

# VALORACIÓN DE LA PLATAFORMA “OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE”<sup>1</sup> SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

## Contenido

|      |   |    |
|------|---|----|
| 1.   | Consideraciones generales.....                        | 1  |
| 2.   | Nuestras propuestas: su incidencia en la reforma..... | 4  |
| I.   | PARTE GENERAL .....                                   | 5  |
| 1.1. | Prisión Perpetua revisable.....                       | 5  |
| 1.2. | Prisión como pena leve .....                          | 5  |
| 1.3. | “Período de seguridad” .....                          | 6  |
| 1.4. | Concurso de delitos: los límites.....                 | 6  |
| 1.5. | Libertad condicional .....                            | 6  |
| 1.6. | Los extranjeros .....                                 | 7  |
| 1.7. | La pena de “alejamiento” .....                        | 9  |
| 1.8. | Aplicación de la pena .....                           | 11 |
| 1.9. | Disposiciones comunes a las penas.....                | 11 |
| II.  | PARTE ESPECIAL.....                                   | 12 |
|      | Tráfico de drogas.....                                | 12 |
|      | Top-manta .....                                       | 13 |
| III. | JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN AUTOR-VÍCTIMA ..... | 15 |
| 3.   | Reformas en la balanza .....                          | 15 |
|      | Conclusiones .....                                    | 18 |

### 1. Consideraciones generales

La reforma del Código Penal salió adelante en el Congreso de los Diputados el pasado 29 de abril con los votos a favor (180) de PSOE, CIU, ERC, Coalición Canaria y UPN; PNV y Nafarroa Bai votaron en contra (7) y el PP, IU, UPN y BNG se abstuvieron (146). El inmediato trámite del texto legal aprobado el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 6 de mayo de 2010. Núm. 52-12, en [www.congreso.es](http://www.congreso.es)) por el Senado no permite augurar cambios sustanciales, por lo que éste será el texto que entre en vigor a los 6 meses de su publicación íntegra en el BOE. Las negociaciones y transacciones ya se han concretado y los pactos están ya suscritos. Sólo cabe esperar de la Cámara Alta matizaciones de carácter técnico.

El texto finalmente aprobado en el Congreso, incluido su preámbulo, contiene más sombras que luces. Las mejoras introducidas en los arts. 270 y 274 o el 368. 2º (en su

---

<sup>1</sup> Sobre este texto se puede contactar con Xabier Etxebarria ([xabier.etxebarria@deusto.es](mailto:xabier.etxebarria@deusto.es)).

contenido básico reivindicadas e impulsadas por esta Plataforma y otros colectivos, asociaciones y grupos) no pueden ocultar, ni siquiera compensar, otras de corte marcadamente punitivo, como el tratamiento de la prescripción, la regulación de los grupos y organizaciones criminales o la ya tristemente conocida como “multirreincidencia” para los pequeños hurtos, surgida sorpresivamente durante el proceso de enmiendas.

Por otra parte, el análisis de los debates que han tenido lugar en el Congreso de los Diputados revela la particular lectura que de algunos de los datos denunciados por la Plataforma –como los índices de delincuencia en contraste con la tasa de población reclusa o el cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad– han realizado personalidades tan significativas como el Ministro de Justicia o el diputado del principal partido de la oposición, Sr. Trillo. Para el primero, el mérito de que España cuente con uno de los índices más bajos de criminalidad de la Unión Europea hay que atribuirlo al actual Código Penal, que vino a establecer un marco que lo ha hecho posible, si bien no ha podido evitarse lo que el Sr. Caamaño denominó “paradoja” (aunque se trate mejor de un “paralogismo” o falso razonamiento): alcanzar al mismo tiempo “la tasa de población reclusa más elevada que la media de los mismos países”<sup>2</sup>. El Sr. Trillo va aún más lejos y niega verosimilitud a los datos ofrecidos por la Plataforma; afirma que estamos confundiendo a la opinión pública y anima a decir “la verdad”: “los españoles tienen que saber que las penas no se cumplen..., se cumple la mitad de la condena impuesta y a partir de ahí es aplicable el tercer grado o cualquier otro grado penitenciario (sic)...”<sup>3</sup>.

El Preámbulo<sup>4</sup> del Proyecto de Ley Orgánica aprobado por el Congreso mantiene casi íntegra en su literalidad el contenido de la exposición de motivos, enmendada por

---

<sup>2</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 11 de marzo de 2010.

Por otro lado, no es ocioso recordar en estos momentos de crisis económica el enorme gasto público que vienen originando estas reformas penales, dado que una plaza nueva de encarcelamiento cuesta al Estado unos 80.000 euros al año. Convendría que se fuera consciente del gasto que supone el masivo y excesivo encarcelamiento (del que se parece no ser consciente, ya que los proyectos de reforma del código penal van siempre acompañados de una Memoria Económica de valor 0) y que en algún momento se hiciera un cálculo coste-beneficio del constante endurecimiento punitivo que se vive en España.

<sup>3</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2010.

<sup>4</sup> La Exposición de Motivos, ahora llamada Preámbulo, tras la enmienda número 480 presentada por el PSOE, ciertamente mejoraba la presentada en su día por el Gobierno, en tanto que evitaba, suavizaba o sustituía ciertas menciones contenidas en el Anteproyecto gubernamental como las referidas a cuestiones que generan “preocupación ciudadana” o las apelaciones a la “alarma social” y ha pasado a fundamentar la reforma en el necesario cumplimiento de los compromisos internacionales, en especial, los contraídos con la Unión Europea (Apoyatura no del todo cierta como demuestra uno de los trabajos doctrinales colgados en la página de la Plataforma en lo que se refiere a los delitos sexuales contra menores. Por otro lado, ello que no impide que la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 continúe quedando incumplida, en particular en lo tocante a su art. 10, ni que, salvo CIU, ninguno de los grupos se ocupe de ajustar la definición del delito de tortura a la Convención sobre la Tortura), además, desaparecen del texto por completo la mención a la “fuente de conflictos” que implica la medida de expulsión de extranjeros o algunas candidas manifestaciones (casi en tono de confesión) como la apelación a “la prudencia” en la regulación de la pena de localización permanente “conscientes de nuestra inexperiencia y limitados recursos” (cuando los avatares del juego político ha convertido precisamente a la pena de localización permanente en foco de atención y uno de los protagonistas de la reforma); en materias clave en la reforma como los “delitos sexuales” y la “prostitución y pornografía infantil” o las “organizaciones y grupos

el grupo socialista, con ciertas supresiones e incorporaciones, algunas de ellas significativas, y determinadas omisiones, también relevantes, resultado de los debates y negociaciones entre los grupos parlamentarios. Entre las modificaciones observadas, algunas son dignas de destacar; así:

- El apartado II, dedicado a la remodelación del “periodo de seguridad” del art. 36, que en su primera redacción sólo era contemplada para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de 13 años, ahora incluye –en correspondencia con la reforma del articulado– a los delitos de terrorismo y los cometidos por una organización o grupo criminal.
- En el apartado III que justifica la introducción en el CP de la medida de libertad vigilada, se suprime la frase que servía de introducción y que realzaba el objetivo rehabilitador del delincuente como prioritario del sistema de penas, en particular de las privativas de libertad. Ciertamente, atendido lo que puede leerse a continuación, enfatizar estos extremos bien puede –aquí, sí– ser calificado de “paradoja”.
- El apartado VI se refiere a otra de las novedades de la Ley: la responsabilidad penal de las personas jurídicas; respecto de la EM, en la que se introducían claves para la aplicación de las penas contenidas en el catálogo y otorgaba “relevancia al prudente arbitrio judicial” ahora se establecen pautas bien tasadas al intérprete y se le recuerda que la multa es la pena común a aplicar, salvados los supuestos en que quepa hacer entrar en juego las reglas del nuevo art. 66 bis.
- El apartado XII, referido a los delitos sexuales, introduce una referencia expresa al nuevo artículo 183 bis por el que se regula el llamado “child grooming”, reivindicado con énfasis por el PP y defendido en su enmienda 351 yendo más allá –como la propia Sra. Montserrat admite en los debates- del pacto firmado hace dos años con el PSOE para endurecer las penas el Título VIII del Código.
- El apartado XXIII, en materia de tráfico de drogas, omite la mención –contenida en la Exposición de Motivos enmendada por el grupo parlamentario socialista– a la

---

criminales” se han suprimido párrafos completos, que, al no haber sido sustituidos, propiciaban vacíos de contenido, favoreciendo las confusiones y las referencias a menudo asombrosas como –al tratar la corrupción en el sector privado y en concreto en el deporte–, considerar Italia como el paradigma legislativo. También han sido matizados ciertos comentarios que conectaban el fundamento de la prescripción con la incapacidad e ineficacia del ordenamiento jurídico y la administración de justicia frente a la lucha contra el delito, aunque la justificación de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo se ha seguido manteniendo literalmente idéntica a su formulación inicial, así como algunas descripciones pretendidamente criminológicas de ciertos comportamientos delictivos que abocaban a “resultados prácticos no muy distantes de la cadena perpetua”. En suma, se ha tratado en el trámite parlamentario de eliminar referencias catastrofistas o mediáticas y presentar la protección a las víctimas y la rehabilitación y la reinserción social del delincuente como el objetivo que preside toda la reforma.

excesiva rigidez del vigente límite de los 9 años de prisión y el elevado número de indultos propiciados por las dificultades de individualización de penas notoriamente desproporcionadas.

- En el apartado XXIV parece que no se ha estimado oportuno seguir motivando (como se hiciera en la Exposición de Motivos) la introducción en el CP como falsedad de los nuevos tipos de los arts. 392 y 399, en sus apartados 2º, que castigan con penas de prisión a quienes, sin intervenir en su falsificación, trafiquen con una certificación o un documento de identidad falso o simplemente hicieren uso de ellos a sabiendas; tipos que recuerdan a los previstos en los arts. 304 y 307 del anterior Código Penal, eliminados en el texto de 1995, pero que, frente a éstos, no requieren la presencia de otros elementos subjetivos como la intención de lucro o el perjuicio de terceros. No parece aventurado conjeturar sobre las importantes consecuencias que su aplicación habrá de reportar a los extranjeros indocumentados o instalados irregularmente en España.

En esencia, éstos son los puntos principales enmendados en el recorrido del Proyecto del Gobierno en el Congreso. Hay que suponer que el trámite que resta en el Senado para la aprobación definitiva de la Ley Orgánica subsanará algunas omisiones observadas en el preámbulo, algunas particularmente llamativas como la nueva regulación de la multirreincidencia para los hurtos, resultado tardío del acuerdo alcanzado con CIU, que se ha convertido en “la estrella” mediática del proyecto de ley, eclipsando otras novedades introducidas en el texto (la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas que no tengan afectada de ningún modo su imputabilidad son en realidad hitos históricos que suponen cambios profundos en nuestro sistema de derecho penal).

## **2. Nuestras propuestas: su incidencia en la reforma.**

Hay que recordar que la Plataforma “Otro derecho penal es posible” nació con la pretensión de informar, de llamar la atención a la sociedad española, sobre ciertas realidades desconocidas de nuestro sistema penal u ocultas tras mitos y tópicos propagados y admitidos, a menudo interesada y acríticamente, que distorsionaban y desviaban las iniciativas legislativas de sus prioridades y necesidades. Así se gestó nuestro documento “Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal”, cuyos datos y argumentos fueron puestos a disposición de la opinión pública y fundamentaron las propuestas de modificación legal de la Plataforma.

Este otro documento fue a su vez elaborado con el objetivo de mejorar la protección de la sociedad y de las víctimas, así como su protagonismo y derecho en el proceso penal e igualmente potenciar la resocialización y humanización del sistema penal, disminuyendo el ingreso de personas en la cárcel cuando sea innecesario.

Los datos, argumentos y propuestas contenidos en ambos documentos fueron recogidos en numerosas proposiciones y enmiendas de los grupos políticos del Congreso al Proyecto de modificación del Código Penal. Tanto en las enmiendas formuladas como en los debates orales se ha constatado la incidencia de nuestras tesis y razones; incluso algunas de las reformas finalmente aprobadas han tenido origen en nuestras propuestas. Aunque la acogida de nuestras propuestas y de otros colectivos y grupos afines en el texto aprobado haya sido escasa, el esfuerzo no ha sido baldío; se ha conseguido introducir elementos de juicio basados en datos reales y se ha escuchado otra voz en los medios de comunicación y en los debates parlamentarios sobre los perniciosos efectos de las actuales tendencias político criminales.

Sin ánimo exhaustivo, haremos a continuación un repaso por las propuestas más destacadas de la Plataforma, su acogida por los grupos parlamentarios y su incidencia final en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal aprobado en el Congreso de los Diputados.

## **I. PARTE GENERAL**

### **1.1. Prisión Perpetua revisable**

El PP, en una enmienda al artículo 33.2, defendió en solitario la inclusión en el catálogo de penas graves de la prisión perpetua revisable, justificada como una pena excepcional a aplicar en supuestos muy restringidos y configurada como una pena distinta y no como una prolongación de la pena privativa de libertad. De carácter revisable, en línea con la legislación vigente en algunos países de la Unión Europea como Alemania, Francia, Italia o Reino Unido.

### **1.2. Prisión como pena leve**

CIU incluía entre las penas leves la prisión de quince días a tres meses de acuerdo con la modificación propuesta del art. 623. Sobre los peligros de los efectos expansivos de modificaciones introducidas, en principio, para supuestos excepcionales, ya nos hemos referido más arriba.

### **1.3. “Período de seguridad”**

Tanto ERC como IU propusieron la supresión del apartado 2 del artículo 36 de acuerdo con fundamentos en línea con postulados de la Plataforma, que bien vienen a resumirse en la justificación de IU a la enmienda: “el texto del proyecto suaviza el llamado “período de seguridad” establecido en el vigente número 2 del artículo 36, en virtud del cual, se cierra el acceso al régimen abierto en penas superiores a cinco años, hasta el cumplimiento de la mitad de la pena. Dicho período de seguridad fue introducido en la reformas alarmista del año 2003, ignorando que el régimen abierto es potestativo y no obligatorio, por lo que si en un caso concreto no se considera adecuado, puede denegarse, sin necesidad de que el CP lo vete para todos los casos de penas superiores a cinco años, cuando no se ha cumplido la mitad de la pena. Vetarlo en el CP, convierte lo excepcional en general y niega un instrumento para la reinserción en muchos casos en que puede estar indicado. La enmienda pretende volver al régimen anterior a 2003, eliminando el “período de seguridad”, de clara inspiración retribucionista y contraria a la reinserción”.

El PP, en cambio, aunque se manifestó a favor de que no fuera automática la aplicación del período de seguridad en la línea que propone el Proyecto, defendió el aumento del número de los delitos para los que había de ser preceptivo.

El resultado final es un art. 36.2 que establece una larga lista de tipos que constituyen la excepción a la regla general de su apartado primero que establece – ahora como posibilidad– que el Juez o Tribunal puede ordenar que la clasificación en tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

### **1.4. Concurso de delitos: los límites**

Nuestra propuesta de suprimir las letras c) y d) del artículo 76.1 fue sólo asumida por BNG, como la del art. 78, pensada para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas con carácter siempre potestativo y nunca obligatorio.

### **1.5. Libertad condicional**

IU introdujo, en relación con los arts. 90.3 y 91.1. la valoración de la sujeción a programas de mediación y reparación del daño para con la víctima por parte del reo para la concesión de la libertad condicional.

Nuestra propuesta de incluir un nuevo apartado en el artículo 92 para conceder la libertad condicional a los condenados a penas largas de prisión o a los condenados que no han podido beneficiarse de los límites del artículo 76 fue asumida íntegramente por ERC, IU y BNG. Los dos primeros incluyeron textualmente nuestra justificación. BNG presentó solo el texto del articulado.

## **1.6. Los extranjeros**

Nuestra propuesta de modificación del art. 89 encontró acomodo parcial en la reforma. El nuevo artículo 89, en su punto 6, párrafo segundo, prevé la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad impuesta si no pudiera llevarse a cabo la expulsión. Por lo demás, contempla, en todos los supuestos como preceptivas, la audiencia al penado y a todos los personados en la causa y prevé –en consonancia con las enmiendas transaccionales de IU– poder acordarse no sólo en sentencia sino también en auto motivado posterior. Asimismo el abanico de los plazos de no retorno a España del extranjero expulsado se establecen entre cinco y diez años.

Peor destino ha tenido la pretendida reforma de la LO 4/2000 que intentaba coordinar la legislación de extranjería y la penitenciaria mediante la implantación de la “residencia a prueba”, para en supuestos excepcionales facilitar el reconocimiento del especial esfuerzo rehabilitador de quienes ya hayan cumplido su condena en España.

Según la redacción del art. 89.1 CP aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados:

*«1. Las **penas privativas de libertad** inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.»*

Desde hace ya bastante tiempo viene poniéndose de manifiesto la enorme gravedad de la sanción penal de expulsión, su gran contenido aflictivo. Supone la quiebra de un proyecto vital por el que la persona en muchas ocasiones ha asumido deudas y han corrido graves peligros. En no pocas ocasiones la expulsión, acompañada de la prohibición de entrada de entre 5 y 10 años, comporta la separación de la familia, también residente en nuestro país.

En virtud del principio de proporcionalidad, la gravedad de la consecuencia jurídica ha de ser proporcionada a la gravedad del ilícito cometido y a los fines que se persiguen con la sanción. Sin embargo este principio constitucional básico no se respeta en el art. 89 propuesto. Veamos por qué.

El art. 89.1 habla de la sustitución de las *penas privativas de libertad* inferiores a seis años. Cualquiera podría pensar que el precepto se está refiriendo a las *penas de prisión* inferiores a seis años. Sin embargo, por muy lógico que pudiera parecer, ello no es así, pues, según art. 35 del Código penal “son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa”. Es decir, según el art. 89 puede responderse con la expulsión a conductas que tan sólo merecen una pena de localización permanente, que no es sino una pena leve prevista para las faltas.

Más sangrante resulta incluso que se pueda sustituir con la expulsión la responsabilidad subsidiaria que se puede imponer ante la imposibilidad del condenado de pagar la multa impuesta (después de haber satisfecho la responsabilidad civil a las empresas gestoras de derechos de propiedad intelectual, sin cuyo pago previo no se puede cancelar la pena de multa). Con esto se estarían sustituyendo con la expulsión penas de multa que pueden ser incluso penas leves impuestas por faltas, pero no siempre, sino única y exclusivamente cuando el condenado es pobre y no puede pagar la multa y, previamente, la responsabilidad civil. No existe ninguna proporción entre la pena de localización permanente y responsabilidad subsidiaria por insolvencia por un lado y la consecuencia de expulsión que establece el art. 89 CP.

Cuando el legislador introdujo en el art. 35 CP la localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa, lo hizo a efectos de clasificación de las penas en atención al bien jurídico afectado, pero claramente no estaba pensando en el régimen de la expulsión como sustitutivo penal. Por otro lado, cuando se redactó el art. 89 CP y se utilizó la expresión *penas privativas de libertad*, el legislador estaba pensando en la pena privativa de libertad por excelencia: la prisión y no en penas como la responsabilidad subsidiaria por impago o la localización permanente.

Podría pensarse que al contemplar el art. 89 la posibilidad de que el juez o tribunal no opte por la expulsión sino por el cumplimiento de la pena queda salvado el problema descrito. Ello no es así. El art. 89 consagra la expulsión (*serán sustituidas*) como el régimen general y la no sustitución como una clara excepción. Prueba de ello

es que el órgano judicial tan sólo está obligado a escuchar al Ministerio Fiscal y al condenado cuando decida excepcionalmente no sustituir, no así cuando ordene la expulsión. Es decir, es de prever que muchas penas leves de localización permanente y de multa impuesta a personas insolventes serán sustituidas por la expulsión.

Tampoco puede servir para justificar la actual redacción el que la expulsión sea ya una sanción imponible por la infracción administrativa de la estancia irregular. En la actualidad, los arts. 55 y 57 de la Ley 4/2000, de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España, establecen, respectivamente, la multa o la expulsión como posibles sanciones para la estancia irregular, habiéndose pronunciado reiteradamente la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el sentido de que la sanción de multa es la sanción base, regla general, debiéndose motivar las especiales circunstancias que justificarían la sanción de expulsión.

De lo expuesto se concluye que el art. 89 CP establece la pena de expulsión para conductas de una mínima lesividad como sustitutiva de penas leves como son la localización permanente o la responsabilidad personal por no pagar una multa, incluso multas de hasta dos meses (pena leve para las faltas), que, teniendo en cuenta la casi nula capacidad económica de estas personas (art. 50 CP), irían de 20 a 120 euros. La desproporción es evidente y, por lo tanto, el presente artículo podría ser recurrido ante el Tribunal Constitucional.

No se puede ocultar la tentación de utilizar el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular. Por ello, no está de más recordar que también cuando de inmigrantes irregulares se trata, el Derecho penal ha de respetar principios constitucionales básicos y uno de ellos es el de proporcionalidad.

Los problemas detectados se solucionarían si en vez de pena privativa de libertad el art. 89 CP hablara de pena de prisión. Con tal fin se podría presentar una enmienda de mejora técnica del art. 89.1 CP.

### **1.7. La pena de “alejamiento”**

En el Proyecto de Código Penal no se propone ninguna reforma de las penas relacionadas con el alejamiento, ni a lo largo de su recorrido parlamentario han prosperado ninguna de las propuestas formuladas por algunos grupos, en consonancia con las formuladas por la Plataforma; sin embargo, por su –creemos– especial interés sí conviene repasar sus contenidos.

En nuestra propuesta planteamos eliminar las penas del art. 39 f, g y h para considerar tales prohibiciones como medidas de seguridad, aplicables a imputables por considerar esta catalogación más ajustada a su naturaleza jurídica: medidas preventivo especiales basadas en la peligrosidad y por lo tanto modulables durante su ejecución. Consecuentemente proponíamos la supresión del art. 48, lo que conlleva modificar un número importante del Código Penal (arts. 33.2, 33.3., 33.4, 39, 40, 48, 57, 96.3, 105, 153, 173 y 468).

Las enmiendas de ERC-IU-IVC, BNG y ERC asumieron nuestras propuestas: en los dos primeros grupos copiando literalmente nuestros argumentos y en el caso de ERC incidiendo en la cuestión de inconstitucionalidad en torno al art. 57 aún no resuelta y asumiendo el criterios de la Fiscalía de Barcelona sobre los efectos nocivos de la preceptividad y la imposibilidad de eludir su aplicación dando lugar a negativas por parte de la victima a colaborar declarando en el proceso y favoreciendo la presencia de un factor criminógeno que aumenta los supuestos de quebrantamiento. En la justificación a la enmienda por parte de IU-ERC-IVC del art. 57 también se hace mención a los efectos que la reforma del Código Penal consecuencia de la L.O. 15/2003 produjo y que se hicieron notar de manera palpable en la práctica cotidiana de los Juzgados en los asuntos relacionados con la violencia familiar y particularmente en las causas por delito de violencia sobre la mujer: por un lado, la –para algunos– irritante actitud de muchas víctimas que se acogen a la dispensa del art. 467.1 LECR<sup>5</sup> para no declarar contra el acusado –con quien están vinculadas por lazos familiares– en fase de instrucción y/o en el juicio oral; por otro lado, la aún más enojosa situación provocada por la desatención por parte de numerosas víctimas (aquí, como en el supuesto anterior, la mayoría esposas o compañeras del imputado) de la orden de alejamiento acordada judicialmente en cualquiera de sus variantes (también como medida de seguridad) y en cualquier fase del procedimiento penal, que integra el tipo del art. 468 CP, cuya persecución consecuente conduce a una sobreprotección a la víctima tan disparatada que termina convirtiéndola en imputada y prisionera de una medida dirigida a protegerla.

El escaso interés por parte del gobierno y de los principales partidos políticos por encarar esta materia, a la que tampoco el Tribunal Constitucional ha dado una respuesta en los últimos años, da idea de su carácter especialmente sensible enmarcado hoy día en lo “políticamente incorrecto”.

---

<sup>5</sup> Precepto éste, por cierto, no modificado sustancialmente por la reciente Ley 13/2009.

## **1.8. Aplicación de la pena**

Nuestra propuesta de eliminar las reglas 4ª y 5ª del artículo 66.1 (agravaciones por elementos accidentales incluso por encima de la pena del delito) fue asumida íntegramente por BNG. En cambio, el PP modificó la regla 5ª para adaptarla a la distinción que pretendía introducir en las circunstancias agravantes entre reincidencia y reiteración, justificándola en el –según se sostiene por este grupo– constante incremento de la criminalidad.

## **1.9. Disposiciones comunes a las penas**

Apoyó a nuestra propuesta el Grupo Mixto en la enmienda de adición del art. 58.4, reivindicando la posibilidad de aplicar los presupuestos contenidos para el abono de prisión provisional cuando se han acordado cautelarmente privaciones de derechos, fundamentándolo en el principio de culpabilidad, que obliga a que ningún ilícito sea castigado con una pena que exceda del límite de la culpabilidad por el hecho (cfr. STC 150/1991). Así lo tiene previsto el legislador explícitamente en el art. 59; dado que la pena, es por sí misma, una reducción del status del autor respecto a sus derechos, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye ex post un adelanto de la pena que no puede operar contra el condenado.

Nuestra propuesta de enmienda de adición del art. 59, apoyada por el grupo mixto, se fundamenta en argumentos muy similares a los esgrimidos respecto del art. 58.4. En realidad, ambas reformas tratan de facilitar una praxis hasta ahora casi inexistente: los juzgadores compensan privaciones cautelares de libertad, generalmente amparados en los criterios contenidos en el art. 88 CP (cada día de prisión por dos días de multa; un día de prisión por cada día de TBC). La ausencia de explícitas previsiones legales en otros supuestos de privación cautelar de derechos obliga al Juez a motivar en cada caso. La práctica revela que sencillamente no se aplica compensación alguna cuando no se ha adoptado una medida cautelar privativa de libertad. Esta nueva redacción posibilita una adecuada compensación, más conforme con la culpabilidad, en supuestos de dilaciones indebidas y otras eventuales vulneraciones de derechos que ahora se solucionan fuera del ámbito jurisdiccional mediante eventuales y nunca seguras medidas de gracia a cargo de otro poder del Estado (la concesión de indulto particular). El texto final del art. 59 ha cercenado las posibilidades de abono que abrió la conocida sentencia del tribunal constitucional del año 2008, sin tener en cuenta los perjuicios que una nueva causa crea sobre los modos de cumplimiento de la condena por la que se está en prisión al abrirse la nueva causa.

Sin embargo, se ha incluido como atenuante 21.6º la práctica judicial respecto a las dilaciones indebidas, tal como solicitó a los grupos parlamentarios la Plataforma.

## II. PARTE ESPECIAL

### Tráfico de drogas

Las propuestas de la Plataforma se hacían eco del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 que también se menciona en el Preámbulo de la reforma, así como la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004. El resultado ha sido una reducción de la pena privativa de libertad en el tipo básico del art. 368 y la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en los supuestos de escasa entidad y en atención a las circunstancias personales del culpable. Durante la tramitación parlamentaria se ha eliminado la exclusión de este tipo atenuado para los supuestos de notoria importancia, en concordancia con lo propuesto desde la Plataforma.

En cambio, las penas de multa se mantienen en la misma extensión en todos los supuestos.

Nosotros propondríamos: «... No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena **de prisión de un año y medio a tres o de seis meses a un año, respectivamente**, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

Ha de valorarse positivamente el subtipo atenuado creado con esta reforma, en cuanto que va a permitir corregir la falta de proporción<sup>6</sup> de las penas para las conductas de “boleros”, “muleros” y meros transportistas de sustancias ilícitas. Sin

---

<sup>6</sup> Exposición de Motivos del presente Proyecto de Ley: XXIV En materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas, de conformidad con las normas internacionales, en concreto la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. De acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora, **se refuerza el principio de proporcionalidad** de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas. Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia –también de acuerdo con la pauta europea– siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme.

Asimismo, se acoge la previsión contenida en el **Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad**, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

embargo, el mantenimiento de la pena de multa, normalmente de elevada cuantía en cuanto se establece en relación al valor de la sustancia incautada, puede neutralizar el efecto atenuante. Normalmente el subtipo agravado se aplicará a personas que no son propietarias de la sustancia ilícita ni se van a enriquecer con ella y que actúan en situación de necesidad, por lo que no podrán hacer frente a la elevada pena de multa y consecuentemente se verán sometidas a una pena de prisión sustitutiva de hasta un año de prisión (artículo 53.2º CP), neutralizándose por tanto el efecto atenuante del subtipo para las personas de escasos recursos económicos, que son precisamente las destinatarias normales del subtipo atenuado.

### **Top-manta**

Reconocida incluso por el Gobierno la existencia de una “cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena” en las conductas de quienes se dedican a la venta en la vía pública de los discos copiados, finalmente salieron adelante las enmiendas del PSOE sólo refrendadas por CIU. Tanto Nafarroa Bai como IU-ERC-ICV, BNG y PNV (algunas de estas formaciones defendiendo literalmente nuestras propuestas y las de otros grupos afines) defendieron su despenalización. Finalmente se ha aprobado la consideración como falta cuando el beneficio obtenido por el mantero sea inferior a 400 euros, castigándose con pena de localización permanente o multa.

Hemos de reconocer el avance que esta propuesta supone, pero nos vemos en la obligación de advertir que es muy probable que el mantero siga ingresando en prisión, por lo difícil que resultará aplicar la localización permanente en la mayor parte de los casos y porque, no ha de olvidarse, que para pagar la multa previamente es necesario satisfacer la responsabilidad civil y la peritación de discos que se intervienen al “mantero” se suele dejar en manos de los representantes de las entidades de gestión de derechos, cuya “imparcialidad” salta a la vista; otras veces es la policía quien la realiza, pero con baremos aportados previamente por las empresas. Intentaremos que la pena de multa desaparezca en el Senado y con este fin hemos participado en la elaboración de un último informe que se ha hecho llegar a senadores y diputados, en el que se advierte de estos problemas técnicos, además de recordar que, a nuestro juicio, lo correcto es la despenalización.

La actual redacción del art. 270 (y el similar art. 274) tras su paso por el Congreso puede valorarse positivamente:

*«No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de **multa de tres a seis meses** o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.»*

Con esta redacción se permite excluir, en la mayor parte de los casos, la pena de prisión para conductas de tan escasa entidad lesiva que resultaría desproporcionado. Lo mismo habría que decir respecto a la pena de expulsión como sustitutiva, que debería reservarse para los casos más graves, conforme al mismo principio constitucional de proporcionalidad.

Sin embargo, con el mantenimiento de la calificación de delito incluso para supuestos de reducida cuantía económica del beneficio (pero superior a 400 euros) y situación de necesidad de la persona culpable y, dado que se prevé la pena de multa de tres a seis meses, aún se seguiría produciendo el ingreso en prisión para cumplir los 45 a 90 días de prisión sustitutiva (art. 53.1 CP) que se impondrían ante el impago de la multa.

Hay que recordar que estamos ante personas en las que el propio legislador reconoce que se encuentran en un estado de necesidad evidente<sup>7</sup>, dado que tienen prohibido trabajar legalmente, con lo que no tienen acceso a medios lícitos de vida y que sólo después de haber satisfecho la responsabilidad civil, a las empresas gestoras de derechos de propiedad intelectual, se puede cancelar la pena de multa.

Por todo ello, consideramos de suma importancia que no se establezcan penas de multa para delitos que cometen personas que no pueden pagar ni la responsabilidad civil ni la multa. Lo contrario resulta un contrasentido.

---

<sup>7</sup> Exposición de Motivos del presente Proyecto de Ley: “XVII. El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando **frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia.**

Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta.

Las mismas consideraciones nos llevan a proponer que en el art. 623.5º: *“Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concorra alguna de las circunstancias prevenida en los artículos 271 y 276, respectivamente”*, se sustituya la multa por trabajos en beneficio de la comunidad: *“Estos casos serán castigados con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a quince días”*.

### **III. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN AUTOR-VÍCTIMA**

Aunque la mejora del tratamiento y protección de las víctimas del delito y el cumplimiento de los compromisos internacionales se ha presentado como el “leit motiv” de la última reforma a que se enfrenta nuestra legislación penal, la obligación de trasposición al derecho positivo –antes del 22 de marzo de 2006– de la mediación en el derecho penal de adultos a la que el Estado español en tanto que miembro de la Unión Europea está vinculado conforme a lo previsto en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, sólo ha sido percibida como urgente y necesaria por el grupo IU-ERC-ICV, que propuso –con fundamentación literalmente idéntica a la elaborada desde la Plataforma– en dos Disposiciones Adicionales nuevas la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para añadir un nuevo punto 3 al apdo. 2 su art. 798 y dar cabida a la mediación en el ámbito de las diligencias urgentes y un nuevo apartado 2 del art. 965 de la misma Ley, en el de los juicios de faltas. Los demás grupos políticos no han considerado siquiera la oportunidad de que la Ley Orgánica que está en proyecto acoja en la normativa penal positiva la institución de la mediación y no la contemplaron expresamente.

Es un dato no cuestionado que las experiencias prácticas que se vienen desarrollando desde hace años en numerosos Juzgados y Tribunales están obteniendo resultados muy satisfactorios y alcanzando todos sus objetivos, particularmente los relacionados con la protección de la víctima de la infracción penal, y que articular el proceso de mediación e incorporarlo a las distintas fases del proceso penal no es técnicamente complicado; sin embargo, existe una resistencia incomprensible por abordar esta materia y sin duda no afrontarla en esta reforma penal representa la pérdida de una ocasión inmejorable para ello.

#### **3. Reformas en la balanza**

El diputado Sr. Villarrubia, en nombre del grupo socialista en el Congreso y en respuesta a los reproches formulados en su inmediata intervención por el Sr.

Olabarria, por el PNV, enunció los aspectos de la reforma que, en su opinión como representante del partido del gobierno, contribuían a humanizar el derecho penal y cumplir con los mandatos constitucionales relativos a la reinserción y rehabilitación del delincuente, y señaló como ejemplos la nueva conformación del “periodo de seguridad” concebida para “paliar el grave desequilibrio –en sus propias palabras– entre la actividad delictiva y la población reclusa en España”; la pena de localización permanente, potenciada y revalorada en numerosas enmiendas; la ampliación de la regulación de los trabajos en beneficio de la comunidad, en la apuesta por potenciar la aplicación de penas alternativas a la prisión; la nueva regulación del top-manta, “resuelto en el 99,9%”, según dijo, “aunque quede –añadió– un pequeño matiz”, que no desveló; y la nueva regulación del tipo básico de drogas, para facilitar al aplicador del derecho un mecanismo que facilite la individualización de la pena a imponer. Todo ello, junto con la mejora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la nueva regulación del art. 89, que establece una notable mejora en torno a los requisitos y las consecuencias para la expulsión de extranjeros, y la introducción de nuevos tipos como la trata de seres humanos, la extracción de órganos o la explotación sexual, venía a compensar otros aspectos quizá más discutibles, fruto del legítimo juego político en el que, frente a ciertos comportamientos desleales reprochados por el Sr. Villarrubia dirigiendo su mirada a los escaños del PP, el grupo socialista, con un comportamiento ejemplar, ha dado muestras de flexibilidad y sacrificio, incluso de su propio ideario, estimándolo imprescindible para tratar de que “este Código (sic)... pudiera ser de todos, no el espejo de ningún grupo”<sup>8</sup>.

Las valoraciones, respetables sin duda, pero también cuestionables del Sr. Villarrubia no permiten olvidar otras caras menos amables de la reforma.

La nueva regulación de la prescripción, incrementando los periodos de prescripción<sup>9</sup> y declarando por vez primera el carácter imprescriptible de ciertos delitos distintos de los de genocidio, en concreto los delitos de terrorismo con resultado de muerte (Véanse los fundamentos críticos del voto particular del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto), equiparados de este modo a los delitos de genocidio y de lesa humanidad.

No merece mejor opinión la regulación de las organizaciones y grupos criminales; aunque el Ministro Caamaño la presente a modo de nuevo “bálsamo de Fierabrás” que

---

<sup>8</sup> Intervención del Sr. Villarrubia en el Congreso de los Diputados el 21 de abril de 2010.

<sup>9</sup> ¿Para evitar la impunidad, como declaró el Ministro de Justicia en su comparecencia ante el Congreso el 11 de marzo pasado, o quizá en señal de rendición frente a la incapacidad del ordenamiento jurídico y la propia Administración de justicia para dar respuesta efectiva al delito en los plazos previstos, como se declaraba en la Exposición de Motivos del Anteproyecto?

permitirá combatir más eficazmente desde “el terrorismo yihadista” hasta a quienes cometan “delitos contra la propiedad de manera reiterada y sistemática”<sup>10</sup>, más parece una vía abierta para incrementar sutil y veladamente el rigor punitivo.

La llamada “multirreincidencia” a propósito del **nuevo tratamiento penal de las faltas y delitos de hurto** ha merecido opiniones marcadamente críticas, tanto desde el aspecto técnico como desde el ontológico (como diría el Sr. Olabarria). Se trata, según muchos comentaristas, de la evidencia más notable y grosera del “populismo punitivo” (no ajeno a la cercanía de las elecciones municipales y la necesidad de desviación del foco de atención respecto a la verdadera criminalidad municipal: la lacra de la corrupción urbanística y sus aledaños) que afecta a esta reforma: una atención especial y desproporcionada a conductas integradas en un tipo general, los delitos contra el patrimonio, cuya evolución a nivel estatal desde el año 2000 refleja una marcada tendencia al descenso<sup>11</sup>. Sin perjuicio del impacto que tanto desde el aspecto presupuestario como logístico puede suponer sobre las prisiones la previsión contenida en el art. 623.5, no parece justificable el endurecimiento punitivo específicamente contemplado para este tipo de conductas en un país donde, según se ha puesto de manifiesto por la Plataforma y ha sido admitido por todos los grupos políticos, la tasa de criminalidad es baja en términos comparativos con otros países de nuestro entorno y los centros penitenciarios están sobresaturados como consecuencia de un índice de encarcelamiento desproporcionadamente alto y el alargamiento de La duración media de las condenas. Resultado de un acuerdo puntual con CIU<sup>12</sup> acogido con enorme satisfacción en el Ayuntamiento de Barcelona (al que está dedicado) y con no menor complacencia por el PP y pese a los desesperados y vanos intentos de los Sres. Villarrubia y Sáez Jubero para justificarlo, viene a abonar la justeza de los argumentos que sostienen que **esta reforma sirve para endurecer las penas para los delitos de siempre, de los más desfavorecidos**<sup>13</sup> mientras que los que afectan a los poderosos, aún admitiendo el relativo endurecimiento previsto para los delitos urbanísticos y relacionados con la corrupción, siguen teniendo un trato privilegiado, y establece, además, peligrosas excepciones que corren serio riesgo de convertirse en norma general, no sólo en relación con el tratamiento punitivo de las faltas, sino también en el efecto derivado de la creación de un registro de faltas que extiende la

---

<sup>10</sup> Intervención del Ministro de Justicia ante el Congreso de los Diputados según el diario de sesiones del día 11 de marzo de 2010.

<sup>11</sup> De 753.766 a 608.734 infracciones penales registradas en el ámbito de actuación del Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil, según datos del Ministerio del Interior, publicados por el diario “El País el 1 de mayo pasado.

<sup>12</sup> “...entendíamos que aquí debíamos buscar un acuerdo... si no llegábamos a un acuerdo en este aspecto de la multirreincidencia, nosotros no podíamos aprobar el proyecto de ley del Código Penal...”, palabras del Sr. Jané en nombre de CIU en la sesión del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2010.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, la pena prevista para la usurpación del art. 245.1.

publicidad y genera efectos claramente regresivos a las infracciones leves<sup>14</sup>. El propio Sr. De la Rocha lo admitía indirecta y tal vez involuntariamente en respuesta a la intervención del Sr. Trillo cuando, en relación con los **delitos contra la Hacienda Pública**, y reproduciendo la afirmación que momentos antes había sido expresada por su correligionario, Sr. Villarrubia, dijo: “hubiéramos preferido bajar el tope [mínimo] de **120.000 euros**... y subir la pena a seis años”<sup>15</sup>, sin detenerse a explicar qué se lo ha impedido<sup>16</sup>.

Sobre la novedad que constituye la **libertad vigilada**, otra vez el grupo socialista se ha situado en una posición difícilmente compatible con los postulados que según repite informan la reforma del gobierno. La conciliación entre la introducción de esta nueva medida de seguridad con la garantía de la finalidad constitucional de las penas, la rehabilitación y la reinserción social, resulta complicada. Prolongar la condena a un reo que ya ha cumplido la pena que le fue impuesta, con limitaciones a la libertad del calado de las previstas en el art. 106, implica en el siempre difícil equilibrio entre libertad y seguridad. Se toma partido decididamente por éste último valor, comprometiendo seriamente la vigencia y respeto de principios constitucionales y nos desliza peligrosamente hacia una forma encubierta de cadena perpetua.

## **Conclusiones**

Contemplada con benevolencia, la enésima reforma de un Código Penal que en tan sólo 15 años ha sufrido 25 modificaciones supone a lo sumo un freno en la marcada tendencia rigorista de las que la han precedido inmediatamente, lo que no impide considerar que se ha desperdiciado una oportunidad única por el partido del gobierno para –desde las posiciones progresistas que sostiene defender– rectificar tal tendencia y enderezar la política criminal diseñada por los pasados gobiernos del PP, asumiendo y trasladando sin complejos a la normativa penal los principios constitucionales básicos que informan el derecho penal en nuestro estado democrático y social de derecho.

Sin cuestionar los buenos propósitos del gobierno y del partido socialista, contemplada la reforma en su conjunto, cabe formular en interrogativa la frase que cerró la última intervención del Sr. Villarrubia en el Congreso el pasado 11 de marzo y

---

<sup>14</sup> Siguiendo esta misma lógica se comprende el reto lanzado por el Sr. Trillo en su intervención en el Congreso el 22 de abril de 2010: ¿y por qué no también un registro general de delitos imputados?”.

<sup>15</sup> El art. 305 CP, modificado por Ley Orgánica 15/2003, no ha sido merecedor de una reforma, a pesar de la enorme incidencia del fraude fiscal en España y del inmenso daño social que está ocasionando a la economía española en estos momentos de enorme déficit público.

<sup>16</sup> Intervenciones en las sesiones del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2010.

concluir preguntando, preguntándonos: ¿es éste el Código Penal que la sociedad española se merece?

Todas las personas que pusimos en marcha y que nos hemos ido adhiriendo a esta Plataforma “Otro derecho penal es posible” asumimos que no y que el esfuerzo por un derecho penal más eficaz, más humano y más justo es una carrera de fondo, que acabamos de comenzar y en la que seguiremos profundizando mediante la divulgación de información cierta y rigurosa que vaya contrarrestando los falsos mitos sobre los que se sostiene el populismo punitivo.