

VOTO PARTICULAR que presentan los Excmos. Vocales del CGPJ, **Dña. Montserrat Comas d'Argemir, D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Aguiar de Luque, D. Juan Carlos Campo Moreno, D. José Antonio Alonso Suárez, Dña. M^a Angeles García García, D. Javier Martínez Lázaro, D. Félix Pantoja García y D. Agustín Azparren**, al acuerdo del Pleno de fecha 26 de febrero de 2003 por el que se ha acordado el **INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMESTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS.**

En la Comisión de Estudios e Informes de fecha 20 de febrero de 2003, fue designada la Vocal Dña. Montserrat Comas, junto con el Vocal D. Adolfo Prego, Ponentes del Informe al Anteproyecto arriba mencionado. Del Informe aprobado en el Pleno de fecha 26 de febrero, por 11 votos a favor y 10 en contra, **se discrepa en los siguientes extremos y por las siguientes consideraciones:**

A) MULTIRREINCIDENCIA

1. Sobrepasar el marco típico de la pena en caso de multirreincidencia afecta de lleno al principio de culpabilidad, anclado, como se sabe, en el art. 10 CE. Conservada la reincidencia en el art. 22.8 del CP, salvada constitucionalmente por la STC 150/1991, resulta constitucionalmente inadmisibles, en cambio, la **multirreincidencia**, pues sucumbe de pleno a las censuras que el Tribunal Constitucional eludió en la citada resolución.

2. El problema constitucional de la multirreincidencia estriba en que **se supera el marco típico de la pena prevista con carácter general para un delito**, al permitir que se castigue un hecho con la pena superior en grado a la prevista en el CP (Artículo Tercero del Anteproyecto que modifica los arts. 66.4 y 5 del CP).

3. Ello es así porque, se diga lo que se diga, **el desvalor de un hecho no aumenta por que haya sido cometido repetidamente por el mismo sujeto** contra el mismo o diversos sujetos. Cada sustracción, por ejemplo, tiene la pena que merece de acuerdo a la casi libérrima capacidad de disposición penal del legislador ordinario, **siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella**, tal como establecen, por todas las SSTC 65/1986, 14/1988, 150/1991, entre otras muchas.

4. Si se quiere reinstaurar la multirreincidencia, viejo sueño del **Derecho penal de cuño más autoritario y defensivo**, abolida por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal y que procedía de la Ley de 28 de diciembre de 1978, es porque se considera que el **autor reiteradamente condenado es inasequible a la pena**, esto es no se motiva como el resto de ciudadanos y, en él, la prevención general se muestra ineficaz y la ejecución de la condena deviene igualmente ineficaz (prevención especial).

5. Dejando de lado que la prevención general se muestra, por definición, ineficaz cada vez que se comete un delito (su eficacia se mide por los delitos que no se comenten, esto es, porque la inmensa mayoría de ciudadanos no delinquen), **sólo cabe fundamentar la multirreincidencia en una afirmada mayor peligrosidad criminal del sujeto.** Sucede, empero, la peligrosidad así entendida es contraria a la Constitución.

6. Por lo tanto, aun partiendo de la trayectoria criminal previa del sujeto, **rebasar el marco penal típico es contrario a la Constitución**. En efecto, si bien es cierto, que “es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia (STC 150/1991, f. j. 9 III)”, ello es así en la medida en que, precisamente, **no se rebasa el marco típico de la pena**.

7. Se tenga la concepción que tenga de la **principio culpabilidad** como categoría indeclinable del Derecho penal impuesto por la Constitución, ello supone, como mínimo dos cosas: la **exclusión de la responsabilidad objetiva** y la **responsabilidad por el hecho**. Para lo que aquí interesa, al afirmarse la plena vigencia del Derecho penal del hecho, **se excluye el llamado Derecho de autor**, esto es el que **castiga a los sujetos por su personalidad o forma de ser** y se tiene por lícito únicamente basar la responsabilidad criminal de los individuos en la perpetración de un hecho.

8. Por ello, no resulta ocioso recordar que el art. 25. 1 CE, como recuerda la STC 64-1990, alude al **hecho** y no a ningún otro presupuesto al establecer el principio de legalidad penal. Ello ratifica que **sólo hechos y no personalidades** y caracteres determina **el presupuesto de la aplicación de una pena o de una medida de seguridad**.

9. Una de las alternativas que se contienen en el informe alude a que en lugar de reintroducir en el CP la multirreincidencia, se supla por la imposición de una medida de seguridad. No puede alegarse que el exceso de pena, la que supera el marco típico legalmente previsto para la clase de delitos de que se trate, atiende a la personalidad del sujeto y que, por tanto, en puridad, **estamos ante una medida de seguridad medida**. Ello no sería de recibo por las siguientes razones:

a) contraría el **sistema vicarial** de las medidas de seguridad tal como establece el CP en la actualidad (art. 104 en relación con el art. 99 CP), **que impide que una vez se haya cumplido la pena impuesta se haga cumplir una medida de seguridad**. En efecto el art. 99 establece “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena...”. Asimismo el art. 104 establece que las medidas de internamiento para tratamiento médico en los supuestos de alteración psíquica, o las medidas de internamiento en centros de deshabitación, o las de internamiento en centros educativos especiales “**sólo podrán imponerse cuando la pena impuesta por la comisión de un delito sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito**”

b) reintroduciría el **sistema dual**, es decir, cumplimiento de pena más medida de seguridad.

c) se volvería a plantear el llamado **timo de las etiquetas** al que se alude en el informe, crítica ya casi centenaria al **sistema acumulativo** de pena y medida privativas de libertad.

10. Todo ello sin dejar de tener en cuenta dos cosas. La primera, que **rechazar la multirreincidencia no supone ninguna desprotección social: el delito sigue siendo castigado y lo seguirá siendo cada vez que se cometa, sea aprehendido el infractor y sometido al proceso debido**. A título de ejemplo, se ha de recordar que la persona que en tres ocasiones es condenado por un delito de robo con fuerza en casa habitada o local abierto al público (art. 241 CP) o bien por un delito de robo con intimidación (art. 242 CP), castigados ambos delitos con pena privativa de libertad de dos a cinco años, ha de cumplir tres penas de prisión, que pueden alcanzar los doce años; todo ello partiendo de que en la primera ocasión se le condene por la pena mínima de dos años y, en las dos siguientes condenas, a la máxima

de cinco años al concurrir la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22. 8 CP. En segundo lugar, el que el sujeto sea inasequible a la norma penal, demuestra, también, **un fracaso del sistema de prevención general y de prevención especial**. Este fracaso, al margen de la casuística personal de cada supuesto, **no puede ser imputado exclusivamente en el deber del infractor, desbordando el marco típico de la pena**.

B. MULTIRREINCIDENCIA DE FALTAS

1. Las razones que avalan la oposición a la multirreincidencia por delito se dan aquí por **reproducidas**, pues tratarse de una **proyección** de dicho inconstitucional planteamiento.

2. Con todo, unas especificaciones requiere el tema de la reiteración de las faltas que lleva a castigar la cuarta infracción cometida en el lapso de un año. Así:

a) El informe aprobado por la mayoría critica tal opción legislativa en las conductas constitutivas de falta de lesiones, y no en la de las **faltas de hurto y de hurto de uso**, lo cual **deja inalterada la política criminal del Anteproyecto**, pues son esas infracciones las a fin de cuentas interesan al prelegislador.

b) En todo caso, resulta **inadmisible** que se constituyan los tipos aludiendo a *acciones* y **no a sentencias firmes y ejecutivas** (artículo Undécimo y Duodécimo del Anteproyecto que se informa). El supuesto en el que el informe acepta que la cuarta acción pase a ser constitutiva de delito es en los casos que las cuatro acciones se cometan en el plazo de seis meses –al prescribir las restantes- y sean juzgadas en un mismo juicio. Este supuesto contraría la vigente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 38/2000, de 24 de octubre) para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, aprobada en el Parlamento Español y que entrará en vigor el día 28 de abril de éste, **En efecto, en relación a las faltas de hurto del art. 623.1 del CP, el mandato del legislador es que se enjuicien el mismo día del hecho (art. 962 Lecrim), lo que impide que dejen de juzgarse, por si en el futuro la misma persona vuelve a cometer la misma infracción.**

3. En relación al artículo Decimosexto del Anteproyecto que introduce la multirreincidencia en las faltas de lesiones y de hurto permitiendo que la cuarta acción se castigue como delito, cuando el culpable al delinquir hubiere sido condenado previamente por tres faltas de la misma naturaleza, se asumen plenamente las razones expuestas en el informe de la mayoría. **No existe –nunca ha existido- un registro de penados por faltas, por lo que establecer los antecedentes será más que prolijo.** Aunque el mismo se creara, se impediría el enjuiciamiento inmediato de la cuarta conducta, dado que el Juez de Guardia no solo debería disponer de las anteriores condenas registradas, sino que además precisaría tener un testimonio de las sentencias dictadas, con certificación de que son firmes, a fin de poder acreditar que el montante de las infracciones cometidas sea superior a cuatrocientos euros, que es el mínimo referido a la figura del delito de hurto y que dichas sentencias anteriores no están recurridas.

4. Siendo lo anterior importante, decisivo resulta, con todo, el que la acumulación de faltas convierta la última en delito, pues la pena de esta infracción será la que recibirá. El **Anteproyecto confunde, sea cuales fueren sus motivos, peligrosidad con molestia. Una falta, por definición, no es peligrosa; será molesta, en sí misma o por las consecuencias, al perjudicar económicamente a la víctima. Pero la molestia, como el sentimiento, no es causa bastante para integrar un bien jurídico de gravedad.**

5. Es más: el delincuente reiterado de faltas suele ser, desde un punto de vista criminológico,

un **delincuente habitual que conoce la regulación penal; por eso perpetra faltas y no delitos y, por encima de todo, rehuye la violencia.**

6. Así las cosas, el agravar una conducta idéntica a las anteriores, una infracción interesadamente de pequeña relevancia, tiene **efectos claramente criminógenos** si el precio a pagar por el nuevo quebrantamiento normativo es más alto, **se fomenta que se franquee la barrera de la mínimo, para ingresar en la de lo medio** o, incluso, superior. La persona que en el plazo de un año ha sustraído tres perfumes en un establecimiento público, para después revenderlos, en la cuarta ocasión se fomenta que sustraiga una joya en lugar del perfume, porque recibirá el mismo castigo en ambos casos.

C) INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

Las discrepancias respecto al Informe aprobado por la mayoría se centran en lo siguientes extremos:

1. No se cuestiona en el informe que la regla general para todos los extranjeros no residentes legalmente en España condenados a una pena privativa de libertad hasta seis años o a una medida de seguridad, sea cual fuere, comporte la expulsión del país. **El artículo Cuarto del Anteproyecto, que modifica el art. 89 del CP, obliga de forma imperativa al Juez -“serán sustituidas”- a sustituir la pena por expulsión, cualquiera que sea las circunstancias personales y de arraigo del condenado**, dado que la única excepción a la regla general es el cumplimiento de la pena según sea “la naturaleza del delito”, parámetro indefinido al no relacionarse con la gravedad de los delitos.

2. **El Anteproyecto infringe el principio de proporcionalidad**, al tener las mismas consecuencias la condena por un delito de hurto no violento castigado con una pena de prisión de seis a dieciocho meses (art. 234 CP) que el de la condena por un delito de robo con intimidación con una pena de dos a cinco años de prisión (art. 241 CP). Tampoco se distingue al que delinque por primera vez respecto al reincidente, cercenando cualquier posibilidad de reinserción en los delitos de carácter menos grave, ni posibilidad alguna de integración social, aunque se trate de un extranjero que trabaje y viva con su familia en España. En la legislación vigente la expresión “*podrán ser sustituidas*” permite al Juez la ponderación al caso concreto. Dicho principio queda también infringido al ser idéntica la prohibición de regreso a España, diez años, cualquiera que sea la naturaleza del delito cometido y la pena a la que haya sido condenado –en este último extremo se comparte plenamente la crítica que se contiene en la página 50 del Informe-

3. El Informe no cuestiona que al extranjero no residente legalmente en España y que haya sido condenado por primera vez a una pena privativa de libertad hasta dos años, se le excluya de los beneficios de la suspensión de la ejecutividad de la pena establecidos en el art. 82 y 83 del CP, **vulnerándose el principio de igualdad en la aplicación de la ley.**

4. **La reforma que se propone del apartado 7 del artículo 57 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, afecta el principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE.** El extranjero que se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta –previo al juicio-, y quede acreditado cualquiera de estas tres situaciones en el expediente administrativo, posibilita a que la autoridad gubernativa someta al Juez la autorización de su expulsión, a no ser que aprecie la existencia de circunstancias excepcionales –que no se concretan- que

justifiquen su denegación. De ello se deduce que los extranjeros, en procesos de regularización, la imputación de un delito o la incoación de una falta, previo a ser juzgados, puedan ser expulsados por esta circunstancia, con independencia de que pudieran concurrir los requisitos administrativos para obtener su regularización. Dicha previsión se contradice con la modificación del art. 89 del CP antes comentado que solo permite la sustitución de la pena por la expulsión en los supuestos de comisión de delitos –y no de faltas- que lleven aparejada pena privativa de libertad –excluyendo por tanto otras penas de carácter menos grave tales como la de multa o trabajos en servicio de la comunidad-. Situado este problema, asumimos plenamente la sugerencia que se efectúa al Gobierno en el Informe aprobado por la mayoría, para resolver este importante tema.

5. Tampoco se cuestiona en el informe la previsión de la modificación legislativa del apartado 1 del art. 62 de la Ley de Extranjería (artículo Tercero del Anteproyecto) al establecer la no necesidad de que haya recaído resolución de expulsión en el expediente administrativo, para proceder a su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, de lo que se deduce que si ésta última no se produce **se le ha privado innecesariamente de libertad hasta un plazo máximo de cuarenta días afectando, a nuestro juicio, el derecho fundamental a la libertad del art.17CE.**

D) VIOLENCIA DOMESTICA

Se comparte plenamente el contenido del Informe aprobado por mayoría. Sin embargo, entendemos que deberían haberse incluido los siguientes extremos.

1. Sugerir al Gobierno la reforma del artículo 468 del Código Penal, en relación a la penología en él prevista. Este precepto castiga el incumplimiento de la medida judicial de alejamiento, sin necesidad de probar la intencionalidad del incumplidor (prueba más que diabólica cuando no se da comienzo a la ejecución del acto lesivo), con una sanción excesivamente benigna pues aún aplicándole la agravante de reincidencia, la pena es de multa. **La pena de prisión de 6 meses a 1 año sólo es aplicable cuando el que quebrantare la condena o medida cautelar estuviera privado de libertad. Igual pena debería establecerse para que el que encontrándose en situación de libertad incumpliere las medidas cautelares ó la condena de penas accesorias adoptadas en relación a los delitos y faltas relativos a la violencia doméstica.** Todo ello en coherencia con el Anteproyecto de Ley sobre reforma de la prisión provisional, recientemente informado por este Consejo, en el que se establece la reforma del art. 544 bis Lecrim, a fin de en los casos de incumplimiento anteriormente referidos se convoque la comparecencia prevista en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

2. El artículo 102 del Código Civil dispone como medida provisionalísima simultánea a la admisión de la demanda de separación, con audiencia de los cónyuges, que el Juez civil decida cual de ellos ha de continuar en el uso de la vivienda familiar los bienes y objetos del ajuar que han de permanecer en el hogar o que ha de llevarse el otro cónyuge y la fijación de una pensión provisional también que contribuya al levantamiento de las cargas familiares y la custodia de los hijos. A fin de conseguir una mayor protección de las víctimas de la violencia doméstica, desde el momento que interponen una denuncia penal, **el Juez de Instrucción, en la misma resolución en la que acuerda el alejamiento debería poder decidir de forma inmediata, si la urgencia del caso lo aconsejare (en el caso de convivencia de hecho o de derecho de la víctima con el imputado) los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil.** Dicha decisión debería ser irrecurrible, sin perjuicio de que en el correspondiente juicio en la vía civil se discutan con igualdad de armas todos los extremos

indicados, pues las medidas expuestas son provisionalísimas y urgentes y no prejuzgan la resolución definitiva, en la que el Juez civil decidirá si confirma o modifica las medidas acordadas. Medidas que, como provisionalísimas, han de cesar transcurrido un tiempo, por ejemplo 30 días, caso que de no se inicie el procedimiento que corresponda.

3. En los supuestos de crisis familiar que genera la producción de situaciones de violencia de la que son víctimas miembros de la familia, y cuando no se ha interpuesto denuncia por la vía penal, se debería dotar a los jueces civiles con competencia en esta materia, de un instrumento legal que permita adoptar medidas urgentes en defensa del miembro de la familia amenazada. Este instrumento debería ser el vigente art. 158 del Código civil que, referido en la actualidad a los menores, debería también poder ser aplicado a cualquier otro componente de la familia que se encuentra en situación de peligro o, a fin de evitarle perjuicios. Debe señalarse el papel que debe tener el Ministerio Fiscal, que vendrá obligado a asumir la representación y defensa del menor, incapaz, o de cualquier persona que, en el caso de crisis familiar, no pueda valerse por sí misma de hecho o de derecho, articulando las acciones a que hubiera lugar conforme establece la Ley que regula su estatuto ante los órganos jurisdiccionales y reclamando de las autoridades administrativas, las actuaciones encaminadas a la salvaguarda de la integridad de la persona en peligro.

En Madrid, a 27 de febrero de 2003