

# LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2010

Carmen Martínez Perza

Abogada penalista y responsable del servicio jurídico y de mediación penal de  
la Federación Andaluza ENLACE

## I.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad se vive un momento de crisis en los modelos penales; en general, no se sabe qué modelo es el más adecuado porque tampoco se sabe a qué finalidad tiene que adecuarse. En la doctrina se percibe confusión y desconcierto que, en definitiva, esconden una situación en cuyo seno se está gestando un modelo distinto, aunque quizá no tan “nuevo”. Muchos cuestionan el principio de intervención mínima<sup>1</sup> del derecho penal, por considerarlo obsoleto o al menos insuficiente en la sociedad de riesgos<sup>2</sup> en que hoy en día vivimos. Otros<sup>3</sup> se atreven a formular teorías que retiran la categoría de personas a determinados individuos considerados enemigos para la sociedad. Y también, quizás ajenos a las demandas sociales, otros continúan defendiendo con ahínco los pilares básicos del Derecho Penal tradicional garantista.

En este contexto, se produce una nueva reforma del Código Penal español que afecta a más de ¼ parte del mismo, con un tinte marcadamente punitivista.

Sin embargo, con motivo de la reforma de 2010, como respecto a otras anteriores, diferentes agentes sociales, técnicos y científicos han realizado propuestas bajo el prisma del derecho penal mínimo y del principio

---

<sup>1</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en *Jueces para la Democracia* nº 49, marzo, 2004, pág. 26: “Este modelo ya nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales se pierden en el vacío de la incompreensión social”.

<sup>2</sup> BECK, U. : *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona, 1998. Este autor profundiza en el concepto de sociedad de riesgos.

<sup>3</sup> JAKOBS.G.: *Derecho Penal del Enemigo*, Cuadernos Civiltas, Madrid, 2003.

resocializador como la base de nuestro sistema de consecuencias jurídicas. Uno de estos agentes ha sido la Federación Andaluza ENLACE, quien incansablemente viene trabajando en esta línea en relación a las diferentes iniciativas y reformas penales: Reglamento Penitenciario, Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, fallida Ley de Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, Ley General Penitenciaria, Ley de Enjuiciamiento Criminal, las reformas sufridas por el Código Penal de 1995, sobre todo a partir de 2002 y otras normas relacionadas.

Entre las propuestas realizadas por ENLACE al último proyecto (también se realizaron propuestas al de 2007 que finalmente no llegó a aprobarse) podemos destacar:<sup>4</sup>

1.- En primer lugar, las dirigidas a completar el sistema de eximentes y atenuantes, que introducen una eximente de grave adicción a drogas en determinadas circunstancias, dejando para una simple atenuación la grave adicción cuando no haya supuesto una merma completa de la voluntad del sujeto. A esto se añadiría la atenuante de intoxicación y síndrome de abstinencia cuando no alcancen la entidad suficiente para considerar una eximente completa o incompleta. Finalmente, se añadía en las propuestas una circunstancia atenuante específica para los supuestos en que, tras un proceso de mediación entre víctima y persona infractora, la primera se declare reparada. Ninguna de estas propuestas ha sido recogida en el texto de la reforma.

2.- También se proponían algunos cambios en relación a la individualización de las penas, destacando el relativo a la creación de un equipo multidisciplinar que asesore al órgano judicial en ese cometido y en la toma de decisión sobre la aplicación o no de alternativas a la prisión, propuesta que no se ha materializado en la reforma.

---

<sup>4</sup> Las últimas propuestas presentadas por la Federación Andaluza ENLACE pueden encontrarse en:  
<http://www.f-enlace.org/dc-113,propuestas-para-reforma-codigo-penal.html>.

En una línea similar las propuestas realizadas por la Plataforma "Otro Derecho Penal es Posible", se pueden consultar en [http://otroderechopenal.com/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=3&Itemid=21](http://otroderechopenal.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=3&Itemid=21).

3.- En relación a las penas y alternativas a la prisión, se proponían modificaciones en los artículos (80 y ss, 94 y 94bis). En las mismas se perseguía aumentar el *quantum* de pena límite para la aplicación de la suspensión genérica (de 3 a 5 años) para igualarla al supuesto de suspensión específica para drogodependientes; recuperar la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes que acogía las inscripciones de las suspensiones; otorgar un cierto protagonismo en el seguimiento de estas penas a un equipo multidisciplinar (antes citado); la introducción de la libertad vigilada como pena sustitutoria de las penas de prisión de hasta dos años, etc. Estas propuestas tampoco han sido atendidas.

4.- Entre las propuestas realizadas sobre los tipos penales, se incluía la despenalización de algunos delitos contra la propiedad intelectual e industrial cuando consisten en ventas al por menor por la clara desproporción que presentaban, en primer lugar, en relación al daño o puesta en peligro ocasionados al bien jurídico protegido y, en segundo lugar, en relación al inferior castigo de otras conductas más graves, nada congruente desde un enfoque sistemático del Código Penal. También se encontraban entre estas propuestas las que pretendían paliar la gran desproporción en la penalidad del delito de tráfico de drogas, posibilitando una importante reducción del tiempo de prisión para las conductas de escasa gravedad, por ejemplo, la venta al por menor fuera de las redes mafiosas o el transporte de pequeñas cantidades de droga en el cuerpo. Unas y otras propuestas estaban en consonancia con lo que era un clamor entre los penalistas y entre los propios órganos judiciales, habiéndose atendido finalmente, aunque haya sido de una manera parcial.

5.- Por lo que toca a la libertad vigilada, desde la Federación Andaluza ENLACE se entendía que su verdadera razón de ser, “con independencia de que pueda o no usarse para prevenir futuras conductas violentas en determinados perfiles criminales, no es otra que la de ser una alternativa a la tradicional pena de prisión con vocación de sustituir a la pena de prisión en delitos de gravedad pequeña o media, evitando que estas personas se introduzcan en el cerrado círculo de exclusión social, cárcel y delito y que sufran la conocida prisionización”. En esa línea, la propuesta realizada al

gobierno y los grupos parlamentarios no apoyaba la introducción de la libertad vigilada como una medida de seguridad sino como una alternativa a la reclusión.

Más adelante analizaremos qué incidencia han tenido finalmente las diferentes propuestas en la reforma operada, aunque adelantamos que no ha sido como algunas esperábamos, habiéndose perdido una gran oportunidad de dar un giro a la actual tendencia represiva.

## **II.- SOBRE ESTA Y OTRAS REFORMAS**

Quizás deberíamos ir denominando a cada una de las numerosas reformas que ha ido sufriendo el Código Penal, desde su publicación en 1995, por el número que ocupan en el ranking al más puro estilo americano de la Cuarta o la Quinta Enmienda. Aunque no sería tarea fácil, pues, al menos nosotras ya hace tiempo que perdimos la cuenta, no parece muy acertado seguir llamándole Código Penal de 1995.

Ciertamente, en nada se parece el texto que estos días entra en vigor al primigenio, mal llamado Código Penal de la Democracia. Desde entonces ha sido objeto de más de veinte reformas, algunas de ellas muy amplias y relevantes, a pesar de que el proyecto de 1994, del que saldría el texto aprobado en 1995, fue un texto muy trabajado y, por tanto, nada improvisado – de hecho hubo dos proyectos anteriores que no cuajaron, en 1982 y en 1984- .

A modo ilustrativo señalamos las más importantes reformas que han afectado al Código Penal desde su promulgación:

- LO 21/1998 de 15 de junio por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de terrorismo.
- LO 7/1998, de 5 de octubre, modifica las penas a los insumisos.
- LO 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley sobre introducción del Euro.
- LO 11/1999 de 30 de abril, sobre los delitos contra la libertad sexual.

- LO 14/1999 de 9 de junio, modifica varios artículos que afectan a la respuesta penal ante los delitos de violencia doméstica.
- LO 2/2000 de 7 de enero, tipifica nuevas conductas relativas a las armas químicas.
- LO 3/2000 de 11 de enero, tipifica conductas relacionadas con los negocios internacionales.
- LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Regula los delitos contra los ciudadanos extranjeros.
- LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Afecta a varios artículos del Código Penal.
- LO 7/2000 de 22 de diciembre, se introducen y endurecen algunos tipos delictivos.
- LO 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, que a su vez modifica varios artículos del Código Penal, relativos a la expulsión de extranjeros y otros relacionados.
- LO 3/2002 de 22 de mayo, suprime la obligatoriedad de la Prestación Social Sustitutoria.
- LO 9/2002 de 10 de diciembre, en relación al incumplimiento del régimen de custodia de los menores.
- LO 1/2003 de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.
- LO 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Supone un fuerte endurecimiento de la ejecución penal, introduciendo el período de seguridad y afectando a figuras como el tercer grado, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios.
- LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Afecta, entre otras a las normas de ejecución de penas cuando se trata de personas extranjeras e introduce que la habitualidad en las faltas de lesiones y hurtos pase a considerarse delito.
- LO 15/2003, de 25 de noviembre, afecta al sistema de penas, a las normas de ejecución penal, por ejemplo en relación a la sustitución de penas o al concepto de reo habitual, y a algunos tipos delictivos.

- LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se agrava el castigo al agresor cuando la víctima sea su esposa o pareja, incluso en las coacciones y amenazas.
- LO 2/2005 de 22 de junio, que deroga los artículos relativos a la convocatoria de elecciones y a los referéndums.
- LO 15/2007 de 30 de noviembre, que afecta a los delitos de seguridad vial.
- LO 2/2010 de 3 de marzo, que ofrece una nueva regulación del aborto.
- LO 5/2010 de 22 de junio, que entra en vigor el día 23 de diciembre, con 169 apartados que contienen sendos cambios.

Así las cosas, no es de extrañar que algunos autores<sup>5</sup> califiquen a la legislación penal española como una *legislación líquida*, haciendo referencia a su gran propensión a los cambios y a la dificultad para que éstos se mantengan e, incluso, tomen cuerpo alguna vez.

En este sentido, el preámbulo de la LO 5/2010 comienza: *“La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho... Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del*

---

<sup>5</sup> SERRANO GÓMEZ, A.: Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009. Revista Española de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 12-r3 (2010), 4 may.

“Desde este punto de vista, la peculiaridad probablemente más notable de la legislación penal española no es su tendencia a la punitividad o la firmeza, sino su naturaleza líquida. ...En comparación a los sólidos, (los líquidos) pueden cambiar de forma con facilidad y, de hecho, son altamente cambiantes en sus formas. Se moldean con sencillez, pero luego esta nueva forma es difícil de mantener, enseguida se convierte en obsoleto. Lo líquido es lo que no llega a solidificar. El tiempo es tan importante como el espacio o más: el tiempo fluye con rapidez y no hay tiempo para pararse a reflexionar con detenimiento. A mi juicio, aquí encontramos una nota esencial de la legislación penal contemporánea: cambiante y, además, a un ritmo vertiginoso. Pienso que una somera mirada a los acontecimientos de los últimos pocos años confirmará la hipótesis recién planteada”.

*texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.”.*

Siendo cierto que el Derecho, en general, y el Derecho Penal, en particular, tienen la misión de ofrecer respuestas adaptadas a la realidad social en la que se encuentran inmersos y a la que regulan, no es menos cierto que las normas penales son de una gran trascendencia y han de elaborarse y promulgarse con responsabilidad, siendo conscientes de que han de tener un cierto tiempo de vigencia para demostrar su mayor o menor adecuación a las necesidades y para ello deben desvincularse de los intereses electoralistas de los partidos políticos<sup>6</sup>. Por ejemplo, algunas materias se han modificado en varias ocasiones en un breve período de tiempo, como la violencia de género o los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; otras se han modificado y han vuelto a modificarse sin que hayan tenido tiempo de surtir efectos en la práctica.

Centrándonos en los aspectos que se ven afectados por esta última reforma, hacemos un repaso general para después profundizar en algunos de ellos:

1.- Se introduce la atenuante de dilaciones indebidas.

2.- Excepto para los casos de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, no será obligatorio el período de seguridad para quien tenga una pena de prisión superior a 5 años, sino que el juez decidirá discrecionalmente.

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido el Comunicado hecho público por Jueces, **Manifiesto por un debate político criminal racional. Marzo 2008**: *“...Antes de recurrir a la revisión legislativa, habría que analizar con rigor técnico-jurídico y criminológico la legalidad vigente, para objetivar y hacer públicas las eventuales deficiencias, con objeto de propiciar un debate al respecto. El Código Penal de 1995, y la Ley de Menores de 2000 aún no han alcanzado su mayoría de edad. Así las cosas, someter a ambos textos, como está sucediendo de manera reiterada, a continuas reformas sin justificar (probablemente por injustificables); sin apoyo en análisis estadísticos fiables que den razón de las necesidades de cambio; sin explicar en qué fallaron los preceptos a derogar; y, sobre todo, sin dar cuenta del alcance real, es decir, en términos prácticos, de la modificación, es sólo un signo claro de irracionalidad política...”*. <http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2008/04marzo08.html>.

3.- Se introduce la libertad vigilada como medida de seguridad que será aplicada tras el cumplimiento de la pena de prisión en determinados supuestos de “peligrosidad” a personas imputables. Su duración puede llegar hasta los 10 años y se aplicará a terroristas y delincuentes sexuales.

4.- La localización permanente será aplicable en la sustitución de penas cortas de prisión y en determinados supuestos de reiteración de faltas, introduciendo una nueva modalidad consistente en su cumplimiento en los centros penitenciarios los fines de semana y festivos. Además se amplía su límite máximo de 12 días a 6 meses.

5.- Se amplía el concepto de trabajo en beneficio de la comunidad a la realización de talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6.- Se aclara que la prisión provisional sufrida no podrá ser abonada a la causa si el imputado, además, estaba en situación de penado por otro procedimiento, en cuyo caso sólo se aplicará a este último.

7.- Se introducen nuevas penas accesorias como la privación de la patria potestad.

8.- Se establece *ex novo* todo un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que será independiente de la posible responsabilidad de las personas físicas que hayan o no intervenido, con una regulación específica de la pena de multa y la creación de penas nuevas.

9.- Se reforma la sustitución de la pena de prisión por expulsión para los extranjeros sin residencia legal.

10.- Se amplía la regulación del comiso, estableciendo una presunción sobre la ilicitud de la procedencia de determinados bienes. Además se prevé el comiso de los efectos o instrumentos de los delitos imprudentes castigados por la ley con pena privativa de libertad superior al año.



11.- Se reforma el régimen de la prescripción, aumentando el plazo mínimo para la prescripción de los delitos de 3 a 5 años y estableciendo la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.

12.- Se incorporan nuevos tipos penales en relación al tráfico ilegal de órganos, castigando incluso a la persona receptora.

13.- Se introducen tipos para castigar el acoso laboral y funcional y el acoso inmobiliario.

14.- Se establece un nuevo título y artículo para regular los delitos de trata de seres humanos, separándolos de los delitos contra los ciudadanos extranjeros.

15.- Se modifica la regulación de los delitos sexuales, introduciendo nuevos tipos, la nueva pena de privación de la patria potestad y la medida de libertad vigilada.

16.- Se modifica la regulación de los delitos informáticos.

17.- Pasa a considerarse delito de hurto la comisión de tres faltas (en lugar de cuatro) de hurto en el plazo de un año, siempre que el total supere los 400 euros y se agrava el castigo cuando se haya utilizado a menores de 14 años para realizar el delito. Además se establece la posibilidad de que el juez imponga la pena de localización permanente a cumplir en centro penitenciario para el caso de falta.

18.- Se establece un tipo agravado de robo con violencia e intimidación en casa habitada.

19.- Pasan a castigarse con pena de prisión (antes sólo multa) las ocupaciones violentas de inmuebles.

20.- En relación a la estafa, se introducen, entre otros cambios, la modalidad de estafa procesal o la de defraudación utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas.

21.- Se agrava la pena en algunos supuestos de delito de alzamiento de bienes.

22.- Se modifican los supuestos agravados en el delito de daños.

23.- Disminuye la penalidad del los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en algunos casos (Top Manta), castigándose con multa o trabajos en beneficio de la comunidad y considerándose falta si el beneficio no llega a 400 euros.

24.- Se introduce la figura de la estafa de inversores y se producen otras novedades relativas al mundo empresarial y de las transacciones comerciales.

25.- Se regula la corrupción entre particulares y se introduce el delito de corrupción en el deporte.

26.- Se endurecen las penas correspondientes a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y se modifica el fraude de subvenciones.

27.- Se modifica la regulación del delito contra la ordenación del territorio, ampliándose el ámbito y la penalidad.

28.- Se produce una ampliación de los delitos contra el medio ambiente, agravándose las penas.

29.- Se amplía el delito de maltrato de animales domésticos.

30.- En relación a los delitos contra la salud pública, los cambios principales se producen al reducirse la penalidad máxima del tipo básico de

tráfico de drogas y posibilitar al juez para que rebaje la pena en supuestos de escasa cantidad. Por otro lado, se asegura la respuesta contundente a los casos más graves.

31.- En los delitos contra la seguridad vial, se establecen como alternativas las penas de prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad y se posibilita al juez para que rebaje la pena en supuestos de menor entidad. Además, el vehículo podrá ser objeto de comiso.

32.- Se amplía el ámbito de la falsificación de documentos a la de certificados y tarjetas de crédito o débito.

33.- Se modifica el cohecho, el tráfico de influencias y los fraudes y exacciones ilegales, aumentando la penalidad.

34.- Se prevé que el incumplimiento de la medida de libertad vigilada constituya delito de quebrantamiento.

35.- Se establece una nueva regulación, ampliada y más dura, para la asociación ilícita, las organizaciones criminales y los grupos criminales, separada de las organizaciones y grupos terroristas.

36.- Nueva regulación para los delitos de terrorismo, introduciendo la aplicación de la medida de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena de prisión. Se añaden los tipos de organización o grupo terrorista, de financiación del terrorismo -castigándose incluso la conducta imprudente- y se amplía el concepto de colaboración.

37.- Se modifican los delitos contra la comunidad internacional, introduciendo nuevos tipos penales, como el delito de piratería.

38.- Se considera una falta deslucir bienes muebles (antes no estaba penalizado, sólo los inmuebles) de dominio público o privado sin el consentimiento de su propietario.

39.- Se prevé una modalidad de protección civil de las víctimas que faculta al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones.

La reforma producida habrá de completarse con la reforma, a su vez, del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad<sup>7</sup>, cuya aprobación definitiva no debería demorarse.

Es seguro que algunas de estas modificaciones traerán consigo problemas interpretativos y de aplicación práctica que irán resolviéndose por la doctrina y por nuestros tribunales en los próximos meses y años.

## **UN NUEVO RETROCESO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**

Algunos autores se refieren al año 2003 como al *annus horribilis* para el derecho penal español<sup>8</sup>. Una fuerte corriente regresiva se había introducido en España, como en otros países vecinos, presentando en todos ellos algunas características similares que, según Del Rosal Blasco<sup>9</sup>, podemos resumir en:

---

<sup>7</sup> El consejo General del Poder Judicial emitió un informe de 22 de diciembre de 2010 sobre el Proyecto de Real Decreto de reforma del RD 515/2005. En las conclusiones, dicho informe se refiere a:

- Que la administrativización del procedimiento de elaboración y aprobación de los planes de ejecución de las penas y medidas y de los programas de intervención y seguimiento, ha de entenderse sin perjuicio de que el sentenciado pueda formular la oportuna reclamación judicial, posibilitando la inmediata suspensión del mismo, conforme al artículo 3.2 del Código Penal.
- Llama la atención sobre la necesaria regulación del régimen de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando consista en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, conforme a la nueva regulación introducida en el Código Penal, no contemplada en el proyecto de reforma.
- Sobre la medida de libertad vigilada, critica la no regulación de los agentes de libertad vigilada y, en relación a la libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, también critica la ausencia de previsión respecto al procedimiento, competencias y seguimiento de la libertad vigilada, una vez iniciado el cumplimiento de la medida tras la pena privativa de libertad, según el Consejo, lo más fundamental.

El texto del informe puede consultarse en la página del Consejo General del Poder Judicial: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>8</sup> LANDROVE DÍAZ, G.: El Nuevo Derecho Penal. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2009.

<sup>9</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 11-08(2009).

a) Su punitivismo, endureciendo las respuestas penales, relajando las garantías procesales y olvidando por completo intervenir en las causas de la delincuencia;

b) La inoquización o neutralización del delincuente como principal fin de la pena, utilizando a menudo la reclusión de por vida e incluso, de forma creciente, la pena de muerte;

c) La implantación de estrategias actuariales de control del riesgo<sup>10</sup>, priorizando la gestión del riesgo, a través de estándares o modelos prediseñados, y el control eficiente de los procesos internos y dejando de lado la consecución de los objetivos externos como la resocialización o el control del delito;

d) El populismo penal, de manera que los políticos están legislando según las emociones y deseos de venganza de la ciudadanía, que retroalimentan o provocan, haciendo caso omiso de los expertos. La víctima ha asumido un papel protagonista en la elaboración del derecho penal y la sociedad señala a los enemigos comunes que, supuestamente, ponen en riesgo su seguridad.

En nuestro país, ya por entonces (2002-2003), hubo una gran movilización contraria a las reformas encuadradas en el llamado Plan de Lucha contra la Delincuencia del gobierno de Aznar por parte de importantes sectores de la doctrina penal, de la judicatura, de la abogacía, de la fiscalía y de los movimientos sociales que luchan contra la exclusión social y por el respeto de los derechos humanos. También con ocasión de esta última reforma ha habido

---

10 DEL ROSAL BLASCO, B.: ¿Hacia el derecho.... 2009. "El pensamiento actuarial es, por lo tanto, y fundamentalmente, una forma de ejercer el poder, en la que los individuos dejan de ser contemplados como sujetos morales o racionales para pasar a ser sujetos actuariales, es decir, meras posiciones en tablas actuariales de variables."

muchas voces en contra, que creen que “Otro derecho penal es posible”<sup>11</sup>. Sin embargo, no dejan de ser voces que cuesta oír entre la muchedumbre, azuzada por los medios de comunicación y por los políticos que se han acostumbrado a utilizar los miedos sociales para asegurarse su posición en el poder ofreciendo una solución aparente.

Todas las características citadas por Del Rosal se reflejan en la reforma de 2010, como se vieron reflejadas en las reformas de 2002/2003:

Por un lado, se ha endurecido el castigo para determinadas conductas como por ejemplo respecto a los hurtos, la ocupación, el alzamiento de bienes, los delitos contra la ordenación del territorio, contra el medio ambiente, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, de asociación ilícita, organizaciones y grupos criminales, etc. Por otro lado, se han creado nuevos tipos penales, conductas que antes no estaban penalizadas y que a partir de ahora constituyen infracción penal, por ejemplo, en relación al tráfico ilegal de órganos, acoso laboral y funcional, acoso inmobiliario, delitos sexuales, estafa, corrupción en el deporte, organizaciones y grupos terroristas, piratería, deslucimiento de bienes muebles, etc. Y, por otro, ha aumentado el plazo mínimo de prescripción para los delitos, situado a partir de ahora en cinco años (antes tres) y se declaran imprescriptibles los de terrorismo con resultado muerte.

Se han establecido nuevas penas, como la de privación de la patria potestad y todas las aplicables a las personas jurídicas. También la localización permanente ha sufrido cambios, surgiendo una nueva modalidad consistente en el cumplimiento en centros penitenciarios en fines de semana y festivos (se cree que se podría hacer aprovechando los permisos penitenciarios de las personas presas, cosa que puede llegar convertirse en un verdadero caos organizativo), en lugar de cumplirse en el domicilio propio o similar, como hubiera sido lo razonable, dada la escasa entidad de las infracciones a las que

---

11 Véase por ejemplo la Plataforma “Otro Derecho Penal es Posible” en <http://www.otroderechopenal.com>; o las propuestas realizadas por UNAD y la Federación ENLACE al proyecto de reforma de 2007 (Propuestas legislativas y derecho comparado en [www.unad.org](http://www.unad.org)) y al proyecto de reforma de 2009 (ver en [www.f-enlace.org](http://www.f-enlace.org)).

se aplica y el nivel de encarcelamiento del Estado español, que ha pasado a ser el primero de Europa. Esta nueva modalidad será aplicable, por ejemplo, a las faltas de hurto.

La libertad vigilada, nueva medida de seguridad aplicable a personas imputables tras el cumplimiento de una pena, es un claro ejemplo de estandarización del riesgo, aplicándose a determinadas categorías de delincuentes sólo por el mero hecho de tener las características prefijadas en base a las técnicas actuariales antes mencionadas. Ello va a suponer que los sujetos van a estar sometidos al derecho penal mucho más tiempo, y además, en términos teóricos, implica establecer medidas penales pre-delictuales, es decir, antes de que se cometan futuros delitos y precisamente porque se “teme” que puedan ser cometidos y se “desea” de esta manera prevenirlos. Realmente, desde nuestro punto de vista, esta medida nos lleva a un alejamiento cada vez mayor del principio de culpabilidad y, por el contrario, nos acerca peligrosamente al derecho penal de autor, muy usado por regímenes totalitarios y poco respetuosos con los derechos humanos<sup>12</sup>.

---

12 Documento de Propuestas para la Reforma del Código Penal, enero de 2010. Federación Andaluza ENLACE. Consultar en [www.f-enlace.org](http://www.f-enlace.org): “La configuración de la Libertad Vigilada como una medida de seguridad aplicable tras el cumplimiento de la pena de prisión, tal y como se regula en el último proyecto de reforma del Código Penal (BOE de 27-11-2009), lejos de satisfacer las expectativas que teníamos los colectivos y asociaciones que trabajamos con las personas con problemas de drogodependencias y/o exclusión social, se limita, como viene siendo habitual, a reaccionar ante situaciones concretas y excepcionales, ofreciendo una respuesta poco meditada.

No podemos negar que nuestro sistema penal es, hoy por hoy, uno de los más duros de los Estados de nuestro entorno cultural: se utiliza en demasía la pena de prisión, en muchas ocasiones para conductas que no parecen demasiado graves, la duración de las penas de prisión también es muy alta, y una vez que un sujeto entra en el sistema penitenciario, por regla general, es muy complicado salir del mismo, salvo excepciones. La sobreocupación de las prisiones españolas dificulta el tratamiento que se debe ofrecer a quien delinque en aras a su resocialización tal y como establece el artículo 25.2 de la Constitución Española así como la Ley General Penitenciaria. Por otro lado, estamos convencidos de que nuestro sistema penitenciario no tiene capacidad para afrontar la tendencia creciente que sufre el encarcelamiento en nuestro país.

La Federación andaluza ENLACE (también desde UNAD que es nuestra organización de ámbito estatal) viene demandado, desde hace casi dos décadas, que el Derecho Penal español dé un giro hacia un sistema de alternativas a la prisión más moderno y justo, que permita ofrecer oportunidades reales a aquellas personas que no las han tenido (o escasamente), y que, a la larga, beneficie al conjunto de la sociedad propiciando el aprendizaje del respeto al/la otro/a y la incorporación social de quien delinquiró en un determinado momento de su vida. Estas

Algo similar ocurre en el proyecto de reforma del reglamento penitenciario, en estos momentos en trámite, que pretende dar cobertura reglamentaria al Fichero FIES (que ocultaba tras de sí todo un régimen penitenciario). En dicho proyecto se clasifica a determinados presos con concretas características estandarizadas para ofrecerles un tratamiento específico y diferenciado, aunque no personalizado: en esta ocasión también nos topamos con el derecho penal de autor y con las técnicas actuariales.

En definitiva, detrás de esta reciente reforma, nuevamente, se encuentra aquella tendencia punitivista también presente en las anteriores, como apuntábamos. Se pretende mostrar a la opinión pública que los principales problemas que deben preocupar a la comunidad tienen que ver con la seguridad ciudadana y que, con estas medidas legislativas, dichos problemas encontrarán su solución. No sólo no es cierto que nuestro problema de inseguridad ciudadana sea tan grave, ya que como sabemos España es uno de los estados occidentales con menor índice de delitos, sino que además, con el encarcelamiento masivo y creciente (se ha pasado ya del 170% de sobreocupación en las prisiones y la tasa de encarcelamiento es la mayor de Europa) no se previene el delito ya que está demostrado que la estancia en prisión provoca en la persona un importante deterioro y la lleva a la desadaptación social en lugar de a la resocialización que en teoría pretendemos<sup>13</sup>.

Hemos de reflexionar respecto a qué estamos haciendo: la prisión sigue encerrando a personas excluidas, pobres, con un nivel educativo ínfimo, sin expectativas laborales, procedentes de entornos de exclusión, muchas con enfermedades mentales, etc.. Sabemos que interviniendo antes, sobre las causas, es como realmente se previene el delito y se promueve la seguridad

---

demandas no sólo provienen del ámbito asociativo sino que, por el contrario, también son numerosas las manifestaciones en tal sentido desde ámbitos profesionales y académicos".

<sup>13</sup> VALVERDE MOLINA, J.: "La cárcel y sus consecuencias. Intervención en la conducta desadaptada". Editorial Popular, Madrid. 2ª edición, 1997.



ciudadana; pero es otro concepto de seguridad ciudadana, es la que se refiere a todos y todas, no sólo la de quienes tenemos una o varias viviendas, un empleo y unos bienes materiales, sino la de aquellas otras personas que han tenido menos posibilidades que el resto. El otro tipo de delincuencia, la de *guante blanco*, no termina en prisión. Algunos de los nuevos delitos incluidos en las últimas reformas responden a lo que se llama Derecho Penal Simbólico y pretende hacer creer a la comunidad que también se persigue a los ricos, que todos respondemos por igual ante la Justicia Penal. Sin embargo, la gran mayoría son tipos delictivos que no se llegan a aplicar, basta con mirar las estadísticas que ofrece el sistema penitenciario, según las cuales las  $\frac{3}{4}$  partes de las personas privadas de libertad lo están por delitos contra la propiedad (robos y hurtos) o por pequeños delitos de tráfico de drogas. Estos son los delitos que realmente se aplican.

Según algunos autores, el populismo penal “no es un fenómeno coyuntural, producto de ambiciosos políticos a la búsqueda del voto” sino que se ha convertido en “una forma de gobernar una sociedad fragmentada, diversa e individualista, a la que el gobernante le proporciona señas de identidad, que ese populismo se encarga de generar y alimentar, identificando al *enemigo común...*”<sup>14</sup>. Si ello fuera así, todos tenemos responsabilidad en que cambie. En algunos lugares ya está cambiando (ciertos amagos en EEUU y en Holanda por ejemplo). Debemos seguir haciendo propuestas de mejora que, partiendo de los principios y garantías básicos, nos permitan avanzar.

Ello no obsta para que reconozcamos que, en medio de esta gran riada, encontremos pequeñas, quizás minúsculas, isletas que hayamos de valorar positivamente.

## **ALGUNAS MODIFICACIONES RESPONDEN A LA RACIONALIDAD**

En primer lugar, se ha modificado el artículo 36, regulador del llamado *período de seguridad*, en el sentido de que la exigencia de cumplimiento de la

---

<sup>14</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 11-08(2009).

mitad de la pena como requisito previo para la concesión del tercer grado en penas superiores a 5 años, deje de ser imperativa para convertirse en una opción, es decir, el juez podrá ordenarlo o no si lo considera necesario, con la salvedad de algunos delitos, como los relacionados con el terrorismo o la pederastia, para los cuales tal exigencia temporal seguirá teniendo carácter imperativo. Sin embargo, si bien la solución adoptada por la reforma ha reducido la rigidez de este artículo, dando entrada al arbitrio judicial, entendemos que tenía que haberse decantado por la eliminación de su párrafo segundo haciendo desaparecer definitivamente el período de seguridad. Desde su introducción con las reformas de 2003, el período de seguridad no ha aportado nada positivo a nuestro sistema penal sino, muy al contrario, por un lado, ha conducido a un alejamiento de la finalidad resocializadora, pues ha supuesto un obstáculo de cara a incentivar a las personas penadas para que trabajaran en pro de su incorporación exitosa y pacífica a la sociedad y, por otro, ha tenido un gran peso en que el Estado español haya alcanzado los primeros puestos en cuanto a masificación de las prisiones.

En segundo lugar, se ha producido una rebaja en la penalidad de algunos tipos delictivos, por la gran desproporción que padecían, públicamente denunciada por los expertos y los movimientos sociales que luchan por la defensa de los derechos humanos y de las personas excluidas: los delitos del *Top Manta* (delitos contra la propiedad intelectual e industrial), los delitos contra la seguridad vial y los delitos contra la salud pública consistentes en pequeño tráfico de drogas.

En cuanto a los **delitos del *Top Manta***, la reforma ha puesto fin al gran despropósito de castigarlos con pena de prisión, cesando las injustas situaciones que vivían personas que, hayándose en la más absoluta miseria y sin contar con otro medio de vida por no tener permiso de trabajo, terminaban en la cárcel por vender al por menor en las calles copias ilegales de música, vídeos o productos falsificados. No podemos por menos que aplaudir tal decisión legislativa y desear que se produzcan las excarcelaciones oportunas cuanto antes, aunque al hilo de la valoración realizada por la Plataforma “Otro derecho penal es posible”, no será extraño que muchas de estas personas

continúen ingresando en prisión por no tener medios económicos para satisfacer la responsabilidad civil y las multas impuestas<sup>15</sup>.

En relación a los **delitos contra la seguridad vial** lo más significativo ha sido que las penas a imponer pasan a ser alternativas en todos los casos, lo que conlleva que se castigue por estos delitos con una sola de las tres penas disponibles (o prisión o multa o trabajos en beneficio de la comunidad) y no con multa y trabajos en beneficio de la comunidad, si no se optaba por prisión, como estaba ocurriendo hasta el momento. Por otro lado, el artículo 385 ter permite al juez rebajar la pena, atendiendo a la menor entidad del riesgo causado o las circunstancias del hecho. También valoramos de manera positiva esta modificación que permite escoger la pena más adecuada al caso y reducir el atasco existente en la ejecución de penas de trabajos en beneficio de la comunidad que no nos estaba beneficiando.

Finalmente, nos interesa detenernos en los cambios introducidos en la regulación del **delito de tráfico de drogas**, pues parece que ha levantado cierta polémica en la opinión pública en relación a las excarcelaciones que se han producido y habrán de producirse respecto de las personas que vean cumplida su pena al procederse a la revisión de su condena como establece la Ley. Realmente, la relativa al tráfico de drogas, era una reforma muy necesaria, pues encontrábamos a muchas personas en prisión, fundamentalmente las denominadas *mulas*, que procediendo de entornos de exclusión social y pobreza, tenían que cumplir nueve años de prisión por cantidades relativamente pequeñas de droga que podían portar en su cuerpo, en su ropa o en su bolso, por ejemplo 300 gramos. También encontrábamos numerosas personas cumpliendo estas duras condenas por *menudeo*. Y frente a esto, los dirigentes de las redes mafiosas que las explotan, o nunca son condenados, o cumplen condenas poco mayores, con lo que la desproporción y la injusticia de este sistema era evidente. La reciente modificación legal no va a excarcelar a los grandes narcotraficantes (la mayoría ni siquiera está en prisión), sino a personas procedentes de entornos de exclusión, que son explotadas, no toman

---

<sup>15</sup> <http://www.otroderechopenal.com/docs/valoracioncp.pdf>. 2010. pág. 13 y ss.

decisiones en estas redes mafiosas y han cometido estos delitos en su modalidad menos grave.

En cuanto a las personas que pertenecen a organizaciones mafiosas dedicadas al tráfico de drogas, las que comercien con grandes cantidades, etc., el Código Penal va a continuar ofreciéndoles una respuesta suficientemente contundente, asegurando un tratamiento específico en el artículo 369 *bis*, introducido por la reforma, en el 369 y en el 370.

En definitiva, la regulación del delito contra la salud pública relativo al tráfico de drogas presenta diferentes soluciones dependiendo del tipo de droga, la cantidad, quién sea la persona que realiza el delito, el lugar donde se realiza el delito, etc. Consideramos más adecuada la regulación actual por estar más acorde con el principio de proporcionalidad, permitiendo que el castigo para quienes realizan pequeñas conductas de tráfico no resulte excesivo en relación con las personas responsables de que estas actividades sean llevadas a cabo a gran escala.

Así, a partir de diciembre de 2010, en España se castiga ***el cultivo, elaboración o tráfico, incluyendo los actos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas ilegalizadas***, con las siguientes penas:

1º.- En el **artículo 368** se establecen las conductas y penas del **tipo básico**.

a) **Prisión de 1 a 3 años** y multa del tanto al duplo del valor de la droga, en caso de cantidades pequeñas de sustancias de las que no causan grave daño a la salud, por ejemplo, hachís o marihuana. (Artículo 368 CP).

b) **Prisión de 3 a 6 años** y multa del tanto al triplo del valor de la droga, tratándose de cantidades pequeñas de sustancias de las que causan grave daño a la salud, por ejemplo, heroína, cocaína, crack, etc. (Este es el supuesto para el que ha habido rebaja de pena, pasando el máximo de 9 a 6 años). (Artículo 368 CP).

Además, otra novedad introducida con el mismo fundamento ofrece al juzgador la posibilidad de rebajar un grado la pena si estima que el hecho

ofrece una escasa entidad, es decir, **de 6 meses a 1 año** en el primer caso, y de **1,5 años a 3** en el segundo.

A partir de esta descripción, en los artículos siguientes se prevén tipos agravados que merecen una mayor cantidad de pena.

2º. Así, el **artículo** siguiente (**369**) establece ocho circunstancias agravantes que, de darse, implicarían que la realización de la conducta descrita más arriba tenga que ser castigada más duramente, en concreto, con **prisión de 3 a 4,5 años** para sustancias que no causan grave daño a la salud y de **6 a 9 años** (antes de 9 a 13,5 años) para sustancias que causan grave daño a la salud, además de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga en los dos casos. Estas circunstancias agravantes son muy diversas y podemos agruparlas según estén relacionadas con:

- La propia persona que delinque (que sea autoridad o funcionario, facultativo, trabajador social, docente o educador y delinca en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio; que la emplee violencia o armas; que participe en otras actividades organizadas);
- El lugar donde se realiza el delito (que se trate de centros docentes, militares, penitenciarios, de deshabitación, o en sus proximidades);
- El lugar donde se realiza el delito y la persona que lo realiza (establecimientos abiertos al público por los propios responsables o empleados);
- La cantidad o calidad de la droga (que la cantidad pueda considerarse de *notoria importancia*<sup>16</sup> o que esté adulterada, manipulada o mezclada y pueda producir un mayor daño);

---

<sup>16</sup> La *notoria importancia* es un concepto jurídico indeterminado cuyo significado ha tenido que ir perfilando la jurisprudencia para evitar situaciones de inseguridad jurídica. De este modo, las cantidades a partir de las cuales se considera la notoria importancia han sido establecidas por el TS, en el ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA 2ª DE 19-10-2001: «1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del Código Penal, se determina a partir de las **quinientas dosis referidas al consumo diario** que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.

- La persona receptora de la droga (que se trate de menores de 18 años, disminuidos psíquicos o personas en tratamiento de deshabituación).

3º. El nuevo **artículo 369 bis** ofrece un tratamiento específico a los miembros de organizaciones criminales, que antes estaba incluido en el artículo anterior. De esta manera, quien realice las conductas descritas arriba en el tipo básico y pertenezca a estas organizaciones tendrá una pena diferente y más elevada. Hay dos supuestos:

- La simple pertenencia a estas organizaciones. A estas personas se les castigará con **prisión de 4,5 años a 10 años** si se trata de sustancias que no causan grave daño a la salud y con **prisión de 9 a 12 años** si las sustancias son de las que causan grave daño a la salud. En ambos casos, además, se les impondrá multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.
- Ser jefe, encargado o administrador. Su pena será de **10 a 15 años** en el primer caso y de **12 a 18 años** en el segundo, además de la misma multa.

4º. Finalmente, el **artículo 370** establece otras tres circunstancias agravantes específicas, que conllevarán una pena de entre **1 y 6.75 años** para sustancias que no causan grave daño a la salud y de entre **3 y 12.5 años** para sustancias que causan grave daño a la salud:

---

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro —sobre la base del remitido por el Instituto Nacional de Toxicología— en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto.»

Estas cantidades son, por ejemplo, de 300 gr. para heroína, 120 gr. para metadona, 1 kg. para morfina, 750 gr. para cocaína, 240 gr. para éxtasis, 300 gr. para LSD, 90 gr. para anfetaminas y Speedy, 10kg. para marihuana, 2,5 kg para hachís y 300 gr. para aceite de hachís.

- Utilizar a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer los delitos.
- Se trate de jefes, administradores o encargados de otras organizaciones.
- La conducta fuera de *extrema gravedad*<sup>17</sup>, es decir, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) la cantidad de drogas exceda notablemente de las cantidades consideradas de notoria importancia; b) se utilicen buques, embarcaciones o aeronaves; c) se simulen operaciones de comercio internacional; d) se den tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.

Como apuntábamos más arriba, a excepción de estos supuestos, existen pocos ejemplos que partan verdaderamente de la racionalidad.

## **EL DERECHO PENAL MÍNIMO. SU NECESARIA VIGENCIA**

A finales del S. XVIII y principios del XIX surge el *Estado liberal*, en respuesta al Estado totalitario y como forma de organización política propia del capitalismo, con la preocupación principal, en aquel entonces, de limitar el poder del Estado, para proteger a los ciudadanos de las injerencias de éste sobre su libertad y propiedad. Comienzan los reconocimientos formales de los Derechos Humanos<sup>18</sup> y, paralelamente, se perfila la idea central de la separación de poderes, que tiene como fin evitar una concentración de poder en el Estado que pueda devenir en Tiranía, idea que quedará plasmada en las primeras constituciones<sup>19</sup>. El poder del Estado se somete al Derecho, lo que se logra a través del principio de imperio de la ley y a través de ciertos mecanismos de control. Nace el *Estado de Derecho*. A partir de este momento no habrá vuelta atrás en la evolución de los Estados occidentales, de tal manera que, si bien han variado en numerosas cuestiones las funciones estatales (ampliando sus intervenciones), es incuestionable la vigencia del

---

<sup>17</sup> De nuevo nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado que nos obliga a acudir a la jurisprudencia para concretar qué es *exceder notablemente de las cantidades consideradas de notoria importancia*.

<sup>18</sup> *Declaración de Derechos de Virginia*, EEUU 1776; *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Francia 1789

<sup>19</sup> *Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795; Constitución americana de 1787*

principio de legalidad y la necesidad de garantizar, en su funcionamiento, el respeto a los derechos humanos y la efectividad del principio de separación de poderes. La obra del ilustrado italiano Beccaria, “De los delitos y sus penas”, será muy importante en esta evolución hacia el control de las actuaciones del Estado y hacia el nacimiento de un Derecho Penal de nuevo cuño.

El principio de intervención mínima está, por tanto, íntimamente unido a este gran paso adelante en la evolución política y jurídica de las sociedades modernas. Es un principio limitador del *ius Puniendi* del Estado, frente a la defensa y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, según el cual “el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”<sup>20</sup> de nuestra sociedad. Consecuencias de ello, como bien afirma Muñoz Conde<sup>21</sup>, son su subsidiariedad y su fragmentariedad. Así, el Derecho Penal es un Derecho subsidiario porque supone la *ultima ratio*, es decir, antes de entrar en el escenario del conflicto social actúan otras ramas del Derecho y otros sistemas de control social, y sólo en caso de que éstos no puedan hacer frente al conflicto, debe desarrollar su papel el Derecho Penal<sup>22</sup>. De otro lado, se dice que es un Derecho fragmentario porque regula regiones pequeñas aisladas entre sí; si lo comparáramos con una cadena montañosa, el Derecho Penal sólo ocuparía o debería ocupar las cumbres de los picos más altos, separados los unos de los otros por un espacio distinto, conformado por otras ramas del Derecho como por ejemplo el Derecho Administrativo o el Civil, y por otras instancias sociales como la escuela, la familia, los amigos, los grupos de presión, etc., conectadas sin duda con el primero en las funciones de control social<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, F. y otro: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002-1, pág. 73

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, F, 2002-1, pág. 73-79

<sup>22</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, R.: El nuevo código: maximalismo penal. En *Jueces para la Democracia*, nº 26, Julio, 1996, pág. 4: “Porque el derecho penal, antes que una ciencia (objeto de estudio) o una técnica (en la solución de casos) se expresa en actos de poder y de dominación. El derecho de castigar es una de las manifestaciones más groseras del Estado.”

<sup>23</sup> MUÑOZ CONDE, F, 2002-1, pág. 61 y ss. En este contexto puede el Derecho Penal cumplir además de su función de protección una función de motivación.



Según la doctrina tradicional, el principio de intervención mínima ha de conectarse con la protección de bienes jurídicos<sup>24</sup>, de manera que “las leyes penales que no protegen bienes jurídicos son nulas por arbitrarias” o “por infringir el principio de intervención mínima”<sup>25</sup>.

Advierte, asimismo, Muñoz Conde<sup>26</sup>, que el alcance de este principio no termina en la exigencia de que el Derecho Penal tenga que proteger bienes jurídicos, sino que además, el principio de intervención mínima sirve para proteger los bienes jurídicos frente al propio Derecho Penal; ejerce una función de contención del poder estatal frenando la tendencia a ampliar su margen de actuación y también una función de contención de usos ilegítimos del Derecho Penal por parte de grupos determinados de poder al servicio de intereses cuestionables.

El principio de intervención mínima también exige el merecimiento de pena por parte del autor de la infracción y se refleja en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, debiendo primar la aplicación de la pena menos gravosa si con ello se “restablece el orden jurídico perturbado”, traduciéndose en los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas<sup>27</sup>.

En la actualidad, las tesis garantistas, la del Pr. Muñoz Conde es un claro ejemplo, intentan hacer frente y resistir a las tendencias actuales poco respetuosas con el principio de intervención mínima y con los derechos fundamentales de las personas, sin duda más propias de Estados de tipo totalitario.

---

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, F, 2002-1: sobre el concepto de bienes jurídicos, “*aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*” pág. 59; más sobre este tema en MUÑOZ CONDE, F.: *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal*, en *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra 2001, pág. 561-574

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, F, 2002-1, pág. 81

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE, F, 2002-1, pág. 79

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE, F, 2002-1, pág. 84 y ss.

En este sentido, reclamamos un derecho penal serio, alejado del populismo punitivo y de los discursos alarmistas y de emergencia, alimentados por los medios de comunicación y aprovechados por los políticos. Un derecho penal garantista que funcione bajo el prisma del principio de intervención mínima<sup>28</sup> y que otorgue a la resocialización del delincuente el principal papel como fin de la pena. Un derecho penal que crea en la persona y que haga uso de la pena de prisión como último recurso, poniendo a disposición de la Justicia un verdadero sistema de alternativas a la prisión. Un derecho penal que, no obstante, de respuesta a las verdaderas necesidades sociales, interpretadas y analizadas de manera objetiva por personas expertas<sup>29</sup> y no por una opinión pública manipulada.

Como contrapartida la sociedad debe asumir su papel en relación a las penas comunitarias, aportando los recursos, programas y centros que se requieran para la aplicación de dichas penas y medidas alternativas a la prisión.

Dice Muñoz Conde, “Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo.”<sup>30</sup> Ya el Código Penal de 1995, mal llamado “Código Penal de la Democracia” respondía a lo que algunos denominaban “maximalismo penal”<sup>31</sup>, después con el “Código Penal de la Seguridad” (reformas 2002-2004) se nos situó en un escenario de mayor dureza y, tras la reciente reforma, nos hemos alejado aún más del minimalismo anhelado. Sáez Valcárcel se lamentaba en 1996 de que en las discusiones parlamentarias era difícil distinguir si los discursos realizados

---

28 Principio de intervención mínima significa que, por su gravedad, efectos negativos y sufrimientos infligidos en el ser humano, sólo debemos acudir al derecho penal sólo cuando no haya otro modo de intervenir en el conflicto de que se trate. Otras formas de solución y abordaje son, por ejemplo, la solución privada de los conflictos, el derecho civil o el derecho administrativo.

<sup>29</sup> Del mismo modo que a nadie se le ocurriría que las decisiones en materia de sanidad fueran tomadas por una persona enferma sin formación sanitaria, no es aconsejable que las personas víctimas de determinados delitos muy llamativos y poco comunes pretendan dirigir la política criminal del Estado.

<sup>30</sup> MUÑOZ CONDE, F.: 2005, pág. 27

<sup>31</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, R.: El nuevo código: maximalismo penal, en Jueces para la Democracia nº 26, Julio de 1996, pág. 3-7

provenían de la izquierda o de la derecha, porque todos coincidían en esta tendencia maximalista<sup>32</sup>. Desgraciadamente la tendencia ha continuado, pues gobiernos y oposiciones han ido de la mano en casi todas estas reformas trascendentales. Esta es la tendencia, y los índices de reincidencia no se reducen, aunque sí los derechos ciudadanos.

Evaluar los resultados de esta Política Criminal e informar de ello a la sociedad puede ser una forma de hacer ver que, a pesar de los recortes en las garantías y a pesar del abuso de la prisión como solución a los problemas sociales, estos continúan ahí, inamovibles o incluso agravados.

La garantía de independencia del poder judicial y su no desprestigio, una verdadera apuesta por las medidas alternativas a la prisión (con dotaciones presupuestarias suficientes), la participación del tejido social y asociativo, las políticas sociales preventivas, la información certera a los ciudadanos, los acuerdos éticos para evitar reacciones alarmistas en la población y el respeto escrupuloso a las garantías son caminos que, aunque no exentos de baches e irregularidades, conducen hacia delante, hacia el perfeccionamiento de nuestro sistema político y social y hacia nuestra dignidad y madurez como sociedad.

El otro camino, el que hemos iniciado y estamos continuando, pasa por la exclusión social, por el desprecio de los desfavorecidos, por el crecimiento de la desigualdad, por la creación de categorías de ciudadanos, por la pérdida de dignidad de las personas, ...

Los postulados del garantismo penal son plenamente actuales, no sólo no están obsoletos, sino que, por el contrario, ahora recobran todo su potencial pues es mucho lo que nos estamos jugando como sociedad y mucho lo que podríamos perder como civilización. No obstante, las posiciones garantistas

---

<sup>32</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, R.; 1996: "cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de los portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal"

deben ir adaptándose al panorama general combinándose con políticas sociales que promuevan la igualdad de oportunidades de la ciudadanía.

Con el tiempo iremos viendo cuáles son los efectos reales de estas últimas reformas, si bien vaticinamos que no van a resultar siquiera cercanos a lo que la sociedad espera de ellas. Desde ahora instamos a los responsables políticos para que se impulsen evaluaciones serias en este ámbito y que sus resultados sean compartidos con la comunidad.