exigir el derecho a estar debidamente informado antes de constatar qué implica ser libres, puesto que los derechos sin libertad son meras migajas del poder establecido.

Así, ¿somos libres al opinar y, en consecuencia, decidir? Salvo excepciones en relación a alteraciones en la percepción de la realidad, de ello depende con qué información formamos nuestra opinión y en qué condiciones accedemos a la misma.

Únicamente podemos erigirnos como seres libres si a la vez nos consideramos responsables, por el contrario sería como cuando, de pequeños, jugábamos al escondite y cuando nos pillaban decíamos que éramos *palomita* para no asumir las consecuencias que comportaba que a uno le pillaran.

Es evidente que lo más fácil y sencillo es observar la realidad social desde la barrera, disfrutando del morbo y el espectáculo mediático, siendo *palomita*; ahora bien, ¿a costa de qué? Lo difícil, quizás costoso para muchos, es participar de la realidad activamente reflexionando y llegando a conclusiones por uno mismo para, entonces, opinar y decidir. No creo que sea un precio muy caro a pagar a cambio de ser libres y sentirse responsables, no solo para uno mismo, también para el prójimo.

De esta forma, ser responsables implica asumir nuestro cometido en la sociedad, nuestra ciudadanía, responsable, sin ir más lejos, de la elección de los representantes públicos.

Por ello, deberíamos plantearos qué tipo de ciudadanos somos, bien ciudadanos pasivos o *palomita*, o bien ciudadanos activos, libres y responsables. En la respuesta a dicho dilema radica la base de una democracia pasiva y de mala calidad o de una democracia activa y deliberativa.

En segundo lugar, una vez hecha esta introspección y constatado lo mucho que depende de nosotros que ciertas cosas cambien, podemos plantearnos externamente el cómo.

Así, ¿cómo deberíamos informarnos? Llegados a este punto, no pretendo imponer a nadie el modo a través del cual formar su propia opinión, lo que sí haré es plantear cómo lo haría un servidor.

A mi modo de ver no hay mejor manera, previa a exigir que el tratamiento mediático revista unos mínimos de decencia y profesionalidad, que contrastar la información que uno recibe. Ello se erige como la principal y más elemental base para liberarse del yugo de la desinformación y la información interesada. Así, por mucho que nos informemos a través de medios de comunicación que contribuyen a la dinámica de la sobrecriminalización, también podemos hacerlo a través de aquellos que no lo hacen.

Además, acercarse a la realidad de las cosas con cierta perspectiva también favorece la formación de ideas y opiniones propias, lejos del dictado del periodista de turno. Para ello son recomendables los espacios informativos de análisis, debate y reflexión, más que los titulares y la actualización informativa al minuto. La realidad tiene una magnífica gama de grises que se pierde con un titular blanco o negro.

Finalmente, es necesario constatar que si el tratamiento mediático morboso, espurio e interesado por parte de los medios de comunicación dispone del poder que dispone es en parte gracias a la misma ciudadanía, es decir, nosotros, que se informa, forma su opinión y decide condicionada por los mismos.

Está en nuestra mano, en la mano de la demanda de información, que la oferta esté a la altura del papel que juega en la sociedad. Para ello es necesario antes que nosotros mismos estemos a la altura del nuestro.

### **FASE 3: DEL ESTADO AUSENTE AL ESTADO GARANTE**

Como afirmaba en la parte que antecede a esta, una de las principales fuentes de legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la vida de los ciudadanos es su propio ejercicio de garante hacia los mismos. Dicho de otro modo, en el esquema contractualista al respecto de la teoría del Estado cada actor, antes de exigir al otro que cumpla con su parte del trato, debe cumplir la suya.

Es por ello que los poderes públicos, antes de exigir conductas distintas a sus sujetos, deben ejercer el rol de garante emanado del Capítulo 2º, Título 1º de la Constitución, en la promoción y protección de unas garantías básicas para que la ciudadanía pueda ejercer de tal.

En este sentido y a nivel concreto, el Estado, entendido como conjunción de los poderes públicos, debería centrar sus esfuerzos de garante desde tres perspectivas: (i) la inclusión social, (ii) la seguridad y (iii) el sistema penitenciario.

#### **I. Inclusión social**

Es urgente e imprescindible atajar los fenómenos más extremos de pobreza y miseria en los cuales parte de la ciudadanía está inmersa. En pleno siglo XXI las cifras de pobreza extrema en España, que es la incapacidad de atender a las necesidades más básicas (techo, alimento, ropa, medicamentos y suministros), ascienden al 5,4% de la población española. Estas cifras de pobreza extrema hay que enmarcarlas en un 26,1% de la población en riesgo de pobreza o exclusión social<sup>38</sup>.

La dureza de dichas cifras, reflejada en realidades cotidianas para más de un cuarto de nuestros conciudadanos, se ceba especialmente en contextos socio-económicos muy concretos, para los cuales, en los casos más extremos, el quebrantar la Ley no es un capricho, sino una necesidad.

Los poderes públicos deberían, en este sentido, ofrecer la perspectiva de salir de situaciones de miseria, convirtiendo el esfuerzo y el deseo de un futuro mejor en herramientas para tener una vida digna.

Es fantasioso e irrisorio que se exija un comportamiento ciudadano distinto, una preocupación por el bien común, en contextos de pobreza extrema y miseria. Solo así la ciudadanía es posible, en el momento en el cual, mediante la dignificación del trabajo,

las necesidades básicas están cubiertas y los ciudadanos se encuentran capaces de velar por el bien común.

De este modo y siendo consciente que este tema daría para otro trabajo de este tipo, me limito a señalar que debería plantearse una renta pública mínima garantizada para suplir las necesidades básicas, suficiente para cubrirlas y moderada para incentivar el trabajo digno.

Aun así, a un nivel más concreto, se debería plantear, en la línea de lo propuesto por Silva<sup>39</sup>, una excepción escrita al delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP):

*Para los casos de realización privada –sin violencia ni intimidación- del derecho objetivo (por ejemplo, hurtar comida en un supermercado para alimentarse) en cuanto a la protección positiva, cuando no hay expectativa razonable que sean leyes y tribunales los que la realicen.*

## **II. Seguridad**

Una vez más, las tasas más altas de criminalidad, con sus derivadas en homicidios, atracos, agresiones, etcétera, se concentran en las zonas más deprimidas de los entramados urbanos.

Por ello, previo a la legitimidad de los poderes públicos a la hora de exigir a sus sujetos comportamientos distintos, estos deberían garantizar la seguridad de todas las comunidades. En este sentido, podría decirse que el ejercicio de la ciudadanía, en sus vertientes deliberativa y electora de los representantes públicos, se ve trucidado por el miedo a encontrarse desprotegido, desamparado ante la criminalidad que le rodea.

Por ello, las políticas de fomento de la seguridad deberían ir encaminadas, más que a propagar el miedo y la sensación de inseguridad entre la ciudadanía, a combatir eficazmente su principal causa: la criminalidad.

En primer lugar, el fenómeno de la criminalidad debería tratarse con sensibilidad desde su vertiente social, relacionada con la problemática de la exclusión social, incluyendo aquellos que están excluidos. Es decir, tratando a los integrantes de las comunidades más azotadas por la criminalidad, más que como potenciales delincuentes y así

alimentar la dinámica sobrecriminalizadora, con respeto y dignidad, para que se encuentren seguros y respetados.

En segundo lugar, las políticas policiales deberían centrar sus esfuerzos en combatir eficazmente el crimen organizado y las redes criminales que, desgraciadamente y para muchas comunidades, son la única forma de asegurar unas mínimas condiciones de vida.

### **III. Sistema penitenciario**

Los poderes públicos deberían garantizar unas mínimas condiciones de vida y seguridad en los centros penitenciarios, sin olvidar que los reclusos son también ciudadanos.

En primer lugar, deberían respetarse escrupulosamente los aforos máximos de los centros penitenciarios. No es aceptable que en 2009 en España por cada 100 plazas penitenciarias hubiera 153 reclusos<sup>40</sup>. La sobrepoblación socaba la dignidad de los reclusos en la reducción de su espacio vital.

En segundo lugar, debería garantizarse la seguridad de los reclusos. El hecho que hayan cometido delitos o estén procesados por su presunta comisión no quita que no sean merecedores de un entorno vital seguro. No es tolerable que en Cataluña la tasa de homicidios sea casi mil veces superior en prisión que fuera de ella<sup>41</sup>.

### **FASE 4: LOS EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA**

Esta cuarta fase, que versará sobre la propuesta de incorporación a nuestro sistema penal de equivalentes funcionales de la pena considero que tiene sentido que sea explicada tras hacerlo con las tres fases que la preceden.

Así, si esta fase se encuentra en cuarta posición no es porque sea la cuarta más importante, es porque es necesario que antes se hayan llevado a cabo las medidas que propongo y que la preceden. Lo estimo de esta forma, pues el planteamiento de dichos equivalentes a la pena requiere una reflexión y deliberación previas sobre nuestro modelo penal que no puede tener lugar, como he expuesto previamente, sin una opinión pública debidamente informada y unos poderes públicos en ejercicio de sus funciones más básicas.

Soy consciente a este respecto que, a pesar de que el mecanismo legal para llevar a cabo esta fase del proceso de descriminalización es relativamente sencillo, ello no quita que dar el paso que propondré requiere el cambio previo de paradigma en relación al fenómeno criminal. Así, si bien las medidas que anteceden a esta que propondré son de un aparente sentido común, esta es un tanto más compleja.

En este planteamiento no me hago más que eco de la idea plasmada por Silva en su obra *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Así, este plantea la idea de los equivalentes funcionales de la pena con la forma y maestría teórica que le caracteriza y que reproduzco literalmente<sup>42</sup>:

*Un medicamento B es equivalente funcional de un medicamento A cuando produce un efecto E idéntico o análogo a alguno de los producidos por A. Igualmente, una institución social o jurídica B es equivalente funcional de otra institución social o jurídica cuando ambas coinciden en cumplir una determinada función F.*

Llegados a este punto, antes de plantear equivalentes funcionales de la pena, resulta necesario establecer cuál es la función de la pena. En respuesta a ello, el mismo Silva<sup>43</sup> afirma sintéticamente que la función sustancial de la pena es la del restablecimiento del Derecho lesionado por el delito. Ello tiene lugar mediante las dimensiones comunicativa, con la comunicación del reproche público y jurídico por lo sucedido, y aflictiva de la pena, con el sufrimiento por parte del autor de ciertas consecuencias derivadas de sus hechos, las cuales suelen revestir un cierto dolor.

En este sentido, si bien el monopolio formal de la comunicación del reproche jurídico ante cualquier delito y la determinación de la consecuencia penal para el autor corresponde al poder judicial, existen fenómenos posteriores a la comisión del hecho que, directamente relacionados con este, parecen cumplir fines similares a alguna de las dos dimensiones de la pena. Ello ya sea con similitudes estructurales a la pena estatal o simplemente con efectos idénticos o análogos en el plano fáctico.

De este modo, el planteamiento de los equivalentes funcionales a la pena pretende solventar los problemas de *non bis in idem* que la imposición parcial o completa de la pena estatal supone ante circunstancias aflictivas hacia el autor que ocurren previas al procedimiento, ya sea por propia iniciativa de este o por actores externos a él.



Si bien se reserva en los casos que expondré la comunicación pública del reproche penal de los hechos que revisten el delito, en los casos que planteo se difumina la justificación de la intervención estatal en la faceta aflictiva de la pena.

Finalmente, estos equivalentes funcionales se encuadran por Silva en el sí de la teoría del delito bajo la categoría de causas de exclusión de la condena, en sede de punibilidad y en aplicación de los principios de compensación del daño sufrido y de proporcionalidad, evitando incurrir en exceso contra el autor<sup>44</sup>.

Dicho esto, propongo la incorporación a nuestro sistema penal de los siguientes equivalentes funcionales de la pena:

### **I. Reparación espontanea del daño**

La reparación espontánea del daño derivado del propio delito se debería dar con carácter postdelictual, antes del inicio del procedimiento y extraprocesalmente. Dicho equivalente, incorporado en el sistema penal austríaco<sup>45</sup>, se podría aplicar en los casos de delitos patrimoniales no violentos con la restitución al dueño de la integridad de la cosa sustraída, en los delitos tributarios con una regularización voluntaria y, en la especificidad de los delitos mediados por personas jurídicas, con un programa de *compliance* postdelictual.

Así, todo ello equivaldría a la consecuencia fáctica de la pena, pues se erige como media autocoativa y correctora de una actitud injusta. Por ello, debería sustituir, en función del alcance de las medidas restitutorias adoptadas, la dimensión aflictiva de la pena.

### **II. Comportamiento autopunitivo**

El comportamiento autopunitivo del autor, un vez cometido el delito, como consecuencia del mismo y con anterioridad al inicio del proceso, está directamente relacionado con el remordimiento del autor ante el crimen cometido. Muy relacionado con la *poena naturalis*, en su dimensión más inevitable e incontrolable del dolor moral, tiene parentesco estructural con la faceta reactiva y aflictiva de la pena estatal.

De este modo, en función del daño infligido a sí mismo, este podría ser superior en dolor al relacionado con el cumplimiento de la pena estatal, en este sentido podría

aplicarse como atenuación o exclusión de la condena, en función de la gravedad y alcance del daño autoinfligido.

Las lesiones infligidas con la única finalidad de reducir el alcance de la pena estatal, no deberían considerarse equivalentes funcionales de la pena.

### **III. Venganza del ofendido**

El sufrimiento por parte del autor de una consecuencia en él por parte del ofendido debería, en función de la gravedad y alcance del mismo, considerarse como equivalente funcional de la dimensión aflictiva de la pena.

En este sentido, el hecho que la autotutela sea una práctica condenada por los poderes públicos, no quita que sus consecuencias no existan y se manifiesten. De este modo, por muy condenable que sea vengase del ofensor la actitud relativa y aflictiva del ofendido contra el mismo tiene similitudes estructurales con la parte aflictiva de la pena estatal.

Todo ello no excluye la responsabilidad penal en la cual el ofendido que se venga pudiera, en función del caso, incurrir.

### **IV. Condena social**

En relación a los casos de juicios paralelos, ya sea de carácter mediático o comunitario, en cuanto al linchamiento, desprestigio, exclusión y estigma que acarrear acaban convirtiéndose en daños que ni una sentencia absolutoria puede compensar. Imagínese si la sentencia no es absolutoria. De este modo el sufrimiento causado al autor y a su entorno (familia, amigos, etcétera) tiene parentesco funcional con la parte aflictiva de la pena, en su faceta reactiva.

De este modo, en función de la ferocidad y violencia de las acciones de linchamiento contra el autor, se debería contemplar una atenuación de la condena.

### **V. Actuación policial**

La violación injustificada de derechos durante la custodia policial o inmediatamente previa a ella a manos de la policía tiene equivalencia funcional y estructural con la dimensión aflictiva, en su faceta reactiva.

En función de la gravedad y el alcance de la misma, debería atenuar o eximir la condena.

## **VI. Proceso y violaciones procesales**

Las violaciones de derechos durante y como consecuencia del proceso penal, en el sentido que establece el Código Penal alemán<sup>46</sup>, guardan estrecha relación funcional de la pena con su dimensión aflictiva.

De este modo, se debería renunciar a parte o toda la condena debido a las consecuencias gravemente negativas durante el proceso, como consecuencia o no del mismo. Ejemplo de ello serían las dilaciones indebidas, una injustificadamente dolorosa prisión preventiva, etcétera.

## **VII. Condiciones en los centros penitenciarios**

En los casos en los que el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario no cumple con las garantías de vida digna y resocialización, los poderes públicos no cumplen con su función de garante de las mismas. De este modo, en relación al cómputo de los días entre barrotes, se deberían tener en cuenta dichas condiciones para reducir el tiempo de condena.

Todo ello, abriendo el debate de la responsabilidad patrimonial que tiene el Estado en relación a dejación de funciones que supone disponer de centros penitenciarios sin las mínimas condiciones de habitabilidad y resocialización.

## **VIII. *Poena naturalis***

El sufrimiento por el autor debido a circunstancias ajenas a la voluntad humana y que se padecen como consecuencia de la comisión del delito también debería considerarse equivalente funcional de la pena.

Así, la llamada *poena naturalis*, en contraposición a la mano humana en la *poena forensis*, debería apreciarse, por ejemplo en los graves daños físicos ocasionados por la desintegración de la bolsa que almacena cocaína introducida en el intestino de las llamadas *mulas de la droga*, en la línea de compensar un sufrimiento análogo o superior al que correspondería al cumplimiento de la condena.

A modo de conclusión de los equivalentes funcionales de la pena planteados, propongo su inclusión formal en nuestro sistema penal, con su incorporación al Código Penal, añadiendo un capítulo al primer título de la norma, relativo a la infracción penal.

Así, propongo la redacción e inclusión de un nuevo artículo de la forma que sigue:

## **CAPÍTULO VI**

### **DE CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN O EXIMEN**

#### **DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA**

##### **Artículo 23bis**

*En función de la gravedad y el alcance de las mismas con anterioridad al inicio del procedimiento penal en relación con el delito cometido, son circunstancias atenuantes o eximentes:*

- 1ª. La reparación espontánea del daño derivado del delito en los delitos no violentos contra el patrimonio y los delitos tributarios por parte del autor.*
- 2ª. El comportamiento autopunitivo del autor como consecuencia del remordimiento de este en relación al delito cometido. No se aplicará cuando dicho comportamiento tenga por objeto una reducción de condena.*
- 3ª. La venganza del ofendido, sin perjuicio de la responsabilidad penal que este pueda incurrir.*
- 4ª. La condena social sufrida por el autor.*
- 5ª. La violación injustificada de derechos por parte de los agentes de la autoridad sufrida por el autor como consecuencia de la comisión del delito.*
- 6ª. La violación injustificada de derechos durante el procedimiento penal sufrida por el autor como consecuencia de la comisión del delito.*
- 7ª. Las deficientes condiciones de habitabilidad y resocialización de los centros penitenciarios.*
- 8ª. Las circunstancias ajenas a la voluntad humana sufridas por el autor como consecuencia del delito.*

## **FASE 5: UNA JUSTICIA DE PERDÓN Y RECONCILIACIÓN**

En este proceso de instauración de un nuevo paradigma penal en nuestro país los jueces y magistrados, así como el resto de actores que intervienen en el proceso penal, han de asumir una gran responsabilidad.

Así, depende de jueces, magistrados y fiscales que la última pieza del engranaje de la sobrecriminalización sea sustituida por otra, en una nueva dinámica descriminalizadora. Valentía, ambición y responsabilidad son tres atributos necesarios para llevar a cabo dicha tarea en aras de una aplicación del derecho penal que promueva el perdón, la reconciliación y la reparación.

En primer lugar, jueces y magistrados deberían usar las herramientas que el ordenamiento les brinda en la aplicación de la Ley conforme a los principios limitadores del derecho penal, con maestría, gestionando eficazmente la presión que reciben por parte de actores externos o internos al proceso penal. Dicha aplicación debería darse en plena consciencia de la responsabilidad que recae sobre sus espaldas, puesto que en esencia se dirimirá la suspensión ni más ni menos que de derechos fundamentales.

En este sentido, su condición de operadores jurídicos no debería dar pie a una expulsión de responsabilidades respecto de circunstancias que no están estrictamente relacionadas con su actuación en el seno del proceso penal. Estos deberían ser conscientes, y que ello quede reflejado en su actuación, del enorme impacto que genera el fenómeno criminal en la vida de los que lo sufren, a la par que la imposición de la sanción penal.

Por ello, partiendo de la base que el crimen y la aplicación del derecho penal acarrearán un dolor para la víctima, el autor, sus entornos y la sociedad, que debería, en la medida de lo posible, reducirse al mínimo necesario.

De este modo, la sanción penal debería, en contraposición a la naturaleza destructiva y antisocial del crimen, ser prosocial. Así, debería integrarse el castigo, si es que no se han dado equivalentes funcionales del mismo, en relación a los siguientes elementos:

- i. Protección, reparación y reconstrucción del orden normativo y social violentado (víctima y sociedad)
- ii. Minimización de las consecuencias de la propia sanción penal para el autor y su entorno
- iii. Expresión del rechazo social al crimen, procurando que la sanción penal no contradiga los valores comunitarios

- iv. Potenciación de la rehabilitación en los centros penitenciarios, bajo los principios de legalidad, humanidad y dignidad.

Todo ello, en la línea de que el estado de cosas después del cumplimiento de la condena sea mejor que el inmediatamente anterior, que las heridas del crimen vayan cicatrizando y que el perdón y la reconciliación sean posibles.

En segundo lugar, la acción de la fiscalía debería ceñirse a la defensa de la legalidad.

A este respecto, la tendencia generalizada de los fiscales hacia un punitivismo cuanto más duro mejor socaba la calidad de nuestro sistema penal en la creencia que la dureza de las penas tiene alguna cosa que ver con la superación de las heridas del delito.

Así, la amenaza de una mayor condena proyectada por la fiscalía en la negociación de un acuerdo con la defensa suele ser una artimaña para la aceptación acrítica del acusado, con muchas menos herramientas en su haber.

A mi modo de ver se defiende la legalidad concibiendo su naturaleza instrumental, es decir, de que la legalidad no es más que un medio para prevenir y solventar conflictos, un medio a través del cual puede alcanzarse la justicia.

Todo ello siendo conscientes que, por muy reglados y dotados de un ordenado sistema normativo que estén los poderes públicos y la interacción de los ciudadanos con los mismos, en el caso del proceso penal, se debería asumir por parte del poder judicial el rol facilitador y promotor de la convivencia y la paz social, nada más.

En este caso jueces y magistrados tienen en su mano si facilitar o entorpecer el perdón y la reconciliación, pero en última instancia, por muchas medidas que se tomen, depende de la víctima y del autor que la paz entre ellos sea posible.

Que la acción de la justicia sea parte de la solución y no del problema.

## **FASE 6: DESTIPIFICACIÓN**

Para finalizar este recorrido teórico, crítico y propositivo qué mejor que con una última propuesta, la cual sintetiza y condensa el espíritu con el cual un servidor ha escrito las líneas de este trabajo.

Partiendo de la base que para enfocar de modo conceptualmente riguroso y concreto la propuesta de eliminar ciertos tipos de nuestro sistema penal haría falta otro u otros trabajos como este, ello no quita que no pueda dar unas pocas pinceladas de cómo creo que debería enfocarse.

Estimo necesario desgranar los tipos penales vigentes en nuestro sistema penal en dos grandes grupos, en función del tipo de bien jurídico que pretenden proteger.

Por un lado, nos encontramos con los delitos *malum in se*, o malos por su propia naturaleza, los cuales esencialmente encuentran su origen en los Diez Mandamientos: delitos contra la vida, la integridad física, la libertad y el patrimonio.

Por otro lado, encontramos los delitos *mala quia prohibita*, o malos porque están prohibidos, los cuales se erigen de manera instrumental para proteger los bienes jurídicos primarios (vida, integridad, libertad y propiedad).

Así, los delitos que persiguen, por ejemplo el tráfico de drogas, la conducción temeraria o las infracciones tributarias, lo hacen en la protección de bienes jurídicos como la salud pública, la seguridad vial y la hacienda pública que no son más que instrumentos para proteger lo verdaderamente relevante, esto es la vida, la integridad, la libertad y la propiedad. Es decir, se sancionan conductas que entrañan un peligro hacia bienes jurídicos primarios.

Dicho esto, ¿qué sentido tiene el mecanismo de persecución y sanción de atentados contra bienes jurídicos instrumentales sea el mismo que para los bienes jurídicos primarios?

A mi modo de ver, la intervención penal en infracciones legales que ya están, han estado o podrían estar sancionadas a través de otros mecanismos legales menos lesivos, en los casos de delitos contra bienes jurídicos instrumentales, carece de sentido.

Por todo ello, propongo la eliminación de los siguientes tipos genéricos –además de sus variantes- de nuestro sistema penal, así como su incorporación a la rama administrativa de nuestro ordenamiento:

- I. Delitos contra la seguridad vial
- II. Delitos contra la salud pública
- III. Delitos contra la Hacienda Pública

- IV. Delitos contra la Administración de Justicia
- V. Los llamados delitos de odio
- VI. Delitos de peligro sin conducta peligrosa, firme e inequívocamente criminal



## CONCLUSIONES

Las líneas que preceden a esta han sido escritas por un servidor con la voluntad de aportar, siempre en los estrechos márgenes que un trabajo como el presente plantea, un grano de arena a la discusión académica, pero sobretodo práctica, acerca de la problemática de la sobrecriminalización.

Tal y como el lector habrá percibido, la intención tras cada idea plasmada en este trabajo se centra en la localización precisa de las causas de la problemática planteada y, en consecuencia, el ofrecimiento de soluciones al respecto.

En primer lugar, a pesar de los humildes, quizás ambiciosos y simples planteamientos, se entraña la esperanza de un servidor en la reforma y mejora de nuestro sistema penal. Estoy seguro cuando afirmo que la madurez se alcanza cuando uno se hace consciente de la enorme complejidad del entorno que nos rodea, dentro del cual, como no, se encuentra la manera de organizar un sistema jurídico, en este caso penal. Así, si bien la crítica es ácida y contundente, no es en vano, puesto que inmediatamente después me adentro en el planteamiento de soluciones al respecto.

En segundo lugar, una vez culminada la redacción de la memoria de este trabajo, encuentro más factible la viabilidad de las medias que planteo en la tercera parte del trabajo. No hace falta más que voluntad política y una mínima dosis de consenso social al respecto. Hay margen para la esperanza.

En tercer lugar, el planteamiento de alternativas a un régimen jurídico establecido es un ejercicio que entraña dificultad y una cierta complejidad. Ello se manifiesta cuando, tras la disección de las principales causas de la problemática, llega el momento de ofrecer soluciones al respecto.

Si ya no se antoja fácil afinar la precisión conceptual en la práctica de la crítica al estado actual de cosas, con su derivada atribución de responsabilidad a los actores que alimentan a la problemática, más difícil es todavía plantear una alternativa a la altura de la crítica practicada. Fácil hubiera sido quedarse en la crítica. A pesar de ello, en un ejercicio de honestidad intelectual, he llevado a cabo una extensa búsqueda de medidas que estimo pueden contribuir a revertir la actual dinámica.

En cuarto lugar, soy plenamente consciente de la complejidad y dificultad que reviste esta gesta. Es un ejercicio de realismo y madurez llegar a esta conclusión. Ello que excluye que, por muy difícil que sea, al estar la sociedad al completo, desde el primer actor al último, cubierta de una pátina de sobrecriminalización, no sea posible una alternativa al actual estado de cosas. Dicha alternativa, como se demuestra en este trabajo, es necesaria, mas sobre todo es posible.

En último lugar, como señalaba, este trabajo es una oda a la esperanza, una oda a la construcción de un sistema penal garantista, el cual proyecte la estela de su obra siempre que sea de forma legítima y justificada.

## NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Cap. II, Pág. 101, *Atelier*, 2018
2. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Cap. 1, Pág. 21, *Reppertor*, 2015
3. Sentencias del Tribunal Supremo 150/1991 y 59/2008
4. Parte aflictiva y simbólica
5. En este trabajo, por razones de acotamiento teórico y de proximidad conceptual, únicamente contrastaré el sistema penal español con el de nuestros homólogos en otras democracias liberales, especialmente los Estados Unidos y otros países de nuestro entorno.
6. Usaré, a lo largo de la memoria escrita, el gentilicio genérico del continente americano como equivalente al término estadounidense.
7. Fernando MOLINA, *A Comparison between Continental European and Anglo-American Approaches to Overcriminalization and some Remarks on how to deal with it* *New Criminal Law Review*, 2011
8. Stephen F. SMITH, *Overcoming Overcriminalization*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2012
9. United States Code: basta compilación de la legislación general federal de los Estados Unidos. Dispone de 54 títulos y más de 20.000 páginas.
10. Abreviatura de Supreme Court of the United States
11. McNally v. U.S.
12. Término basado en una de las fábulas que el clásico griego Esopo escribió en el siglo IV a.C. y usado en la actualidad para hacer referencia a aquellas condiciones demasiado duras, abusivas o prácticamente imposibles de aceptar o de cumplir.
13. Mens rea
14. Evans v. U.S.
15. Hobbes Act 1957

16. Francisco ALVIRA MARTÍN y María Ángeles RUBIO RODRÍGUEZ, *Victimización e inseguridad: la perspectiva de las encuestas de victimización en España*, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1982
  
17. *Telecinco, la cadena más vista por octavo año consecutivo*, *La Vanguardia*, 2 de febrero de 2020: <https://www.lavanguardia.com/television/20200102/472670949699/audiencias-television-2019-telecinco-lider-antena-3-la-1-tve-cuatro-la-sexta.html>
  
18. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en referencia a su título IV.
  
19. *Macrobarómetro de octubre de 2019, preelectoral elecciones generales 2019, avance de resultados, Estudio 3263, septiembre-octubre 2019*, Centro de Investigaciones Sociológicas: [http://datos.cis.es/pdf/Es3263marMT\\_A\(mod\).pdf](http://datos.cis.es/pdf/Es3263marMT_A(mod).pdf)
  
20. *Distribución territorial de la renta familiar disponible per cápita en Barcelona (2017)*, Oficina Municipal de Datos de Barcelona: [https://ajuntament.barcelona.cat/barcelonaeconomia/sites/default/files/RFD\\_2017\\_BCN.pdf](https://ajuntament.barcelona.cat/barcelonaeconomia/sites/default/files/RFD_2017_BCN.pdf)
  
21. *Encuesta sociodemográfica de Barcelona (2017)*, Portal de estadística y difusión de datos del Ayuntamiento de Barcelona: <https://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/tvida/esd/esd17/persones/taxes/trp.htm>
  
22. *Un alumne de Ciutat Vella té sis vegades més possibilitats de fracàs escolar que un de Sarrià*, *Ara*, 17 de julio de 2019: [https://www.ara.cat/societat/fracas-escolar\\_0\\_2271972901.html](https://www.ara.cat/societat/fracas-escolar_0_2271972901.html)
  
23. *La mortalidad en la ciudad de Barcelona (2017)*, Agencia de Salud Pública de Barcelona: <https://www.aspb.cat/wp-content/uploads/2020/04/ASPB-Mortalitat-Barcelona-2017.pdf>
  
24. Tasa de hechos delictivos conocidos por cada 1000 habitantes. Fuente: <https://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/tvida/esd/esd17/persones/taxes/trp.htm>
  
25. Mt. 7, 3-5
  
26. *Balance 2010, evolución de la criminalidad, ámbito de actuación del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil*, Ministerio del Interior: [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204780/Informe+Nacional+Evoluci%C3%B3n+Criminalidad+\(Senado\).pdf/689da2c2-6a52-4527-9b46-b1c82206e0e8](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204780/Informe+Nacional+Evoluci%C3%B3n+Criminalidad+(Senado).pdf/689da2c2-6a52-4527-9b46-b1c82206e0e8)

27. Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, Prólogo de *Código Penal y Ley Penal del Menor*, Tirant lo Blanch, 2015.
28. *Un breve análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010*, *Todo por hacer*, marzo de 2011: <https://www.todoporhacer.org/un-breve-analisis-de-la-reforma-del-codigo-penal-por-la-ley-organica-52010/>
29. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2019, C-619/18
30. Del refranero castellano, originariamente la expresión era *ser más católico que el Papa* y se usaba para hacer ver que alguien es más estricto o que quiere aplicar más que nadie una determinada ley, creencia, orden, etcétera; incluso por encima de los que dictan esa ley, sustentan esa creencia o han creado la orden.
31. Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España*, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014
32. Artículo 70.2ª del Código Penal de 1973: *No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo porque se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.*
33. Auto del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2010 resolviendo un recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, a su vez resolviendo un recurso de casación contra el Auto de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005.
34. *Extra petitum*: una sentencia es incongruente cuando no existe conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio.
35. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2012, resolviendo recurso contra la Providencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 2009, a su vez resolviendo un recurso de amparo contra el Auto de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2008.
36. Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:
1. *Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*

2. *El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.*
37. Joshua KLEINFELD, *Manifesto of Democratic Criminal Justice*, *Northwestern University Law Review*, 2017
38. *Encuesta de Condiciones de Vida (ECV). Año 2018*, Instituto Nacional de Estadística: [https://www.ine.es/prensa/ecv\\_2018.pdf](https://www.ine.es/prensa/ecv_2018.pdf)
39. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Cap. II, Pág. 104, *Atelier*, 2018
40. Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, *Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos*, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2018
41. Tasa de homicidios genérica y penitenciaria en Cataluña: 0,57 y 524 / 100.000 habitantes respectivamente en 2015: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/ICV/dim6/10/&file=61101.px#!tabs-tabla>  
<https://rm.coe.int/prisons-in-europe-2005-2015-volume-1/1680990199>
42. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Cap. III, Pág. 117, *Atelier*, 2018
43. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Cap. III, Pág. 122, *Atelier*, 2018
44. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Cap. III, Pág. 121, *Atelier*, 2018
45. Artículo 167 del Código Penal de la República Federal de Austria
46. Artículo 60 del Código Penal de la República Federal Alemana

## BIBLIOGRAFÍA

- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Cap. II, Pág. 101, *Atelier*, 2018
- Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General, Reppertor*, 2015
- Fernando MOLINA, *A Comparison between Continental European and Anglo-American Approaches to Overcriminalization and some Remarks on how to deal with it*, *New Criminal Law Review*, 2011
- Stephen F. SMITH, *Overcoming Overcriminalization*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2012
- Francisco ALVIRA MARTÍN y María Ángeles RUBIO RODRÍGUEZ, *Victimización e inseguridad: la perspectiva de las encuestas de victimización en España*, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1982
- Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Prólogo de Código Penal y Ley Penal del Menor*, *Tirant lo Blanch*, 2015
- Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España*, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014
- Joshua KLEINFELD, *Manifesto of Democratic Criminal Justice*, *Northwestern University Law Review*, 2017
- Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, *Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos*, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2018

## **ANEXO I: CARTA A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

TRIBUNAL SUPREMO

Plaza de la Villa de París, s/n

28071 Madrid

A la atención del Excmo. Sr. D. \*\*\*

Apreciado Señor,

Me dirijo a usted en mi condición de catalán y de estudiante del último curso del grado en Derecho, es decir, de aprendiz de jurista.

Por un lado, me gustaría confesarle que soy de los que piensan que condujo usted el juicio (declaraciones previas y conclusiones de las partes, intervenciones de las defensas, interrogatorio de los testigos, etc.) de una forma digna y respetuosa. Le confesaré también que tenía francas esperanzas que la culminación del juicio en una sentencia largamente esperada, también reflejaría la dignidad y el respeto que la Sala ha garantizado durante el proceso. No me cabe otra cosa que reconocerle el mérito al respecto.

Por otro lado, la publicación el pasado lunes de la Sentencia pone de relieve, a mi modo de ver, las siguientes ideas que me gustaría compartir con usted:

1. Le reconozco la dificultad que supone juzgar la tipicidad y autoría de unos hechos que nos han mostrado que el frágil equilibrio social e institucional



surgido de la Transición a la democracia no es capaz de evitar que amplios consensos se rasguen y, consecuentemente arrojar a millones de ciudadanos a posiciones aparentemente antagónicas e irreconciliables. No solo tenía a dos Cataluñas, también a dos Españas que accontentar.

2. Han desaprovechado la inmensa oportunidad que, fruto de cargar imprudentemente –quizás dolosa– a sus espaldas la responsabilidad de juzgar unos hechos que la política debería ser capaz de encauzar (“*Al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*” Mt. 22,21), podría haber contribuido a generar un nuevo clima de distensión, concordia y paz social, tan ansiado por la inmensa mayoría de este país. No soy el único –quizás ideal e infantilmente en mi condición de aprendiz de Jurista– que confiaba en una acción de la Justicia verdaderamente justa. En definitiva, no me resisto a recordarle que, por mucha justicia que impartiera Poncio Pilato, su reo murió injustamente en la Cruz.

3. No solo ha frustrado usted las esperanzas que un servidor tenía depositadas en usted y sus compañeros Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cientos de miles de esperanzas de ciudadanos catalanes, quizás millones de ciudadanos españoles, esperaban como agua de mayo que, como mínimo, su Fallo no echara más leña a esta hoguera que arde y arde, en sentido figurado y literal. Esperábamos sabiduría y valentía.

4. En momentos excepcionales se espera que los que llevan las riendas del futuro de las sociedades, ustedes las han entomado, sean sabios y valientes. Permítame, pues, la osadía de considerar que ni han sido sabios ni han sido valientes.

La prudencia –el *seny*– es virtud de los sabios: encienda usted el televisor o la radio, abra un periódico, venga directamente a Barcelona y tome usted sus propias conclusiones.

La valentía se demuestra en horas difíciles, frente a hombres y mujeres equivocadas, quizás desobedientes, pero no sediciosas; frente a Fiscales y Abogados del Estado erigidos protectores a capa y espada de la unidad de destino universal, frente a acusadores populares con sed de revancha y ante la atenta mirada de millones de ciudadanos. Se demuestra, no siendo el más duro,

sino el más piadoso en tiempos de dureza; no siendo el más osado, sino el más conciliador en tiempos de osadía.

5. De aquellos polvos vienen estos lodos. Francamente, me cuesta creer que hayan sido conscientes, hasta la última de las consecuencias, del agravio que supone condenar a duras penas de prisión a líderes sociales y políticos –nos guste o no– legítimos de millones catalanes. No sé si sabe que, históricamente –le parezca o no que están equivocados– el pueblo catalán ha hecho de los agravios percibidos por parte de la Monarquía Hispánica y después del Estado español (Guerra dels Segadors, Decretos de Nueva Planta, Memorial de Greuges, ejecución de Lluís Companys, déficit fiscal, recorte del Estatuto de Autonomía de 2006, etcétera) un elemento definidor de su conciencia colectiva de pueblo incomprendido, maltratado y victimizado.

Sepa usted que la dura condena, tal y como se anticipaba con la reacción ante la prisión provisional, va a incorporarse a esta larga lista de agravios. Sepa también que, consecuentemente, cuanto más larga sea la lista, más sensación de incompreensión, victimismo, rabia y agitación habrá entre gran parte de los catalanes.

Así pues, de todos aquellos polvos, vienen y vendrán lodos, parte de los cuales recaen sobre sus anchas espaldas.

6. Me gustaría que se planteara las siguientes preguntas:

¿Cree usted que el Fallo es digno de la maestría jurídica que se espera de ustedes?

¿Qué quedará, a raíz de su interpretación visiblemente anclada en el autoritarismo punitivo, del legítimo derecho a discrepar activa y pacíficamente con los Poderes Públicos?

¿Qué quedará de la idea avanzada de democracia no militante?

¿Qué quedará del débil equilibrio social e institucional español?

¿Qué mensaje han trasladado a la España no deseosa de revancha?

¿Qué mensaje han trasladado a la sociedad catalana?

Finalmente, le quiero trasladar con toda tranquilidad y sosiego que, a pesar de las inexcusables torpezas de los que llevan o han llevando las riendas, mantengo la fe y la esperanza en el futuro que nos depara.

Sabe, una cosa puedo asegurarle: llegará el día, tarde o temprano, en el que los fantasmas empolvados del pasado se harán a un lado, dejando paso a un entendimiento entre iguales y a la concordia entre dos sociedades condenadas a convivir y comprenderse. Para tal fin, me gustaría pedirle que, hasta lo que esté en sus manos, no imposibilite Código Penal en mano un futuro en el que todos podamos creer.

Bon vent i barca nova.

Sin otro particular, me despido con grato aprecio y consideración.

En Molins de Rei, a 18 de octubre de 2019

Fdo. Iker Freiria i Tomàs

P.D. ¿Qué es la Justicia? Quizás la felicidad conforme a la virtud.