

# **LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y LAS FACULTADES JUDICIALES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y LA REINSERCIÓN DEL CONDENADO**

## **INTRODUCCIÓN.1**

El derecho penal es, en la definición más clásica un instrumento de control social formalizado. A su través, el legislativo conmina con penas la realización de determinadas conductas que se consideran contrarias a la convivencia social. En la determinación del tipo de conductas incriminadas, la fijación de sanciones, las consecuencias jurídicas, lo que trate de perseguirse con ellas y, en definitiva, la utilización del derecho penal en una sociedad como la actual, su menor o mayor extensión, tiene mucho que ver con la propia estructuración de la sociedad. Ya Goldsmicht y Bettiol, lo pusieron de manifiesto al expresar la idea de que el sistema penal, la ley penal y la procesal penal, no eran más que segmentos de la estructuración política de una sociedad. En el mismo sentido Mir Puig, en 1975 (Introducción a las bases del Derecho penal), nos recuerda la misma idea, el derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia de cada Estado a que corresponde.

Un rápido repaso a la historia nos servirá para comprobar la conexión entre el derecho penal y el procesal penal y la respectiva estructuración de las relaciones sociales. En la Edad media, el Estado se estructuraba en torno a la iglesia o el señor feudal. Se producía una articulación del hecho delictivo en torno a la idea de pecado y la pena era una exigencia de la justicia, una expiación análoga al castigo divino. El señor feudal disponía la pena en función de sus necesidades ejemplificadoras. En el proceso penal surgieron los juicios de Dios, como forma de indagar la responsabilidad penal. En la Edad media, el Estado evoluciona hacia formas de absolutismo, desaparece el poder de la Iglesia que es sustituido por el del rey absoluto y el derecho penal tiende a asegurar el sometimiento de los súbditos al rey, lo que incorporaba una prevención general sin límites, lo importante era la sujeción al mandato del rey, o sus delegados, que administraban justicia a través de sus alguaciles. En esta época surgen las ideas

de contrato social, de Rousseau, y las de Beccaria, postulando una limitación del derecho penal y su humanización, preludios de la Revolución Francesa.

Con la Revolución Francesa da comienzo la ciencia del derecho penal, y su primer gran avance, la instauración del principio de legalidad, en sus vertientes procesal penal y penal. De esta manera sólo será delito lo que contengan las leyes penales, y sólo podrá castigarse, y depurarse de la manera establecida en las leyes de procedimiento. Esta nueva construcción del derecho penal hizo que éste se ocupara más del delincuente que de la víctima, pues su interés era el de limitar los poderes punitivos del Estado y se fundamentó la pena en la idea de retribución, pues era fundamento de la dignidad de la persona, que sólo debía ser castigada por lo merecido, lo que comporta, también, castigar cuando la pena no era necesaria para el individuo o para la sociedad.

Las ideas liberales de la época sucumbieron ante la aparición de los fenómenos sociales que surgieron por la industrialización y la aparición del proletariado. El Estado dejó de ser el gendarme del mercado para estatuirse en agente interventor para reparar las desigualdades y la necesidad de luchar no sólo por los justiciables, también por las causas de la criminalidad. Este nuevo papel intervencionista del Estado incidió en la función utilitaria de la pena, general, especial y mixta. Surgen los Estados totalitarios, con un correlativo aumento del endurecimiento del derecho penal y, seguidamente, la derrota de los fascismos en la Europa occidental tras la segunda guerra mundial, dando paso al Estado de bienestar que aprovechó los errores del liberalismo e introdujo importantes limitaciones al ius puniendi del Estado a través de la concepción propia del Estado Social y Democrático de derecho. La caracterización del Estado como social produjo un interés en la efectiva protección de la sociedad, consecuentemente en la prevención general, y del autor del delito, quien no podía ser apartado de la sociedad, por lo que se procuró su reinserción y recuperación para la sociedad, prevención especial. La nota de Estado democrático procuró actualizar el carácter de instrumento formalizado, interesando la observancia de los derechos individuales del ciudadano sometido a la indagación y enjuiciamiento penal.

Esta breve, pero necesaria, referencia histórica del sistema penal de depuración de conductas antisociales, nos permite constatar que, ante los profundos cambios sociales que se producen y se están produciendo, el derecho penal actual que conocemos no es el de hace apenas quince años. La promulgación del denominado Código penal de la democracia, el Código de 1995, no ha resistido las exigencias de los nuevos tiempos caracterizados por la caída del estado de bienestar, la irrupción de la sociedad de riesgos y los terribles atentados del 11.S y 11- M.

Para poder entender la actual situación del derecho penal es necesario poner de manifiesto los profundos cambios que se han producido en el orden social y económico, particularmente en la sustitución del modelo “fordista” de la sociedad que llevo al estado de bienestar, y su sustitución por la sociedad de riesgos, propio de una economía globalizada. El modelo “fordista” se caracterizó por el trabajo en serie, la cadena de montaje de Henry Ford, donde se preveía que el crecimiento de los salarios estaba directamente relacionado con la producción y, se procedería a una redistribución de los recursos económicos contándose con un sistema generalizado de seguridad social. Todo ello redundaría, en definitiva, en la extensión de bienestar de la mayoría de la población. Su desarrollo tiene lugar a partir de la segunda Guerra Mundial que inauguró el movimiento llamado constitucionalismo social, que se inició con las Constituciones alemana e italiana y en la que la española es su última representación. Con un catálogo de derechos fundamentales y deberes, con un sistema de economía mixta, se propiciaba una división de poderes y un garantismo social y económico traducido en el estado de bienestar social.

El eje de este sistema “fordista” fue el estado social articulado sobre la idea de un posible crecimiento económico ilimitado con una mejor distribución de la riqueza y una mayor equidad social. El estado social de la posguerra significó la institucionalización de una forma de mediación, un verdadero pacto, entre las necesidades sociales y la lógica valorización del capital. En ese marco de seguridad, partidos políticos y sindicatos participaban en el intercambio a partir de búsqueda de consenso y acuerdos sobre el reparto de las consecuencias del crecimiento

económico. Con los beneficios se atendía a los más necesitados de la sociedad procurando, a través de los mecanismos de asistencia social un salario (ingreso) mínimo de integración (IMI) que mejoraba la convivencia social.

Pero el modelo “fordista”, el estado de bienestar, entró en quiebra con la crisis del estado social y las transformaciones económico-política del contexto social de los años 70 y 80 situándonos en las puertas del proceso de globalización económica y en un nuevo modelo social. Ello ha provocado importantes transformaciones. En el plano económico la acumulación del capital pasa por otros recursos de naturaleza especulativa y afirmados ya no en el crecimiento, sino en recursos financieros y de ingeniería financiera. En los ámbitos laborales, ha desaparecido la cadena de montaje, sustituida por el trabajo en red.

También en el marco de las políticas de los gobiernos se constata la tendencia del gasto gubernativo, que aumenta más rápidamente que los ingresos ,produciendo una “crisis fiscal del Estado”, que provoca la necesidad de desatender a las personas que dependen de los servicios públicos. Al tiempo, se producen concentraciones de empresas, se ocultan las titularidades de las mismas y se lanzan al mercado productos con abaratamiento de costes de cara a ocupar el mercado.

Se abre paso una política criminal que sujeta los riesgos de la convivencia, ya no desde la asistencia sino desde la imposición. En el terreno dogmático la irrupción de doctrinas, como la del derecho penal del enemigo, permite establecer dos vías para el derecho penal, la ordinaria, para el delincuente que acepta el sistema y, no obstante, delinque, y la del otro, la no persona, en principio los terroristas pero puede ser ampliado a reincidentes, delincuentes sexuales, de género, fiscales,..., para el que ya no juegan los derechos propios de la consideración del derecho penal como instrumento de control social formalizado y al que pueden aplicarse instituciones sin garantías. En el terreno penitenciario, el cumplimiento íntegro de las penas, los periodos de seguridad para la progresión de grado, Three strokes, etc, son mecanismos para asegurar el control de las personas conflictivas.

La sociedad de riesgos que caracteriza la situación actual, como ha sido definida por los sociólogos, se caracteriza por:

a) se trata de una sociedad amenazada por una serie de males muy superiores a los de otra época. Los riesgos ya no vienen causados por epidemias o desastres naturales sino por la acción del propio hombre que con avances tecnológicos pone en peligro la vida y la integridad de sus semejantes.

b) Las acciones de peligro ya no las protagonizan sujetos individuales, sino grupos, asociaciones que dificultan enormemente la delimitación de la responsabilidad. La división del trabajo, la especialización, lleva a los propios autores a una falta de conciencia del daño ocasionado y de pérdida de cualquier sentimiento de culpabilidad.

c) Consecuencia de lo anterior es la sensación de impunidad que invade a toda la sociedad, produciéndose la paradoja donde en una sociedad que sus miembros viven más seguros existe al mismo tiempo una sensación de inseguridad.

Parejo a ese estado psicológico, la sociedad, que ha alcanzado un notable desarrollo de la conciencia de sus derechos, reclama mayores cuotas de seguridad a la que responde el derecho penal con la elaboración de tipos penales mas abstractos, mas genéricos en su redacción, en definitiva, mas flexibles, con la intención de proporcionar herramientas que presten seguridad a la sociedad que la demanda y, además, anticipando la protección de los bienes jurídicos afectados hasta su puesta en peligro.

Quizás quien con mayor acierto ha descrito la situación actual de la sociedad y el sistema penal es Garland (“La cultura de control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea” 2005), aunque referido principalmente a la sociedad norteamericana, los propios contenidos de la globalización hacen que sus postulados a la hora de explicar la sociedad actual sean fácilmente extrapolables a la sociedad europea y a la española, en particular.

Siguiendo a este autor, la sociedad del bienestar que irrumpió a partir de la finalización de la segunda guerra mundial con la promulgación de las constituciones de los países europeos se caracteriza en el orden penal por un importante contenido social e individual de los derechos. La criminología del – “welfare” se caracterizó por su oposición al retribucionismo y el abrazo de la

prevención especial para fundamentar la pena. Como reacción al delito la criminología de esta época explicaba y justificaba el delito desde la solidaridad con una filosofía acorde con la posibilidad del tratamiento.

Pero en la década de los 70 el estado del bienestar comienza a desaparecer. Entonces España todavía no se había incorporado a las naciones democráticas, y cuando lo hace es tarde pues los principios empiezan a cambiar radicalmente. Varias causas contribuyeron a la desaparición del “welfarismo”, y con ellos instituciones de tratamiento, como la probation y la libertad condicional, instituciones que procuraron la resocialización del condenado. Se criticó en el sistema la perversidad de las políticas de rehabilitación que no sirvieron para reducir la delincuencia sino que, por el contrario, contribuían a que aumentase, pues no procuraba la prevención en el delito, sino el tratamiento del delincuente. Por otra parte, se extendió la consideración de la futilidad del tratamiento al adquirirse una cierta conciencia social sobre la imposibilidad de recuperación del delincuente, lo que, además, costaba muy caro sin apenas resultados visibles para la sociedad que prefería otro tipo de inversiones más eficaces. Incluso desde posturas favorables al tratamiento rehabilitador se cuestionó el propio tratamiento al incidir sobre la dignidad de las personas que las recibían, por imponerles valores que no eran propios del tratado sino de una sociedad muy deficitaria en valores.

La convergencia de estos factores ha propiciado, como dice Víctor Gómez Martín, (Cultura de control de riesgo y política criminal en “Política criminal y reforma penal” 2007), un profundo cambio social con afectación del sistema de represión de hechos delictivos. La propia sociedad, en ocasiones, ha expresado su desconfianza con ciertos postulados de las subvenciones del Estado de bienestar, a veces, no justificadas y a las que se tilda de indulgentes para quienes no estudian o trabajan. Además, los factores económicos, propios de la globalización económica, desde la deslocalización de empresas y que la riqueza, como antes se expuso, no aparece unida a la producción sino a la financiación, lo que supone una menor seguridad en el tejido industrial y económico del país. También, la aparición de nuevos valores necesitados de protección, los intereses

difusos, como la ecología, el medio ambiente, que confluyen en la necesidad de protección con los derivados de la sociedad de riesgos. Por último la llegada a los gobiernos de los países anglosajones de gobiernos de corte neoliberal, los gobiernos de Reagan en EEUU y de Thatcher en Inglaterra, elaboraron una política neoliberal con desaparición de controles sociales que determinaron una reducción drástica de la inversión pública y, al tiempo, una desatención de grupos de marginación con políticas mas conservadoras.

La nueva criminología surgida en el ámbito anglosajón no considera que el delito sea una consecuencia de las desigualdades sociales o un indicador de los fallos del sistema, sino una elección libre y, hasta, racional del delincuente que no merece el miramiento con el que era atendido en el estado de bienestar. Se sustituye la cultura del tratamiento por nuevas políticas, como instrumentos de control, como la tolerancia cero o la necesidad de inocular a los autores de hechos delictivos para afianzar la vigencia y observancia de la norma. También la influencia de los medios de comunicación social que amplifican el hecho del delito y propician nuevas exigencias a los gobiernos en demanda de mayores cuotas de seguridad en una sociedad de riesgos.

El profesor Enrique Gimbernat en un artículo publicado en el diario El Mundo (mayo 2007), bajo el título de “la insostenible gravedad del Código penal”, exponía con claridad la realidad de nuestra sociedad actual, la utilización, abusiva que se está realizando del Código penal. Escribía: “la metastásica creación de nuevos delitos y los bárbaros incrementos de penas –a pesar del bajo índice español de criminalidad- deben reconducirse básicamente a dos factores. En primer lugar a que los “nuevos gestores de la moral colectiva (grupos ecologistas, feministas, antixenófobos, etc.), que hasta hace décadas defendían postulados descriminalizadores y humanizadores del derecho penal, han pasado a converger en sus objetivos, con los propugnados desde siempre con los sectores mas rancios de la sociedad con su continua exigencia de ley y orden, lo que ha traído como consecuencia que lo que hasta hace poco eran ilícitos administrativos, civiles o mercantiles –y con ello bastaba y sobraba para prevenir su ejecución- hayan pasado a engrosar el Código penal ... y encuentran eco

inmediato y profusamente en los medios de comunicación que, en lugar de moderar ese espíritu, lo atizan porque está en consonancia con los sentimientos irrazonables de la población...”. Esa expresión de la realidad hace que la clase política, de derecha y de izquierda, converjan en manifestaciones tras una pancarta común, la “tolerancia cero”, con continuas llamadas al Código penal, y legislación complementaria, para extremar el rigorismo penal. Instaurados en la sociedad de riesgos el derecho penal ha pasado de ser un derecho de protección de bienes jurídicos a ser un instrumento de control de riesgos.

Expone Garland un nuevo objetivo de política criminal que superando el estudio del delito, sus causas y los intervinientes, se centra en la lucha contra el miedo al delito. Conscientes de la imposibilidad de reducir el número de delitos, se ha optado por gestionar el sentimiento producido por el hecho delictivo mediante la realización de políticas de apoyo a la víctima, de reducción de gastos a favor de la reinserción, en la que no se cree, propiciar que la víctima exprese sus sentimientos ante la sociedad, aprovechando la difusión de los medios de comunicación a la que se participa la necesidad de convivir con el delito y la necesidad de ser asistida, auxiliando al Estado en la distracción del hecho y corresponsabilizando a la sociedad en la lucha contra el crimen, a través de su sensibilización en las tareas de autoseguridad y la aparición de una nueva industria de la seguridad.

En esta situación han surgido nuevas criminologías, como las criminologías actuariales, la criminología de la elección racional, que se limitan a describir el hecho del delito, sin indagar en sus causas y a expresar que el delincuente es quien ha decidido la realización del delito, pues tiene otros medios de subsistencia sin necesidad de realizar la agresión a la convivencia. La criminología del “otro”, que parte de la distinción entre ellos y nosotros, ellos los delincuentes y, nosotros, la sociedad que tiene que defenderse de los delincuentes. Para estas criminologías toda la actividad del Estado contra los delincuentes es bien recibida porque supone nuestra protección frente a quien delinque de forma libre y racional, afirmándose la posibilidad racional de evitar la comisión de hechos delictivos.



En términos de las modernas criminologías, el denominado “complejo del delito” conforma en la sociedad actual un efecto psicológico ambivalente que provoca en la ciudadanía una necesidad de autoprotegerse y, al tiempo, una demanda constante al gobierno de una mayor eficacia y dureza y mayor efectividad en el desarrollo de una política penal cada vez más dura que utiliza la prisión como única herramienta del sistema penal. En este sentido, señala Garland, los elementos que caracterizan la sociedad actual en materia penal: 1.- Las altas tasas de delincuencia representan un hecho social normal. 2.- a diferencia de lo que ocurría en tiempos pasados el delito despierta en la ciudadanía grandes e intensas emociones- 3.- Se produce una creciente politización y emotivización del delito. 4.- la política criminal pública está cada vez más dominada por la preocupación por las víctimas y la obsesión por la seguridad. 5.- el público valora negativamente la política penal estatal por considerarla ineficaz. 6.- Como consecuencia del creciente desarrollo de la industria de seguridad, la defensa privada está cada vez más desarrollada. 7.- Se ha institucionalizado una conciencia del delito en los medios de comunicación social y en la cultura popular, sobre la base de lo anteriormente expuesto.

Lo que acabo de referir no es más que la constatación de la situación actual del sistema penal y de la sociedad con respecto al hecho delictivo. Es razonable pensar que en la coyuntura actual es difícil mantener la necesidad de una actuación jurisdiccional que propugne la reinserción y resocialización del autor de un hecho delictivo por el que ha sido condenado. Desde las representaciones políticas de la ciudadanía, se postulan unas políticas muy duras frente al hecho delictivo. La reforma de 2010 es una reforma caracterizada por la agravación de las consecuencias jurídicas en la mayoría de los delitos (medio ambiente, delitos de los funcionarios...) y un endurecimiento en las consecuencias de los delitos, particularmente con la creación de una nueva medida de seguridad, acumulativa a la pena de privación de libertad, la libertad vigilada, para delitos de terrorismo y sexuales. Junto a ello, afortunadamente, y como consecuencia del mandato constitucional sobre la orientación de las penas en la reinserción y resocialización, el Código acomete una reordenación del

sistema de penas de los delitos contra la salud pública, posibilitando la aplicación de los sustitutivos penales y permite la sustitución de las penas inferiores a seis meses de prisión a través de la localización permanente, una especie de cumplimiento fuera de un establecimiento público penitenciario. En la Exposición de Motivos se alude al carácter experimental de esta posibilidad de sustitución que se ampliará en el futuro.

Ciertamente el Tribunal Constitucional y la Sala II del Tribunal Supremo han negado que la finalidad de reinserción y resocialización sea, pese a su pretensión constitucional, la única procedente en la determinación de la consecuencia jurídica a los delitos las penas. Por mi parte creo que la proclamación constitucional es un auténtico derecho fundamental, no meramente de principio informador del derecho penitenciario. En su virtud el ordenamiento penitenciario, en el que ha de incluirse las normas reguladoras de la individualización en los concursos de delitos, debe contener instituciones que tengan en cuenta que el interno penitenciario debe reinsertarse a la sociedad por lo que debe ser “preparado” para ello mediante aquellas instituciones que la posibilitan (grados de cumplimiento, permisos...) y que se deben atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reeducación. (STS 89/99, de 29 de enero). De ahí que fuera difícil conciliar con la Constitución la exigencia de un periodo de seguridad para la progresión de grado, en reforma de 2003, ahora en gran parte derogado en la reforma de 2010.

La reforma del Código penal de 2010 nace en una época caracterizada, en primer lugar, por una baja criminalidad violenta y media alta en delitos patrimoniales y contra la salud pública y por una de las mayores tasas de población penitenciaria, tanto en referencia a periodos históricos anteriores y a otros países de nuestro entorno cultural político. Sin embargo, la legislación penal, penitenciaria y procesal sigue endureciéndose con cada reforma. González Cussac, en “Comentarios a la reforma penal de 2010”, (Ed. Tirant lo Blanch, 2010), lo achaca al “clima de miedo”, “pensamiento rápido” y “pensamiento impecable”, propios de la sociedad de riesgos, de la rapidez que resulta de la

velocidad de la información, y las demandas de seguridad en la que se priorizar el ideal de justicia que convierte al ciudadano en un sujeto que constantemente demanda derechos frente al Estado y los otros y no está dispuesto a pagar precio alguno por esa demanda y por su bienestar.

Como se ha constatado, la reforma del Código penal de 2010 es una reforma caracterizada por un incremento de la severidad punitiva que se concreta en el anclaje de la respuesta a la pena privativa de libertad, sin instauración de alternativas a la prisión; con el establecimiento de los denominados períodos de seguridad, si bien mitigados en su automatismo, y en la instauración, vía medidas de seguridad, de privaciones contenidas de la libertad aún después de cumplir la pena privativa de libertad (la libertad vigilada).

No obstante lo anterior, el Código penal es una norma llena de posibilidades para actuar la reinserción y resocialización del delincuente. Es un Código lleno de “trampas” que actuado por técnicos y conocedores de esta herramienta puede actualizar en casos concretos los postulados de un sistema penal que busque la reinserción y resocialización del autor de un hecho delictivo.

## **II Modificaciones en orden a la resocialización**

### **a) período de seguridad**

Es de destacar el alcance de la reforma en orden a la importante modificación del denominado periodo de seguridad, sobre el que la plataforma “Otro derecho penal es posible” se pronunció, sobre todo, para limitar su automatismo con el que fue promulgado en la reforma del Código penal de 2003, y que la reforma de 2010 ha recogido limitando su automatismo.

La legislación penitenciaria dispuso en su art. 72 el principio general de cumplimiento de las penas según el sistema de individualismo científico, que determina la existencia de cuatro fases en el cumplimiento de la pena, que se corresponden con el régimen cerrado, ordinario, abierto y de libertad condicional y enfocados a conseguir la reinserción social constitucionalmente proclamada en el art. 25 de la Constitución. La asignación del grado se efectúa desde diversos factores y que, en principio, no requerían el paso por el precedente, pues como

señala el art. 72.3 de la LOGP “Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en un grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden” y “en ningún caso se tendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión” Art. 72.4 LOGP.

La reforma del Código penal operada por la LO 7/2003 de 30 de junio, modificó este precepto, estableció un periodo de tiempo mínimo en el que necesariamente el penado tiene que estar en prisión antes de progresar al tercer grado, esto es, al régimen de cumplimiento caracterizado por la eliminación de obstáculos físicos contra la evasión y la confianza en la autoresponsabilidad del penado a quien se le otorga mayor libertad, pudiendo sólo pernoctar en la prisión.

Esta reforma supuso una intensificación en el régimen de cumplimiento al disponer un tiempo mínimo de estancia obligatoria en prisión. En definitiva un reforzamiento de la prevención general en detrimento de la prevención especial. Para mayor dislate, la reforma de 2003 obedecía, según la Exposición de Motivos, a un derecho del interno “a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas con un mayor protagonismo del principio de seguridad jurídica”. En definitiva se instauró el principio de cumplimiento íntegro de las penas. Este periodo de seguridad se extendió hasta la mitad de la duración de la pena y se estableció de forma imperativa para todo delito con pena superior a cinco años (art. 36.2CP) si bien el Código previó la posibilidad de sustraerse a este imperativo, mediante resolución motivada del Juez de vigilancia penitenciaria, salvo que se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La reforma de 2010 ha reformado la anterior previsión con una derogación de los términos imperativos previstos en el art. 36.2 del Código penal, por lo que su aplicación será facultativa para el Juez. Esta reforma es, indudablemente positiva. Hubiera sido deseable una exposición de principios de actuación para aplicar el periodo de seguridad a delitos con pena superior a cinco años y que no sean de los que en los que el periodo de seguridad es obligatorio, esto es, delitos son los de terrorismo, los cometidos en el seno de organizaciones criminales, los de abusos y

agresión sexual a menores de trece años y los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de trece años.

#### **b) modificación en la penalidad del tráfico de drogas**

Un segundo apartado de gran trascendencia en la reforma, y de excepcional importancia para la reinserción de gran parte de las personas que van a ser sujetos del proceso penal, es la nueva penalidad del delito contra la salud pública que va a posibilitar la aplicación de los institutos de suspensión y de sustitución de las penas. Así, en la nueva redacción del art. 368 se prevé una aminoración de la consecuencia jurídica correspondiente al delito. El delito de tráfico de sustancias tóxicas o estupefacientes que causan grave daño a la salud le corresponde una pena de tres a seis años de prisión, frente a la de tres a nueve años de prisión anterior a la reforma. Con ello nuestra legislación penal se unifica respecto a la de otros países de la unión. La pena superior en grado tiene como límite mínimo los seis años y un día frente a los nueve años y un día anteriores.

Otro aspecto de la reforma, y también de gran importancia, es la posibilidad de una penalidad atenuada en atención a la escasa importancia del objeto del tráfico o en atención a las circunstancias concurrentes. Esta posibilidad de actuación tiene su campo de actuación relevante en la denominada delincuencia funcional, aquella que actúa en la forma típica como salida a su propia adicción y necesidades de consumo. El art. 368.2 Cp lo previene así: “los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”. Esta previsión normativa, además de la reducción en la penalidad al delito contra la salud pública, cuyo máximo ha pasado a ser de seis años frente a los nueve anteriores, tiene extraordinaria importancia si al relacionarla con la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena para delincuentes condenados a penas inferiores a cinco años de prisión que hayan cometido el delito a causa de su dependencia a las drogas (art. 87 Cp).

El legislador ha seguido las pautas marcadas en la jurisprudencia de la Sala II, por todas las STS 199/2004 de 18 de febrero, al expresar: “No obstante lo anterior la pena impuesta de 3 años a 9 años de prisión, según el Código vigente,

puede resultar desproporcionada a la gravedad del hecho, la transmisión de una única dosis de consumo. Esta Sala ya ha expuesto en otras Sentencias (Cfr. STS 1831/99 de 22 de diciembre, 1370/99, de 30 de septiembre) que la solución ha de encontrarse a través de una modificación legislativa que acomode la respuesta penológica a las distintas modalidades del tráfico de drogas en función de la cantidad objeto de tráfico, distinguiendo además de los tres supuestos del vigente Código, actos de tráfico de cantidades importantes (art. 368), de notoria importancia (art. 399) y de especial gravedad (art. 370), de acuerdo a la interpretación que damos a esta agravación, un cuarto supuesto comprensivo de los actos de tráfico de mínimo contenido, lesivo a la salud, pero de escasísima entidad que debiera merecer un tipo atenuado con una consecuencia jurídica igualmente atenuada”.

También el legislador ha tenido en cuenta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de octubre de 2005, con su antecedente en otro Acuerdo de 25 de mayo de 2005, en los que la Sala II insta del Gobierno una modificación de la tipicidad del delito contra la salud pública en el sentido de la actual previsión de un tipo atenuado en función de las circunstancias concurrentes y la escasa cantidad objeto del tráfico. Esta modificación permitirá dar una respuesta proporcionada a los supuestos de delincuencia funcional característicos de este actuar delictivo.

Estas dos modificaciones de la reforma, la reducción en la consecuencia y la previsión de un tipo atenuado, posibilita la aplicación del art. 87 Cp, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta respecto a penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2 Cp. (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos).

### **c) La sustitución de las penas para delincuentes adictos a drogas tóxicas estupefacientes**

La reforma del Código penal 15/2003, modificó el art. 87 ampliando de 2 años a 5 años la pena que podría ser suspendida en su ejecución requiriendo para su aplicación que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado

debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. Estas exigencias han sido objeto de una interpretación flexible por parte de la jurisdicción, consciente de la abultadísima cifra de delincuencia funcional, la que aparece causalmente relacionada con el consumo y la dependencia a drogas tóxicas y la dificultad de emitir una certificación de deshabitación, siendo necesario apostar por la reinserción del delincuente adicto a sustancias tóxicas. Ha de hacerse notar que esta suspensión de la pena no exige la declaración de concurrencia de la atenuación por drogadicción, sino que el delito se hubiese cometido a causa de su dependencia a drogas tóxicas, extremo que puede ser declarado concurrente cuando así se exponga en la resolución que ejecuta la sentencia a través del forense adscrito al órgano de la ejecutoria. Esta suspensión de la ejecución aparece condicionada (art. 87.4) a que no abandone el tratamiento. Adquiere especial importancia el hecho de que el Código prevea que el inicio del tratamiento pueda ser realizado antes o después de la ejecución de la sentencia, pues se dispone que el tribunal requerirá certificación sobre el inicio del tratamiento de deshabitación, lo que se supone que al tiempo de su adopción no ha sido iniciado y permite acordar la sustitución de la pena por un tratamiento futuro para la deshabitación.

Este precepto es un reto para las organizaciones dedicadas a la rehabilitación de toxicómanos que podrán realizar sus propuestas de desintoxicación a las personas adictas con problemas penales, afirmando su deshabitación con la suspensión de la ejecución de la pena.

#### **d) La localización permanente**

Otra modificación de gran alcance es la que se ha realizado en el art. 88 Cp al figurar entre el abanico de sustitución de penas, junto a la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, la pena de localización permanente. El art. 88 prevé la sustitución de las penas privativas de libertad introduciendo la reforma de 2010 una nueva posibilidad de sustituir las penas de prisión inferior a seis meses por la de

localización permanente (art. 88), perviviendo las demás posibilidades de sustitución previstas en el art. 88 y 89 del Código penal.

El art. 88 del Código penal aborda un aspecto fundamental del régimen de cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad. Como regla general el Código prevé la posibilidad de sustituir las penas que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, añadiendo la actual reforma que en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por la localización permanente. Como requisitos comunes a esta sustitución el Código prevé que no se trate de reos habituales y debe tenerse en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado. El párrafo segundo del mismo artículo mantiene la previsión sobre la posibilidad de sustituir la pena de prisión de hasta dos años de duración, esta vez con carácter excepcional “cuando las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social”. La adopción de estas medidas de sustitución pueden venir acompañadas, que será obligatorio en el caso delitos relacionados con la violencia de género, de las medidas del art. 83 del Código, reglas de conducta, esto es las medidas de la suspensión de la pena que prevé el sometimiento a cursos formativos y terapias de sanación.

Particular relevancia tiene en esta reforma, y en este apartado que tratamos, la nueva dimensión de la pena de localización permanente que se une a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad como posibilidad de sustitución de una pena corta privativa de libertad. Se trata de dar un mayor, y novedoso, protagonismo a la pena de localización permanente que prevé una nueva modalidad de cumplimiento de una pena privativa de libertad, no en un establecimiento cerrado, sino la posibilidad de cumplirlo en el propio domicilio del condenado o en una ubicación semejante. El legislador ha optado por no introducir esa pena de forma directa en el catálogo de penas, sino de forma indirecta, como sustitución de otras, ampliando las posibilidades de sustitución de las penas no sólo a los beneficios a favor de la comunidad, también a la localización permanente.



El Código proporciona unos criterios de actuación para decidir si sustituye, o no, la pena, como que no se trate de reos habituales, debiendo tener en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, pero esos criterios no sirven para determinar cuál de las sustituciones posibles ha de acordarse, siendo esa responsabilidad directa y personal del Juez, según su criterio pues no se prevé una intervención del condenado ni de las partes en el proceso, sin perjuicio de los derechos de las partes en los procedimientos en los que estén personados.

La decisión en torno a la pena que sustituye a la impuesta en la sentencia debe adoptarse en función de la política criminal que subyace en la institución de la sustitución de las penas. Existe una indudable voluntad legislativa de evitar el cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración respecto a condenados no habituales, criterio que se potencia respecto a los condenados que evidencien un esfuerzo por reparar el daño causado por el delito. Esa voluntad legislativa parte de la consideración del efecto desocializador para el condenado del ingreso en prisión que se potencia respecto a delincuentes primarios.

La opción del legislador sobre ampliación de las posibilidades de sustitución con la localización permanente, insiste en lo que hemos constatado como voluntad legislativa, el cumplimiento de la pena corta en un espacio ajeno a las condiciones de desocialización propias de un establecimiento penitenciario. Esa voluntad resulta también, de la posibilidad de complementar la ejecución de esta pena con la adopción de medios electrónicos de vigilancia que previene el art. 37 del Código penal al abordar el régimen de cumplimiento de esta pena de localización permanente. Es una especie de privación de libertad deambulatoria a desarrollar en un espacio no desocializador, con la ventaja de un coste reducido o, prácticamente, nulo. La adopción de la medida de sustitución deberá ser subsiguiente a una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes, la necesidad de ejecución y las de reinserción social.

De forma específica la reforma incide en el juego de esa sustitución respecto a los delitos cometidos en el marco de la violencia de género, con la previsión de que las sustituciones pueden ser de trabajos en beneficio de la comunidad y la pena

de localización permanente, excluyendo la multa. Por otra parte previene, para evitar la coincidencia entre agresor y víctima en la misma localidad o en cercanías, que la pena de localización permanente pueda ser “un lugar distinto y separado” del de la víctima, previsión lógica para evitar que no se pudiera sustituir la pena mediante la localización permanente.

#### **e) Las medidas de seguridad referidas al toxicómano**

Otra posibilidad de actuar sobre la reinserción y resocialización parte de la aplicación de las medidas de seguridad.

El Código prevé medidas de seguridad privativas de libertad, (art. 96), los internamientos en centros psiquiátricos, en centros de deshabituación y en centro educativo especial (art. 101 a 104 Cp) y medidas de seguridad no privativas de libertad, (art. 96.3 Cp) que, a su vez, son de carácter corrector, como la sumisión a tratamientos externos y a programas de tipo formativo, cultural, educativos, etc, y medidas de carácter asegurativo o de control, como la inhabilitación, la expulsión de territorio nacional respecto a extranjeros con residencia ilegal, la obligación de residir en lugar determinado, prohibiciones de residir ... etc. Por último se prevén, art. 105 Cp, medidas de acompañamiento a las medidas privativas de libertad.

La medida de seguridad es, desde luego, una consecuencia jurídica al delito pero su contenido de reproche es mínimo y a través de una limitación de derechos tiende a conseguir la resocialización y reinserción del autor de un hecho delictivo con una imputabilidad anulada o disminuida. La diferencia con la pena se centra en los fines, pues la medida carece de finalidad retributiva, y en los medios, pues la medida mira hacia el futuro,

La novedad del Código penal de 1995 en esta materia fue la regulación de las medidas de seguridad de forma mucho mas completa y acorde con las exigencias de un derecho penal de doble vía.

La admisibilidad de la aplicación de las medidas de seguridad en los supuestos de drogadicción subsumibles en la atenuante de drogadicción del art. 21.2 del Código penal era dudosa y se hizo necesaria su interpretación, habida cuenta del olvido del legislador que en el art. 109 del Código penal no lo previó

expresamente, consiguientemente sin acoger la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que bajo el anterior Código lo había autorizado con una interpretación que fue generalmente alabada.

El Tribunal Supremo lo ha considerado como un olvido del legislador y ha procedido a una interpretación integradora que posibilita la aplicación de medidas de seguridad en la atenuante de grave adicción.

En la STS 628/2000, de 11 de abril, la Sala ha declarado: La posibilidad de aplicar medidas de seguridad en la circunstancia atenuante de grave adicción. "Conviene señalar en este apartado que el legislador del Código penal de 1995, que contiene una regulación importante del sistema vicarial en la regulación de las consecuencias jurídicas correspondientes al hecho delictivo, ha olvidado contemplar una respuesta específica para el autor de un hecho delictivo bajo la concurrencia de una grave adicción que se integra en la atenuante del art. 21.2 del Código penal. En efecto, los arts. 101 a 104 del Código penal prevén específicas medidas de seguridad para adecuar la consecuencia jurídica correspondiente al delito con la culpabilidad del autor, estableciendo, con la amplitud necesaria para la multiplicidad de situaciones que pueden concurrir, un abanico de medidas tendentes a procurar la rehabilitación y reinserción del autor con su culpabilidad extinguida o reducida. Sin embargo, el Código no lo prevé, específicamente, para la situación de atenuación derivada de una adicción grave causal al delito cometido.

La jurisprudencia de esta Sala, con anterioridad a la vigencia del Código de 1995, había declarado que las medidas de seguridad previstas para las situaciones de exención o de exención incompleta eran también aplicables a los supuestos de atenuante de análoga significación del antiguo art. 9.10 en relación con el art. 9.1 y 8.1 del Código de 1973 (SSTS 13.6.90; 15.9.93), pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis carencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas.

La ausencia de una específica previsión normativa con relación a estimaciones en las que se encuentran personas cuya culpabilidad aparece reducida por una grave adicción, respecto a las que hemos declarado tienen sus facultades psíquicas deterioradas y a las que el tratamiento rehabilitador adecuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el art. 25 de la Constitución nos obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde las disposiciones del legislador teniendo en cuenta que, como señalamos en la STS 13.6.90 "sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la Ley penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción". Este criterio, que los estudios realizados siguen corroborando, debe rellenar la aparente laguna legislativa existente y declarar que la atenuante de grave adicción del art. 21.2 del Código penal puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del art. 104 del Código penal.

La posibilidad de aplicar las medidas de seguridad a la atenuante de grave adicción resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del art. 60 del Código penal que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabitación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto.

Esta aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción, requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la culpabilidad no se presenta con la intensidad de la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 del Código penal. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades, y garantías, de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento”.

De acuerdo a esta jurisprudencia la drogadicción bien como eximente incompleta, bien por atenuante de drogadicción, una vez declarada concurrente se hace preciso buscar para en el supuesto concreto una alternativa eficaz a la pena privativa de libertad, es decir, la búsqueda de un tratamiento rehabilitador referido a su recuperación.

Este tratamiento requiere, desde su origen, la voluntariedad del interno que asume su necesidad para abandonar la dependencia que presenta y, además, debe asumir que el tratamiento que acepta es un bien para si mismo y también una consecuencia a la realización de un hecho delictivo. Se produce, pues, una doble consideración en el tratamiento pues es voluntario, en cuanto constituye la premisa necesaria para su existencia, con acierto se ha dicho que se puede obligar a una persona a la privación de un derecho pero no a su reinserción. De otra parte, el tratamiento de deshabituación es tenido como consecuencia jurídica a la realización de un hecho delictivo, como pena retributiva a la agresión a la convivencia.

En interpretación de la ley, la Sala prevé la posibilidad de que el autor de un hecho delictivo en el que concurre la atenuación de grave adicción puede satisfacer la expiación de su conducta, bien a través de una pena privativa de libertad, bien a través de una medida de seguridad cuyo contenido será el del tratamiento de deshabituación.

La práctica será que en ejecución de sentencia se pueda presentar (en aplicación del art. 105 del Código penal la posibilidad de aplicar la medida de seguridad pertinente. Ello supone una llamada a las instituciones públicas y privadas para acoger a estos criterios y procurar un tratamiento que sea alternativa a la pena privativa de libertad. Partiendo de su consentimiento se ofrecerá al órgano encargado de la ejecutiva para que éste tras los controles necesarios, y oídas las partes, resuelve la posibilidad de alternatividad existente.

El sistema vicarial por el que opta el Código penal español favorece la adopción de medidas de reinserción a través de las medidas de seguridad. Son hitos esenciales del funcionamiento de la medida la aplicación preferente de la medida frente a la pena privativa de libertad, la posibilidad de un permanente cambio en la ejecución de las medida, en función de las necesidades del tratamiento, la periodicidad en la información al Juez de la ejecutoria y la posibilidad de que concluido el tratamiento pueda extinguirse la responsabilidad penal, garantizan una adecuada observancia del principio de reinserción para la que están llamadas. (En este sentido SSTS...628/2000, 1697/2000, 293/2001, 1602/2000, 1612/2000, 1458/2000, 1498/2000, 232/2000, 750/2000, 751/2000, 894/2000

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite la adopción de las medidas de seguridad en la ejecutoria de la sentencia. Así la STS de 1.4.2009 declara: “todo ello sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se pudiera adoptar las medidas sustitutivas previstas en los arts. 102 y 104 del Código penal, en relación con el art. 99 del mismo”, en referencia a la ejecución prioritaria de la medida de seguridad y luego la pena privativa de libertad “si con la ejecución de la pena se pusiera en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla [la medida de seguridad] (pues podrá) suspender el cumplimiento del resto de la pena por plazo no superior a la duración de la misma.

Por último destacar en la reforma la ampliación en las facultades de individualización judicial para imponer una pena proporcionada a la gravedad de los hechos y atendiendo a las circunstancias personales del autor del hecho delictivo. Junto al supuesto, ya examinado, del art. 368 Cp –en el tipo atenuado del tráfico de drogas, el Código prevé en el art. 385 (ter) la posibilidad de atenuar la penalidad en atención a la menor entidad del riesgo causado y demás circunstancias concurrentes, lo que no deja de ser chocante cuando en un delito de riesgo se permite rebajar la pena porque el riesgo no era tal. Este precepto persigue proporcionar la penalidad a la gravedad del hecho señalado al paso de la desmesura que supuso la reforma de 2007.

Como señalé antes, y ahora concluyo, el Código penal, pese a la severidad punitiva con la que es ofrecido a la opinión pública, como remedio a la sociedad de riesgos, en un Código lleno de posibilidades para proporcionar la pena a la gravedad del hecho y posibilitar la búsqueda de soluciones a la lacra de la adicción a drogas que es responsable de más del 70% de los ingresos penitenciarios.

Andrés Martínez Arrieta