

55

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LES PRATIQUE ET PRO

# Revista

Enero 2025

55

Revista Penal

# Penal



Enero 2025



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch

# Revista Penal

Número 55

## Sumario

---

### Doctrina:

- Noticias falsas y amnistía, por *Miguel Abel Souto* ..... 5
- La bipolaridad del Código Penal, por *María Acale Sánchez* ..... 14
- Los retos del Derecho penal posmoderno: los coches autónomos y el sistema de faltas en el ordenamiento jurídico italiano, por *Maristella Amisano* ..... 31
- La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal, por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* .. 45
- La *desaparición* de la delincuencia infantil en España, la consiguiente ausencia de debate y, de nuevo, un espejo en el que mirarse: Alemania, por *Miguel Ángel Cano Paños* ..... 66
- Inaplicación del principio de no punición a víctimas de trata de seres humanos (comentario de la STS 960/2023, de 21 de diciembre), por *Marcos Chaves-Carou* ..... 83
- Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal, por *Javier G. Fernández Teruelo* ..... 96
- Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El “Caso Gamestop” como piedra de toque del delito del art. 284.1.2º del Código Penal, por *Alfonso Galán Muñoz* ..... 112
- Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones, por *Mª del Carmen Gómez Rivero* ..... 128
- La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, por *José León Alapont* ..... 155
- Las objetables y escasamente atendidas “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”: ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?, por *Félix Mª. Pedreira González* ..... 181
- Entidades pantalla y proceso penal, por *Pedro Pablo Pulido Manuz* ..... 209

### Sistemas Penales Comparados:

- Delitos de malversación o peculado (*Crimes of embezzlement*) ..... 235

### Bibliografía:

- Abadías Selma, Alfredo: *Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva*, Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 páginas, por *Núria Fernández Albesa* ..... 307
- Ferré Olivé, Juan Carlos: *El delito de blanqueo de dinero*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 412 páginas, por *Caty Vidales Rodríguez* ..... 313
- Muñoz Conde, Francisco: *El antiliberalismo en el Derecho penal*, por *Jaime Couso Salas* ..... 317
- Muñoz Conde, Francisco: *El antiliberalismo en el Derecho penal*, por *José Luis Guzmán Dalbora* ..... 320

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>

---



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecapas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Consuelo Murillo Ávalos (Chile)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Luigi Foffani (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)  
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## La bipolaridad del Código Penal

María Acale Sánchez

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

### Ficha Técnica

**Autor:** María Acale Sánchez

**Adscripción institucional:** Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

**ORCID:** 0000-0002-3472-9655

**Title:** The bipolarity of the Penal Code

**Sumario:** I. EL NACIMIENTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. II. CONDICIONANTES DE LAS REFORMAS SUCESIVAS. II.1 La voluntad del legislador y la alegoría punitivista. II.2 La transparentada dicotomía entre el principio de legalidad y la discrecionalidad judicial. II.3 La comedida intervención del Tribunal Constitucional en temas penales. III. ¿EXISTE UN MODELO POLÍTICO CRIMINAL COHERENTE EN EL PROGRAMA DEL LEGISLADOR PENAL DEL SIGLO XXI? III.1 Acercamiento. III.2 Tratamiento penal de los hechos cometidos en razón de la pobreza, la marginalidad y la exclusión social: criminalización de nuevas conductas. III.3 Tratamiento penal del delincuente que actúa por motivaciones políticas: la descriminalización de delitos viejos y la amnistía. IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA BIPOLARIDAD DEL CÓDIGO. Bibliografía.

**Summary:** I. THE BIRTH OF THE CRIMINAL CODE OF 1995. II. CONDITIONING CONDITIONS OF SUCCESSIVE REFORMS. II.1 The will of the legislator and the punitivist allegory. II.2 The transparent dichotomy between the principle of legality and judicial discretion. II.3 The measured intervention of the Constitutional Court in criminal matters. III. IS THERE A COHERENT CRIMINAL POLITICAL MODEL IN THE PROGRAM OF THE CRIMINAL LEGISLATOR OF THE 21ST CENTURY? III.1 Approach. III.2 Criminal treatment of acts committed due to poverty, marginality and social exclusion: criminalization of new behaviors. III.3 Criminal treatment of criminals who act for political motivations: decriminalization of old crimes and amnesty. IV. FINAL THOUGHTS ON THE BIPOLARITY OF THE CODE. Literature.

**Resumen:** El Código penal de 1995 ha sufrido una pluralidad de reformas en materias muy diferentes. En términos generales, si bien ha de destacarse que algunas de ellas han eliminado figuras delictivas que han ido perdiendo su razón de ser, en su conjunto con el tiempo, se ha ampliado en número de delitos y se han llevado a cabo cambios sustanciales en el ámbito de las penas que permiten mantener en prisión más tiempo al responsable. En este trabajo se abordan conjuntamente las reformas llevadas a cabo por parte del legislador para hacer frente, por un lado, a los delitos cometidos debido a la pobreza, la marginalidad y la exclusión social que ha seguido una senda claramente penalizadora, y por otro, las emprendidas para hacer frente a los delitos cometidos con una finalidad política de corte descriminalizadora. Se concluirá planteando los riesgos que conlleva para el Estado social y Democrático de derecho, la existencia de un derecho penal elitista.

**Palabras clave:** reformas penales, interpretación judicial, principio de legalidad, política criminal, pobreza, exclusión social, finalidad política.

**Abstract:** The 1995 Penal Code has suffered several reforms since its adoption in different areas. In general terms, although some reforms have been made which have eliminated criminal offences that have gradually lost their raison, through which the number of offences has increased, and substantial changes have been made in the scope of penalties that allow for longer detention of the offender. This work studies the reforms carried out by the legislator to tackle, on the one hand, crimes committed because of poverty, marginality and social exclusion which have followed a clearly punitive path, and, on the other hand, those undertaken to deal with crimes committed for a political purpose of decriminalizing character. We will be raising the risks that the existence of an elitist criminal law entails for the social and democratic state of law.

**Key words:** criminal reforms, judicial interpretation, principle of legality, criminal policy, poverty, social exclusion, political aim.

**Rec.:** 23-09-2024 **Fav.:** 06-12-2024

## I. EL NACIMIENTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

A los pocos años de que aprobarse la Constitución de 1978<sup>1</sup>, un gobierno presidido por el Partido Socialista, consiguió que el Parlamento aprobara la *LO 10/1995, de 23 de noviembre*, que dio lugar al nacimiento del *Código penal de la democracia*, también reconocido como la *Constitución en negativo*<sup>2</sup>, desde cuya *Exposición de Motivos* se justifica su nacimiento en la imperiosa necesidad de adaptar el arsenal punitivo existente entonces a “los valores constitucionales”, al amparo de las modificaciones de “orden social, económico y político”, pues a pesar de las reformas parciales que había sufrido el texto refundido del Código penal heredado del franquismo, lo cierto era que el joven Estado social y democrático de derecho diseñado por la Constitución exigía un Código de nueva planta, que asumiera en sus propios mimbres los valores, principios y, en esencia, el modelo político —criminal— subyacente a aquella. Desde este pórtico se dejaba sentado el carácter dialéctico con el que el legislador afrontaba la tarea de elaboración del Código penal constitucionalizado en la medida en que se enfrentaba a “la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de

delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser”.

Dos son los ejes principales sobre los cuales giraba —y gira— la *Exposición de Motivos* del entonces nuevo Código penal: por un lado, el principio de lesividad exigía —y exige— que la ley penal se adapte al conjunto de bienes jurídicos que más o menos expresamente encuentran cobijo en el texto constitucional contextualizado en el concreto momento histórico que vivimos; por otro, el de necesidad de pena, que convierte así al Código en la *ultima ratio* del Derecho sancionatorio y a la prisión en la *ultima pena* —abolida la pena de muerte “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”<sup>3</sup>. De esta forma, cumplía el legislador penal con su obligación de adaptar el “sistema” a “los objetivos que la Constitución le asigna”<sup>4</sup>.

Así, en la primera línea, el Código penal de 1995 introdujo delitos —entonces tan modernos y progresistas— como los de discriminación laboral, contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, o las manipulaciones genéticas, al tiempo que derogaba otras figuras delictivas rígidamente formalizadas (como la expedición de medicamentos sin prescripción facultativa) o difíciles de interpretar desde el catálogo de bienes jurídicos moderno del que dependía su intervención (como los delitos de proxenetismo lucrativo con el ejer-

1 Antes se habían elaborado varias propuestas que no terminaron de cuajar. La primera que inauguró la saga fue la contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, de cuya fecha se pone de manifiesto que los trabajos preparatorios del mismo comenzaron en 1978.

2 Si se adentra en el contenido del Código se comprueba simultáneamente como la Constitución no solo fue el espólón que permitió que aflorara el nacimiento del conjunto del Código penal sino que el *modelo político* diseñado en su interior es objeto directo de protección dentro del Título XXI en el que como se castigan “los delitos *contra* la Constitución”. Vid. por todos: GARCÍA RÍVAS, N., “Delitos contra la Constitución”, en ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del de Derecho penal. Parte especial*, TOMO III, Volumen II, ed. Lutel, Madrid, 2023, pp. 287 y ss.

3 Posteriormente, la *LO 11/1995*, de 27 de noviembre, abolía la pena de muerte en tiempo de guerra.

4 VIVES ANTÓN, T.S., “Reforma política y Derecho penal”, en el mismo, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 91.

cicio de la prostitución ajena y la tercería locativa que guardaban una innegable relación con la moral pero no con la libertad —sexual—<sup>5</sup>). Se tendió, en definitiva, a imbricar los principios de lesividad y de ofensividad.

Si se presta atención al segundo de los ejes citados, puede decirse que “sistema de penas” es algo mucho más amplio que mero “catálogo de penas”. Por tal puede entenderse el conjunto de mecanismos en virtud del cual, en el marco de la Constitución, el Código penal adecuaba el arsenal punitivo a aquel momento histórico, en el que la pena de prisión necesariamente debía empezar a ceder su papel protagonista del arsenal punitivo a otras penas. De ahí la importancia que adquirieron entonces los arrestos de fin de semana o los trabajos en beneficio de la comunidad o los mecanismos de suspensión y sustitución de penas. Se reconocía de esta forma que, en aquel momento y en aquellas condiciones, difícilmente la pena privativa de libertad podía cumplir más que el fin de retención y custodia de detenidos, penados y presos a los que, como fines secundarios de la pena privativa de libertad, hace referencia el art. 1 de la *LO 1/1979, General Penitenciaria*.

Aquellos aires constitucionales que empujaron el nacimiento del Código penal de la democracia y la lógica de ese Código penal mínimo debían haber determinado que con el paso de los años, paulatinamente, siguieran destipificándose viejas conductas e incluyéndose otras encaminadas a proteger nuevas necesidades de tutela y que siguiera minimizándose el catálogo de consecuencias jurídicas, buscando alternativas a la privación de libertad.

No obstante, la situación actual dista mucho de obedecer a un programa político criminal coherente, es más: sufre de algún trastorno. Basta atender a los mo-

mentos en los que esas reformas se han ido produciendo para comprobar que no obedecen a un calendario social de necesidades de tutela sino a otro tipo de finalidades. Así, la reforma del Código operada por la *LO 1/2015* que sin ambages puede ser considerada la más reaccionaria de todas las que han venido a modificar el Código penal de la democracia, dio lugar a un periodo de cuatro años en los que no se volvió a modificar el Código. El motivo que viene a justificar este cambio puede ser que tras la incorporación de la prisión permanente revisable se transmitía una imagen de un Código tan duro que se esperaba que la prevención general negativa actuara por sí sola. Sin embargo, entre 2019 y julio 2023, se aprobaron 20 reformas del Código, vulgarizando completamente el recurso a un mecanismo que debería ser excepcional.

## II. CONDICIONANTES DE LAS REFORMAS SUCESIVAS

### II.1. La voluntad del legislador y la alegoría punitivista

Recién entrado en vigor el Código, comenzó un lento proceso de reforma de su contenido, afectando a artículos que en muchas ocasiones no había dado tiempo a que fuesen aplicados<sup>6</sup>. De esa evolución existen vestigios dentro de las exposiciones de motivos que es costumbre que antecedan al texto articulado y que al tiempo que permiten con facilidad el análisis de la voluntad del legislador y conocer las razones últimas que le llevan a incorporar los singulares cambios anunciándolos<sup>7</sup>, ofrecen una ocasión inigualable para entablar —sin el riguroso corsé que imprime el texto articulado— una suerte de diálogo con la ciudadanía en el que

5 Años después estas conductas vuelven a estar de actualidad. *Vid.* MAQUEDA ABREU, M.L., y POMARES CINTAS, E., “Mujeres: entre la igualdad y un nuevo orden moral”, en *Mientras tanto*, 27 de marzo 2022 (<https://mientrastanto.org/210/notas/mujeres-entre-la-igualdad-y-un-nuevo-orden-moral/>).

6 Ello a pesar de que hay otros que, pasado el tiempo, todavía no ha sido aplicado: paradigmático es el delito de discriminación laboral del art. 314. *Vid.* TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral: análisis del art. 314 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

7 Carecía de Exposición de motivos la *LO 20/2003*, que directamente procedía a castigar al presidente de una Comunidad Autónoma que convocara elecciones o consultas populares, a quienes participaran como «interventores en las mismas», así como a «la autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión». Posteriormente la *LO 2/2005* procedió a su derogación. Son interesantes de leer las consideración que realizan las partes y el Tribunal Supremo en su Sentencia 20907/2017, de 14 de octubre de 2017, en la que las defensas alegan como argumento exoneratorio de los actos que han tenido lugar en el marco del *Proceso* la derogación entonces del delito de convocatoria de un referéndum ilegal, concluyendo el Tribunal que “El precepto derogado, por tanto, no alteraba las reglas de solución del más que previsible concurso normativo cuando la vulneración de las modalidades de referéndum tuviera por objeto la derogación de la Constitución de 1978 y consiguiente abolición de la Monarquía parlamentaria como forma de Estado. En definitiva, los hechos enjuiciados son algo más que un conflicto competencial entre autoridades estatales-centrales y autonómicas— que pugnan por la competencia para organizar o prohibir una consulta popular. En el presente caso, de lo que se trataba era de hacer posible un referéndum que condujera, con la ayuda de la movilización ciudadana, a destruir las bases fijadas por el poder constituyente”.

se expresan las finalidades perseguidas con los cambios cumpliendo así de paso con la función de prevención general positiva de las leyes penales<sup>8</sup>.

Con la aprobación de la *LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y la Seguridad Social*, se produjo un cambio muy sutil en la medida en que se dejó de hacer referencia a la “exposición de motivos”, y se comenzó a referirse a esa parte de la ley como “preámbulo”. Más allá del cambio literal, de una expresión por otra, lo cierto es que como tal preámbulo, más que justificar y establecer conversión alguna con los destinatarios de la norma, el legislador presenta sus reformas, sin tener ya mucha necesidad de justificarse<sup>9</sup>. Eliminada entonces la necesidad de diálogo (reflejo en el ámbito penal de la función de prevención general positiva que cumplen las leyes penales), las sucesivas reformas del Código penal han utilizado su singular preámbulo para hacer ingeniería legislativa, dejando sentados argumentos defensivos que posteriormente puedan frenar una determinada interpretación y en particular, una declaración de inconstitucionalidad: de ahí que, de las bellas palabras del legislador de 1995, se haya pasado a los tecnicismos del Preámbulo de la *LO 14/2022*<sup>10</sup>.

Pues bien, la lectura seguida de todas esas exposiciones de motivos y preámbulos como se verá a continuación permite concluir paradójicamente afirmando que algunas de las sucesivas reformas que se han llevado a cabo no calzan con los motivos expresados en la exposición de la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*. En términos generales basta pensar que se ha tratado de reformas que han tendido a castigar

más conductas con penas de prisión, mientras que son escasas las reformas que verdaderamente han tenido una finalidad descriminalizadora.

Entre estas últimas en todo caso deben tenerse en consideración las singulares materias a las que han estado referidas<sup>11</sup>. Así, las primeras leyes de reforma que vinieron progresivamente a reducir las penas y a eliminar *a posteriori* delitos deben resaltarse las *LLOO 7/1998, de 5 de octubre, y la 3/2002, de 22 de mayo*, que derogaron los delitos relativos al servicio militar y la prestación social sustitutoria (arts. 527 y 604), que una vez profesionalizado el ejército español, habían perdido su razón de ser. En segundo lugar, la *LO 2/2005, de 22 de junio* derogó los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis, que habían sido introducidos en el Código por la *LO 20/2003, de 23 de diciembre* con la expresa finalidad de castigar la convocatoria de un referéndum ilegal<sup>12</sup>. Por su parte, la *LO 2/2010, de 3 de marzo* derogó el viejo sistema de indicaciones en el aborto a favor de otro de plazos<sup>13</sup>. En este grupo también debe incluirse la *LO 5/2021, de 22 de abril*, de derogación del artículo 315.3 que hasta entonces protegía el derecho de quienes no querían ejercer su derecho de huelga, castigando a quien, amparándose en su derecho fundamental al derecho de huelga, arengaban a otros a secundarla mediante los medios a los que allí se describía<sup>14</sup>. Mención específica merece la reforma de los delitos contra la libertad sexual, a través de la *LO 10/2022, de 6 de septiembre* que ha despenalizado el delito de abuso sexual con engaño del viejo art. 182, entendiendo que en su origen se trataba de castigar las relaciones sexuales con engaño con persona de 14 a 16 años que normalmente guardaba relación con la falsa promesa de matrimonio<sup>15</sup>. Estas mismas reflexiones generales realizadas desde la perspectiva del principio

8 La prevención general no es sin embargo función exclusiva que tengan que desempeñar solo las leyes penales: es el conjunto del ordenamiento y de las políticas que se adoptan las que están dirigidas a ese fin.

9 ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Lustel, Madrid, 2016, p. 32.

10 Vid., CARBONELL MATEU, J.C., “Los proyectos de reforma penal en España: un retroceso histórico”, *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico* 14/ 2013, pp. 280 y ss.

11 A la despenalización también se llega con la admisión de las excusas absolutorias en los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.3) y en los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288 bis).

12 Vid. nota 5. Interesante resulta la trascendencia que ha tenido en la STS 459/2019, de 14 de octubre, que condenaba los líderes del movimiento independentista catalán la tipificación y posterior destipificación de esta conducta.

13 Como se verá a continuación, declarada constitucional a través de la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023.

14 Basta recordar ahora los hechos que dieron lugar a la Sentencia 57/2016, de 16 de febrero, del Juzgado de lo Penal número 1 de Getafe, que terminó absolviendo por falta de prueba y por vulneración del principio acusatorio a ocho trabajadores de Airbus por unos hechos que tuvieron lugar con motivo de la huelga general convocada a nivel nacional para el 29 de septiembre de 2010: por las fechas, se puede inferir la situación en la que los imputados vivieron durante casi seis años, con una petición fiscal por delitos de atentados, lesiones y contra los derechos de los trabajadores. El sometimiento durante todos esos años a la espada de Damocles de la pena es una pena anticipada (TERRADILLOS BASOCO, J.M., “De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la Sentencia sobre el caso “los 8 de Airbus”, *Revista de Derecho Social*, 73/2016, pp. 217 y ss.

15 Los cambios operados por la *LO 10/2022* son mucho más amplios. Sobre este modelo posteriormente la *LO 4/2023*, sin desgajar ni separar en varias figuras delictivas el delito de abuso sexual, ha venido a incorporar escalas de punición en cuanto a los medios comisivos empleados por el autor. Vid. por todos FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018..

de intervención mínima y “de las figuras delictivas que han perdido su razón de ser” deben servir para analizar el paquete legal despenalizador de los delitos de sedición, la última reforma del delito de malversación y la amnistía que, sin embargo, requieren de un pronunciamiento más profundo.

A ellas debería unirse la eliminación del contenido del Libro III en el que se castigaban las faltas. Así, el Preámbulo de la LO 1/2015, justificaba la eliminación de las faltas señalando ya que “si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves”, sin duda alguna en términos generales se trató de una reforma que venía orientada “por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”. Lo cierto es que el número de faltas convertidas en delitos leves es superior a las que han salido del Código penal, consiguiendo de esta forma alejarse del concreto objetivo perseguido.

La lectura de todas estas leyes derogadoras de delitos solo se justifica ampliamente atendiendo al proceso establecido en la Exposición de motivos del Código de 1995 porque se ha procedido a eliminar delitos que han perdido su razón de ser, esto es, porque los bienes jurídicos que los sostenían han determinado su salida. Y sin embargo, este mismo razonamiento quiebra cuando se analizan algunos de los nuevos delitos llegados al Código penal, en los que no se aprecia la nueva necesidad de su tutela en el marco de los principios de lesividad y de ofensividad, y sí una enorme necesidad de alcanzar réditos electorales. Y en esa trampa han caído partidos de uno y otro signo político.

### II.2 La transparentada dicotomía entre el principio de legalidad y la discrecionalidad judicial

Consecuencia de muchas de las reformas emprendidas ha sido la limitación de la discrecionalidad judicial, lo que ha generado el efecto bumerán de propiciar una actitud defensiva del poder judicial, algunos de cuyos miembros han adquirido un protagonismo hasta ahora desconocido.

Así, por un lado, pueden analizarse las reformas en materia de penas llevadas a cabo por las *LLOO 7/2003*

y *1/2015* aprobadas durante dos Gobiernos distintos del Partido Popular, que haciendo alegoría de las demandas sociales de mayor castigo (lo que es sinónimo de populismo punitivo), se han jactado de mostrar su desconfianza hacia el poder judicial que ha emitido resoluciones que han ido en pro de la libertad de los penados y —en virtud de un simplista silogismo— en contra paralelamente de los derechos de las víctimas<sup>16</sup>. El hecho de que en ambas reformas hayan tenido un papel protagonista los familiares de las víctimas de los asesinatos tan crueles como dolorosos para toda la opinión pública puede venir a amortiguar los excesos verbales incorporados a sus exposiciones de motivos y preámbulo, respectivamente. En ambas es constante la referencia al marco penal constitucional. Así, en su punto I de la LO 7/2003 se hace referencia a los arts. 9.3 y 25 de la Constitución, a los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica; también en el punto IV se proclaman “los principios constitucionales de cumplimiento de las penas” y se afirma que en la práctica, “las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, para vulnerar dichos principios y convertirse por parte de los terroristas en instrumentos que utilizan a su favor en su constante vulneración de las reglas del Estado de Derecho”. Se guarda silencio no obstante en torno al principio constitucional esencial en materia de ejecución de penas: el principio de resocialización del delincuente, el verdadero caballo de batalla de la reforma. Por su parte, la LO 1/2015 que introdujo la prisión permanente revisable parte de “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, lo que “hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”<sup>17</sup>. En cualquier caso, el preámbulo se encargó de calificarla como una pena “excepcional”, que llega al Código para castigar los delitos más graves, que son aquellos para los que “los ciudadanos demandan una pena proporcional al hecho cometido”.

Pero también merecen ser resaltadas las *LLO 2/2019* y *11/2022* ambas aprobadas parlamentariamente durante Gobiernos del Partido Socialista y en cuya aprobación tuvieron un gran protagonismo asociaciones de ciclistas que asesoraron a los proponentes de las refor-

<sup>16</sup> En este contexto de endurecimiento de la respuesta punitiva, que se constata al leer las expresiones que usa el legislador para hablar con quienes cometen delito (como «cumplimiento íntegro», «prisión efectiva», «respuesta contundente» o «preso»), llama la atención la confianza que deposita en el recluso, de quien espera que, arrepintiéndose y colaborando con él, se convierta en su aliado, salvando por él la constitucionalidad de la propia pena.

<sup>17</sup> Como es sabido, en el origen de esta reforma se encuentra la anulación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la “Doctrina Parot”, a la que se hará referencia posteriormente.



mas<sup>18</sup>. La primera de ella fundamenta el agravamiento de la respuesta penal —que es el objetivo que persigue— basándose en una “importante demanda social” ante los accidentes que sufren ciclistas y peatones, de ahí que se lleve a cabo una “interpretación auténtica” de la imprudencia menos graves, restando de esta forma valor a la interpretación judicial de los hechos<sup>19</sup>. Semejante automaticidad no queda ni remotamente justificada, sobre todo cuando más adelante se señala que “lo que se quiere sancionar en este caso es la malicia intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas [...] y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico”. Como puede ver se trata de una política criminal que pretende despertar los sentimientos de la ciudadanía<sup>20</sup> y que no tiene en cuenta que el bien jurídico protegido no puede estar bañado de tamaña subjetividad, sino que debe ser buscado entre la vida, la salud y la propia seguridad vial.

La misma senda político criminal transita la *LO 11/2022*. En efecto, poniendo de manifiesto por todo argumentario la experiencia de la Mesa Española de la Bicicleta concluye en la necesidad de la reforma del Código pues tiene en consideración que “por la rutina de los tribunales” consideran determinadas imprudencias como leves que quedan por tanto fuera del Código penal. En todo caso, se excusa afirmando que “el texto legal no pretende restarle al juez la facultad de apreciar si se cometió una imprudencia, ni la de si se cometió o no una infracción administrativa grave”, “ni tampoco establecer el nexo causal entre el acto imprudente y el resultado de muerte o de lesiones relevante”, pero deja claro que su finalidad es en la línea de su antecesora “establecer *ope legis* que, en todo caso, si el juez

o tribunal determinan que hubo una imprudencia conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor concurriendo una infracción grave las normas..., la imprudencia ha de ser calificada, como mínimo, como imprudencia meno grave, pero nunca como leve”<sup>21</sup>.

Como puede verse, común a estas cuatro leyes de reforma del Código es la progresiva desconfianza hacia la labor de interpretación de la letra de ley por parte de jueces y tribunales, lo que ha forzado al legislador a incluir cambios que tienden precisamente a evitar la discrecionalidad judicial apoyándose en el principio de legalidad, la seguridad jurídica y en la necesidad de evitar interpretaciones favorables al reo.

La gravedad de estas decisiones ha sido resaltada con claridad por MARTÍN PALLÍN “el Poder Judicial juega un papel insustituible en el desarrollo y protección de las libertades fundamentales. Privarle de estas facultades, limitando sus posibilidades de ajustar e interpretar las normas con arreglo a los principios constitucionales, no puede hacerse sin deteriorar el esquema de la división de poderes y sin el riesgo de volver a situaciones, que creemos superadas, en las que se proclamaba la unidad de poder y la diversidad de funciones”<sup>22</sup>.

No se sabe si todas estas reformas que poco a poco han venido a reducir el ámbito de la interpretación judicial pueden estar detrás de la revuelta de un sector del poder judicial. Tampoco puede dejarse a un lado el hecho de que, durante estos tiempos convulsos, un sector de la judicatura ha querido ocupar un espacio político que hasta ahora no tenían, a través de concentraciones en las puertas de los edificios judiciales togados, convirtiéndose en comentaristas habituales en los medios de comunicación, en ministros y altos cargos del gobierno. El hecho de que no se puedan contar las ocasiones en las que nuestros jueces y tribunales en aplicación de la previsión del art. 4.2 y 3<sup>23</sup>, se han dirigido al Gobierno exponiéndoles sus dudas sobre la pro-

18 Vid. por todos SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., “Análisis crítico del delito de abandono del lugar del accidente (artículo 382 bis del Código Penal Español)”, *Revista de derecho y proceso penal*, 58/2020, pp. 117-138.

19 La reforma consistió en considerar imprudencia grave la “conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 determinara la producción del hecho (la muerte)”. Es curioso que al tiempo que limita la interpretación judicial en la valoración de la imprudencia menos grave repita por dos veces que la redacción “permitirá al juez o tribunal” imponer penas de elevada duración.

20 Respecto a la entonces nueva conducta del art.382 bis de abandono del lugar del accidente, DE VICENTE MARTÍNEZ (*Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, Reus, Madrid, 2019, p. 123) concluía que “no era necesario introducir un nuevo tipo penal en nuestro texto punitivo, bastando con reformar el vigente art. 195 si lo que realmente se quería era penalizar la huida del lugar del accidente o bien, remitir esta materia al ámbito del derecho administrativo sancionador reforzando las sanciones.

21 A esto debe unirse las consecuencias que se prevé se producirán en el ámbito procesal: esto es, que “no sea preceptivo estar asistido por abogado y procurador y que el proceso de juzgue por un juez de instrucción” aunque añade “sin menoscabo de todas las garantías para la víctima”.

22 MARTÍN PALLÍN, J.A., “Democracia sin complejos”, *Diario El País*, 18 de enero de 2003.

23 Que, como es sabido, permiten al juez o tribunal que “en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debería ser objeto de sanción penal”, así como a acudir “al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resuelte pensada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal, no debiera

tección o no de un bien jurídico y/o el castigo con una determinada pena de conductas singularizadas, pone de manifiesto que la partida judicial se ha jugado en un tablero distinto al previsto.

De la mano de estas razones que han dado lugar a cambios significativos del Código penal puede comprenderse que se corre el riesgo de haber sustituido la política criminal articulada en base en sólidos estudios de corte criminológico por una política populista que probablemente llegue mejor a la ciudadanía pero que no está contrastada y que está huérfana de límite alguno pues los sentimientos, sentimientos son. Con todo, los fines preventivos generales positivos que persiguen las leyes penales se invierten y se convierten en fines preventivo generales negativos que persiguen no ya vencer a la ciudadanía, sino mantenerla asustada: cohibida, convirtiendo el castigo en espectáculo y por tanto, los condenados en meros actores de una pantomima<sup>24</sup>.

### II.3 La comedida intervención del Tribunal Constitucional en temas penales

El Tribunal Constitucional ha tenido que resolver distintos recursos de inconstitucionalidad y cuestiones de constitucionalidad sobre asuntos de naturaleza penal<sup>25</sup>. El análisis de todas ellas arroja una valoración claramente conservadora de la letra de la ley recurriendo todo lo más a marcar el camino de la interpretación a realizar por parte de quienes están llamados a aplicarla<sup>26</sup>. Solo dos de esos pronunciamientos han declarado la inconstitucionalidad de dos delitos que estaban en el texto originario.

La primera de ellas es la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que resolvió la cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona declarando la inconstitucionalidad del art. 607.2 por la inclusión en aquella versión del delito de genocidio “de la expresión ‘nieguen o’ en el primer inciso del entonces art. 607.2”<sup>27</sup> al tiempo que declaraba la constitucionalidad del primer inciso del artículo 607.2 que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio de acuerdo con la interpretación que lleva a cabo la propia Sentencia que se convirtió en este punto en una sentencia interpretativa<sup>28</sup>. Por ello declara la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del derecho a la libertad de expresión entendiendo que “nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”.

Posteriormente también por la vía de la cuestión de constitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Penal n. 6 de Granada la STC 101/2012, de 8 de mayo declaró la inconstitucionalidad del art. 335 en la redacción dada por la *LO 10/1995*<sup>29</sup>. Se da la circunstancia de que antes de que se hiciera público esta declaración, el art. 335 ya había sido modificado por el legislador corrigiendo los aspectos relacionados con el carácter en blanco del precepto que fundamentaban la declaración de inconstitucionalidad. El hecho de que la declaración de inconstitucionalidad se produjera estando ya la nor-

---

serlo, o cuando la pena se notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”. En esta línea puede verse la Exposición de Motivos de la *LO 5/2010*, en la que se justifica la inclusión de la atenuación de la pena en el delito de tráfico de drogas “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable” basándose “en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda 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 concorra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis, 370 y siguientes».

24 ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., p. 90.

25 Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en asuntos penales a través de los recursos de amparo son muy elevados: sin duda. Vid, como ejemplo, la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015. Recurso de amparo 956-2009 respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central Penal que condenaron a los recurrentes por un delito de injurias a la Corona por supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión: quema pública del retrato de los Reyes constitutiva de una incitación al odio.

26 DÍAZ REVORIO, F.J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 53.

27 Que establecía: “2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

28 Así afirmaba que “lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero), constituye un límite infranqueable para el legislador penal”.

29 El art. 335 castigaba con pena de multa de cuatro a ocho meses a “el que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”.

ma derogada vino a poner de manifiesto la falta de trascendencia de la sentencia.

El resto de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional han sido a favor de la constitucionalidad de la norma.

Entre ellas, deben ser analizadas de forma conjunta las sentencias del Tribunal Constitucional en la que se consagró la constitucionalidad de la reforma penal llevada a cabo por la *LO 1/2004 de protección integral frente a la violencia de género*<sup>30</sup>. La primera de ellas fue la 81/2008, de 17 de julio. Esa declaración de constitucionalidad se produjo al coste de transmitir una imagen victimista y vulnerable de todas las mujeres por el hecho de serlo desde el momento en el que establecen relaciones sentimentales con los hombres, al dejar sentado que el sexo de los sujetos activos y pasivos es “causa” de la mayor ofensividad de la conducta, no mero factor que incremente el riesgo, sin admitir la prueba en contra<sup>31</sup>. El Tribunal Constitucional pasó de puntillas sobre la espinosa cuestión de la selección de las figuras delictivas limitándose a afirmar en su Sentencia 81/2008, de 17 de julio que esa selección legislativa es fruto de una decisión de política criminal que le corresponde hacer al legislador en exclusiva en virtud de su legitimidad democrática<sup>32</sup>. En este sentido, llama la atención el hecho de que en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, el Tribunal calificara en varias ocasiones como “intolerable” la violencia que sufre la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja. Con ello, quizás se olvidaba que no se le preguntaba si es o no “tolerable” dicho fenómeno, en eso se estaba —y se está— completamente de acuerdo: lo que se le preguntaba era si es o no *constitucional*. Y su respuesta, en este punto, no fue tan clara, ni tan rotunda, en la medida en que alegó sencillamente que no es su misión suplir la “competencia exclusiva del legislador”, dada su legitimidad democrática. A pesar de que pueda parecer obvio que sólo al legislador compete la elaboración del catálogo de bienes jurídicos a proteger y la sanción de los mismos, olvidaba el Tribunal que, en un Estado social y democrático de derecho, sólo él puede declarar si una ley es además de “democrática”, de “derecho”, que fue precisamente lo que se le había preguntado.

Por su parte, la STC 44/2023, de 9 de mayo ha venido a resolver el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010 presentado el 1 de junio de 2010 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en relación con diversos preceptos de la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, por supuesta violación del derecho a la vida garantizando finalmente la constitucionalidad del sistema del plazo teniendo en cuenta que “el respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1), exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación.”, añadiendo en relación con la alegada «renuncia del Estado a la sanción penal» durante las primeras catorce semanas del embarazo que “hemos de recordar que la tutela de la vida prenatal continúa articulándose por vía penal (arts. 144, 145 y 145 bis CP) incluso durante este periodo inicial en todos aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo se lleve a cabo sin respetar las condiciones y requisitos exigidos por la Ley Orgánica, señaladamente cuando se lleve a cabo sin el consentimiento libre de la mujer embarazada”<sup>33</sup>.

En materia de penas, ya el Tribunal Constitucional se había manifestado declarando la constitucionalidad de la *Doctrina Parot* en su Sentencia 114/2012, de 24 de mayo, en la línea de interpretación realizada por la STS 197/2006, de 20 de febrero que vino a admitir la prolongación del tiempo de cumplimiento de los condenados a varias penas en concurso real en aplicación del Código penal de 1973. La lectura conjunta de ambas sentencias permitía constatar el contagio del fervor punitivista de parte de la sociedad, convirtiéndose en uno de sus máximos defensores<sup>34</sup>. No puede desconocerse que en el fondo de la cuestión, se estaba invocando una especie de intento de defensa del Estado de «derecho» frente a las decisiones judiciales «inhumanas» (¿) que en su opinión desconocen los sentimientos de las víctimas de los delitos de terrorismo. Tuvo que

30 En torno al art. 148, *vid.* la Sentencia 41/2010, de 22 de julio de 2010; sobre el art. 153, *vid.* por ejemplo la 59/2008, de 14 de mayo de 2008; respecto al art. 171.4, *vid.* la 45/209, de 26 de mayo, y en torno a la constitucionalidad del art. 172.2, *vid.* la 127/2009, de 26 de mayo.

31 LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 13. En el mismo sentido que la Sentencia comentada se manifestó antes FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, 17/2006, p. 90.

32 Recordando que la LO 1/2004 se aprobó con el voto unánime de los Partidos Políticos en el Parlamento.

33 Lo cierto es que ya la STC 53/1985, de 11 de abril dejaba abierta la constitucionalidad al sistema del plazo, más allá del sistema de las indicaciones entonces examinado.

34 ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., p. 249.

venir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 21 de octubre de 2013 (*Caso Del Río Prada v. España*, número de recurso 42750/09) a declarar dicha doctrina contraria al Convenio por la violación del derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5) y la vulneración del principio de legalidad (art. 7)<sup>35</sup> para que aquellas personas recuperan su libertad saliendo de los Establecimientos penitenciarios.

Con estos precedentes, puede entenderse que tras seis años de espera, haya sido tan impactante la STC 169/2021, de 6 de octubre en la que se ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad 3866-2015 presentado el 30 de junio de 2015<sup>36</sup> por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; IU, ICV-EUiA, CHA; La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV) y Mixto sobre la pena de prisión permanente revisable por prohibición de penas inhumanas o degradantes; derechos a la libertad personal en conexión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, y a la legalidad penal; mandato de resocialización de las penas. También en este caso la respuesta ha sido la de garantizar la constitucionalidad de la pena en todos sus términos con un par de limitaciones interpretativas que ponen su atención en el principio de reinserción social del condenado<sup>37</sup>. El transcurso del tiempo ha sido un elemento que ha jugado a favor de la propia declaración de constitucionalidad de la pena, en la medida en que se ha llegado a normalizar el hecho de que las personas condenadas por los delitos que mayor atención acaparan por parte de los medios de comunicación (en esencia, asesinatos de mujeres precedidas de violación y de niños y seres indefensos) inmunizada ya ante la crueldad de la pena. Es más, pasados estos años, ni si quiera los partidos políticos que han conformado el Gobierno español durante la última legislatura se han percatado de que tenían las mayorías parlamentarias para sacar adelante una reforma del Código penal que la eliminara, porque el tiempo de vigencia de la pena también ha servido para que la clase política haya aprendido a convivir con ella. Y es que podrá convenirse en que una cosa es que para el Tribunal

Constitucional la pena de prisión permanente revisable sea una pena constitucional y otra que estéticamente deba formar parte del Código penal español: esta es, como afirma el Tribunal Constitucional, una decisión de política criminal en la que ni si quiera él está autorizado a interferir.

El coste político de la garantía de la constitucionalidad de todas estas cuestiones no puede desconocerse. La duda que se suscita a la vista de algunos de estos pronunciamientos es si el Tribunal Constitucional ha cumplido con su función como garante de la constitucionalidad de las leyes que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico o si más sencillamente se ha limitado a *gestionarla*<sup>38</sup>.

### III. ¿EXISTE UN MODELO POLÍTICO CRIMINAL COHERENTE EN EL PROGRAMA DEL LEGISLADOR PENAL DEL SIGLO XXI?

#### III.1 Acercamiento

La pluralidad de cambios legislativos y la distinta orientación político criminal que sostiene a cada uno de ellos impide hacer una valoración conjunta del Código penal del siglo XXI, el heredero del *Código penal de la democracia de 1995*. En términos generales puede decirse que a pesar de que las sucesivas reformas han tenido un marcado carácter punitivista, acaba de cortocircuitarlo el pack de reformas implementadas para hacer frente a las responsabilidades penales derivadas del denominado *Procés*. Ello conduce a afirmar que hoy contamos con un *modelo político criminal bipolar*, en virtud del cual, si bien, cuando se trata de hacer frente a los hechos cometidos en razón de la pobreza, la marginalidad y la exclusión social se opta por el recurso a la prevención general negativa como forma de inhibir a la ciudadanía de la comisión de delitos frente a una delincuencia que resulta molesta a los ojos de la mayoría social, mientras que cuando se trata de hacer frente a los delitos cometidos por quienes actúan con una finalidad política, se recurre a la prevención general positiva, y con ella a la despenalización de comportamientos<sup>39</sup>. *A priori*, desde el punto de vista que aquí se ve, la vía

35 Como consecuencia de la rectificación en toda regla sufrida por nuestro país a manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la LO 1/2015 introdujo en el Código penal la pena de prisión permanente revisable, heredera de aquel espíritu.

36 Mismo día de entrada en vigor *las LLOO 1 y 2/2015* y, con ellas, de la pena de prisión permanente revisable.

37 Siempre a vueltas con la reinserción social, el verdadero caballo de batalla de las reformas penales que tienen en consideración la privación de libertad como castigo. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., pp. 207 y ss.

38 Ampliamente, ACALE SÁNCHEZ, M., "La elasticidad de las penas de prisión sin fin objetivo previsto en el banquillo de la constitución: los casos de España y Colombia", SIMÓN CASTELLANO, P., TUDELA ARANDA, J. (dirs.), *El poder creador de los tribunales constitucionales. Interpretaciones vivas y paradojas en perspectiva comparada*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2024, pp. 401 y ss.

39 Poniendo el acento en estas dos parcelas de la criminalidad se es consciente de que se renuncia a otras de marcado carácter político criminal. Así, en el ámbito de la criminalidad económica, la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la LO 5/2010 es un ejemplo de la ampliación de la intervención penal en este caso por la vía de ampliar los sujetos responsables. Los cambios habidos en materia económica tampoco pueden dejarse a un lado. Ni tampoco los que se han producido en el ámbito de la crimi-

la despenalización es la que calza a la perfección con las previsiones de la Exposición de motivos del Código de 1995. Sin embargo, para ser creíble que la finalidad perseguida por el legislador con la reforma de la malversación, la eliminación de la sedición y la incorporación al Código de la amnistía ha sido la de eliminar figuras delictivas que han perdido su razón de ser y no otras de carácter más pragmático, es preciso un análisis más profundo.

### III.2 Tratamiento penal de los hechos cometidos en razón de la pobreza, la marginalidad y la exclusión social: criminalización de nuevas conductas

Tras la aprobación de la *LO 10/1995*, las sucesivas reformas que se han llevado a cabo para contener los delitos funcionales a la pobreza, la marginalidad y la exclusión social se han separado de las previsiones relativas al principio de intervención mínima y a la Constitución de 1978 contenidas en la Exposición de motivos de aquel, ampliando el arco de comportamientos constitutivos de delito, así como la gravedad de las sanciones a imponerles a sus autores<sup>40</sup>. El castigo de este conjunto de conductas es aún más sobresaliente cuando se recuerda que, por otra parte, la reforma del Código operada por la *LO 6/2022* ha incorporado dentro del art. 22.4 como causal de la discriminación que da lugar a la agravación de la pena las razones de “aporofobia o de exclusión social”<sup>41</sup>. Agravar la pena al autor que comete un delito por motivos de aporofobia o exclusión social y no tener en cuenta que algunas figuras delictivas castigadas por el Código se dirigen a las personas pobres que están excluidas socialmente, lo que las lleva a cometer delitos funcionales a su paupérrimo nivel de vida, debería ser replanteado. En este sentido, urge pues que las razones de pobreza o de exclusión social

sean incluidas también dentro del catálogo de circunstancias atenuantes cuando concurran en el autor.

Tras la reforma operada por la *LO 1/2015*, el art. 270.4 castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional “en todo o en parte, de una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”. El propio artículo añade una cláusula en virtud de la cual se atenúa la pena por las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico<sup>42</sup>.

Debe resaltarse que se trata de uno de los comportamientos que hasta la aprobación de la *LO 1/2015* era constitutivo de falta penal convertida por ella en un delito leve, valoración que aleja esta reforma del principio de intervención mínima referido en la Exposición de Motivos de la *LO 1/1995* del Código penal, como se señalaba anteriormente.

Y es que desde el punto de vista del principio del bien jurídico y del de dignidad personal, nada hubiera impedido que fuera una conducta sancionada administrativamente<sup>43</sup>, o si con ocasión de la misma se atenta contra la propiedad intelectual, a través de la Ley 1/1996, de 12 de abril, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, o si es el caso de la propiedad industrial, por medio de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, despenalizando un conflicto que se ceba con un determinado grupo de personas, en la mayoría de los casos inmigrantes en situación administrativa irregular que ven convertido en delito el único medio de subsistencia que tolera una sociedad europea cerrada a quienes fuera de ella sueñan con una vida más digna en el viejo continente. El

---

nalidad funcional. Y otros han puesto de manifiesto como el acercamiento criminológico entre la criminalidad económica y la funcional obliga a reforzar el tratamiento penal conjunto de las figuras delictiva dispuestas para hacerles frente.

40 Sin duda alguna deben resaltarse sentido positivo la inclusión a través de la reforma operada por la *LO 5/2010* en el delito de tráfico de drogas el párrafo 2º del art. 368 en el que se establece la posibilidad de que en los casos de los delitos del tipo básico, se atenúe la pena en un grado “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

También *a priori* la eliminación de las faltas pareció una vía para despenalizar comportamientos. Así, se afirma en el preámbulo por la *LO 1/2015* que “la reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”. Sin embargo, cuando se adentra en la reforma operada, se aprecia que la vía de la supuesta eliminación de las faltas, en realidad, ha sido una forma de endurecer la respuesta penal, en la medida en que, en vez de haber pasado en bloque a convertirse en infracciones no penales, la mayor parte de ellas hoy tienen la consideración de delito leve.

41 Razones que también han sido incluidas en los puntos 1 y 2 del artículo 510.

42 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/ 2018, pp.. 26 y ss.

43 Una vez que la STC 143/2012, de 2 de julio estimó el conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña y declaró que el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante invadía las competencias asumidas como propias por el Estatuto de Cataluña, derogándola a todos los efectos en virtud del art. 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas.

hecho, por otra parte, de que su comisión pueda llevar aparejada la expulsión del territorio nacional de las personas de nacionalidad extranjera (art. 89), pone de manifiesto que la alianza entre una conducta de discutible lesividad para un bien jurídico y una sanción muy grave produce como efecto un exceso de rigor penal con este sector de la población que, a la vista de sus circunstancias personales y administrativas, no cuenta con más salida que la venta ambulante. Esta conclusión se alcanza cuando se repasan en el *Preámbulo* de la *LO 1/2015* las autojustificaciones del legislador, que, en lo tocante a la reforma del art. 89, señala razones de defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. La funcionalización de la pena a estos criterios viene a subrayar aún más la falta de fundamento de la misma desde el punto de vista de la prevención especial<sup>44</sup>.

En el mismo sentido y, por otra parte, la vigente regulación del delito de hurto es paradigmática de lo que aquí se dice. Así, desde 1995, los hurtos han sufrido seis reformas que ponen de manifiesto el interés del legislador en hacer frente a este tipo de comportamientos, a pesar de su menor entidad. La progresión en la línea anunciada en la Exposición de Motivos del Código no se corresponde con el progresivo endurecimiento del castigo. Si en vez de leerlas en el orden temporal real<sup>45</sup>, el orden de las versiones hubiera sido el inverso<sup>46</sup> todo tendría más lógica pues se adaptaría mejor a

la reducción del castigo. Pero no ha sido precisamente este el objetivo seguido por el legislador con todas estas reformas<sup>47</sup>.

A la vista de este somero examen es fácil concluir que nuestro Código penal cuenta con un pack compacto para hacer frente a la criminalidad asociada a la pobreza y a la marginalidad social hasta el punto de que desde sectores muy autorizados de la doctrina se refieren al concepto de *crimigración*, que da pábulo a las políticas anti migratorias más autoritarias<sup>48</sup> y que convierten al inmigrante en delincuente<sup>49</sup>.

### III.3 Tratamiento penal del delincuente que actúa por motivaciones políticas: la descriminalización de delitos viejos y la amnistía

La celebración en Cataluña en 2017 del referéndum ilegal de autodeterminación y todos los hechos que le han sucedido en el tiempo han dado lugar a un *serial* de pronunciamientos jurisdiccionales<sup>50</sup> y de reformas legales de una enorme trascendencia.

Por situar cronológicamente los hechos, la serie penal se inicia con la STS 459/2019, de 14 de octubre<sup>51</sup>, por la que se condenaba a los líderes políticos del movimiento independentista catalán a penas de prisión y de inhabilitación (como penas principales) por distintos delitos de sedición, de malversación y de desórdenes públicos, al tiempo que absolvía a todos del de rebelión

44 BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

45 Versión del Código penal de 1995, LO 11/2003, LO 15/2003, LO 5/2010, LO 1/2015 y LO 9/2022.

46 Esto es, que el texto originario fuera el de la LO 9/2022, seguido por las versiones de la LO 1/2015, lo 5/2010, lo 15/2003, lo 11/2003 para terminar con la versión vigente en 1995.

47 Tras la primaria regulación que castigaba como hurto la apropiación de la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño de más de 50.000 pts. Como delito y como falta en el caso contrario, la LO 11/2003, entre las reglas de determinación de la pena vino a incluir la multirreincidencia (con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título). La LO 5/2010 fue la que abiertamente se refirió en su Exposición de motivos a la necesidad de la reforma para hacer frente a la "mayor preocupación ciudadana" de los "núcleos urbanos más importantes" para hacer frente a la comisión reiterada de faltas.

La eliminación del Libro III por parte de la LO 1/2015 vino a ofrecer una regulación que más que obedecer a la protección del bien jurídico patrimonio, en la medida en que las anteriores versiones también lo hacían, perseguía eliminar el molesto problema de la delincuencia bagatelar de manera que no sólo no eliminó la falta de hurto, sino que la convirtió en delito leve contra el patrimonio añadiendo que en todo caso, se excluía "la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación —en particular, la comisión reitera de delitos contra la propiedad y patrimonio.

La última de las reformas experimentadas por el delito de hurto ha sido la llevada a cabo por la LO 9/2022, en la que según su Preámbulo se ofrece una respuesta penal frente a los delitos leves de hurto que se cometen de manera multirreincidente que hasta entonces "no cuentan con una suficiente respuesta penal" dada la "creciente preocupación por afectar directamente no solo al turismo, al comercio y a la economía general, sino también a la propia seguridad de los ciudadanos". Vid. GUIA, M.J., "Crimigración securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 16/2012, pp. 591-613.

48 Sin duda alguna basadas en las previsiones de la Unión Europea al respecto y en su interés en el control de los flujos migratorios hacia su territorio.

49 Vid. GUIA, M.J., "Crimigración securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal", cit., p. 560.

50 Al margen de autos y providencias para ordenar el proceso que ahora no interesan.

51 En puridad, como afirma Juan Carlos Carbonell, la saga debe comenzar con la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el *Estatut* 31/2010, de 28 de junio de 2010 que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por parlamentarios del Partido Popular (CARBONELL MATEU, J.C., "Y ahora, ¿qué?", 15 de octubre de 2019 (sentencia a la que calificó como "dura").

de participación en organización criminal. El ingreso en prisión de los mismos, así como su vida penitenciaria tuvieron pendiente a la opinión pública, acaparando titulares de prensa que reflejaban más que otra cosa, el debate y la verdadera batalla política sobre aquel movimiento independentista.

El siguiente capítulo lo protagonizó el Gobierno, que el 31 de junio de 2021 aprobó por Reales Decretos el indulto particular de la pena privativa de libertad aún no cumplidas<sup>52</sup>, por lo que quedaban pendientes las privativas de derechos.

A continuación intervino el Parlamento, aprobando la *LO 14/2022, de 23 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, en cuyo largo título, se diluían las reformas que más trascendencia política iban a tener: la que afectó a los delitos de malversación y a la derogación del delito de sedición<sup>53</sup>, apuntando claramente al núcleo duro de la condena impuesta a los líderes separatistas. A la vista de la situación que por aquellos días vivía la sociedad española, es fácil adivinar que se trató de una reforma cuya tramitación parlamentaria obtuvo un enorme eco<sup>54</sup> si bien los debates parlamentarios se prolongaron durante poco más de un mes<sup>55</sup>, por lo que fue difícil entrar a fondo sobre su contenido, ni se pudo transmitir a la sociedad la necesidad político criminal de la reforma en ese preciso momento<sup>56</sup>.

Tal como manifiesta su Preámbulo la reforma del delito de malversación se limitaba a volver a la redacción que existía “históricamente” antes de que la LO 1/2015 viniera a incorporar un sistema que no convenció ni al Consejo General del Poder Judicial ni al Consejo Fiscal<sup>57</sup>, que se manifestaron en contra de la regulación. Al tiempo ha incorporado el nuevo delito de enriquecimiento ilícito en el art. 438 bis cuya virtualidad, teniendo en consideración la ampliación previa del comiso, puede ser discutida<sup>58</sup>. Todo ello lleva a afirmar a GONZÁLEZ CUSSAC que, a pesar de la importancia de las modificaciones, “no contiene realmente ninguna novedad”<sup>59</sup>. En todo caso tiene razón MOSQUERA cuando para calcular el carácter beneficiario de la reforma operada por la LO 14/2022 es preciso analizar su aplicación retroactiva a situaciones anteriores, concluyendo que se trata de una posibilidad “muy limitada y acotada”<sup>60</sup>.

Lo cierto es que en el fondo de la cuestión late la mejor identificación del bien jurídico protegido en el delito de malversación. En este sentido, la ubicación sistemática de estos preceptos en el interior de los delitos contra la Administración pública viene a poner de manifiesto que más allá de la afectación negativa al patrimonio público, es la actuación material que debe llevar a cabo la Administración pública con dicho patrimonio sustraído de sus fines públicos los que se ven menoscabados por lo que la remisión in totum a los delitos de administración desleal no expresa el total del desvalor social del comportamiento. El cambio, por

52 BOE de 23 de junio de 2021: “Considerados los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, y atendiendo a las circunstancias del condenado y, en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, se estima que concurren las citadas razones de utilidad pública, a propuesta del Ministro de Justicia, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 22 de junio de 2021”.

53 El Ministerio fiscal emitió un Decreto el 25 de enero de 2023 sobre la malversación.

54 Espoleada fundamentalmente por los Partidos políticos que votaron en contra de la misma que usaron un discurso que incidía en el peligro que suponía para la unidad nacional leyes de ese tenor.

55 Sobre todo, si se compara con el largo proceso de tramitación parlamentaria que tuvo la LO 10/2022.

56 A esta precipitación se refiere el Tribunal Supremo en su Auto (sin numerar) de 1 de julio de 2024. Si a ello se une el hecho de que la conformación del actual gobierno no de la nación fruto de las elecciones celebradas en julio de 2023 no ha sido cómodo y que se ha requerido del apoyo de grupos minoritarios dentro de los cuales se encuentran los partidos nacionalistas catalanes, es fácil pasar de pantalla y encontramos en otra en la que, en vez de ofrecer una respuesta no punitiva al conflicto catalán, se ha favorecido la continuidad de un gobierno que carece de mayorías.

57 El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la LO 1/2015 puede verse en <https://personasjuridicas.es/informe-cgpj-al-anteproyecto-de-lo-1-2015-2012> y el de la Fiscalía General del Estado

58 Vid. al respecto, MOSQUERA BLANCO, A.J., “Reforma y contrarreforma del delito de malversación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 43/2023, p. 25 (nota 74); BLANCO CORDERO, I., “De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, en VALIENTE IVANÉZ, V., y RAMÍREZ MARTÍN, G (coords), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 1017-1023.

59 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra la administración pública (y 2)”, en el mismo (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 770; DE LA MATA BARRANCO, N.J., La reforma de la malversación: ¿para qué?, *Almacén de Derecho*, 2 de enero 2023 (<https://almacenederecho.org/la-reforma-de-la-malversacion-para-que>).

Ampliamente, vid. el análisis penal que lleva a cabo MORALES HERÁNDEZ, M.A., “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 25-14 (2023) <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

60 MOSQUERA BLANCO, AJ., “Reforma y contrarreforma del delito de malversación”, cit., p. 20

tanto, no es nada imprevisto: de manera que las críticas penales que en su caso se puedan hacer a la nueva regulación son la misma que se podía hacer a la versión en vigor antes de la LO 1/2015<sup>61</sup>.

La misma LO 14/2022 ha llevado a cabo la derogación del delito de sedición al tiempo que ha modificado profundamente los delitos de desórdenes públicos: uno y otro cambio vienen a poner de relieve que la voluntad del legislador ha sido que la derogación por obsoleto del delito de sedición se produce cargando el peso de la protección del bien jurídico orden público en los delitos de desórdenes públicos. Es interesante resaltar que si bien en el texto articulado del Código la reforma se limita —sencillamente— a suprimir el Capítulo I del Título XXII del Libro II, integrado por los arts. 544 a 549, en al *Preámbulo*<sup>62</sup> se explica justificando los motivos que llevan en este concreto momento en el que han sido condenados los líderes del movimiento independentista catalán como autores de un delito de sedición.

Los argumentos esgrimidos para la modificación de los delitos contra el orden público son de destino tenor, pero sobre todo parece que debe resaltarse el hecho de que el delito de sedición era un delito que ha formado parte de nuestro Código penal desde 1822 y desde entonces en los mismos términos, esto es, con escasas modificaciones a pesar del paso de los años. A ello se añaden los problemas de una vetusta redacción que ponía en jaque el principio de legalidad y de proporcionalidad de las penas: la vulneración simultánea de ambos principios demandaba aún más una solución legislativa. En este sentido, la propia redacción en negativo del delito de sedición del art. 544 cuando establecía que “son reos del delito de sedición, los que sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”, venía a resaltar la relación que se establecía entre uno y otro en la que la rebelión se configuraba con un delito más grave que el de sedición con el háncip interpretativo de que una y otra conducta afectaban a

bienes jurídicos diversos<sup>63</sup>: la Constitución y orden público, respectivamente si bien en el art. 549 establecía que “lo dispuesto en los artículos 479 a 484 es también aplicable al delito de sedición”, por lo que no se aclaraba, sino que se confundía el bien jurídico protegido en uno y otro.

La reforma llevada a cabo en este punto por la LO 14/2022 ha dejado al margen el delito de rebelión donde deben castigarse los alzamientos violentos y públicos con unas concretas finalidades, mientras que se ha relegado al ámbito de los desórdenes públicos aquellas actuaciones en grupo con la finalidad de atentar contra la paz pública definida como la “normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos”, así como por la exigencia de violencia o intimidación. La inclusión de estos elementos típicos tan significativos en los desórdenes públicos tiene la finalidad de despejar dudas en torno a la tipicidad de comportamientos que no son otra cosa que el ejercicio de derechos fundamentales de reunión o de libertad de expresión.

Lo cierto es que la eliminación de un delito que ha sido más que solución a conflictos sociales, *testigo de cargo* de un Código penal inalterado desde 1822 no puede crear vacío de punición y sí abrir las puertas a una sociedad más tolerante con el ejercicio de los derechos fundamentales, teniendo en consideración que no se deja sin protección penal el bien jurídico orden público, contrariamente sale robustecido.

El cuarto capítulo del *serrial penal* estuvo protagonizado por el Tribunal Supremo que mediante el Auto 20.107/2023, de 13 de febrero llevó a cabo la revisión de las sentencias condenatorias a los líderes del movimiento independentista teniendo en consideración el indulto parcial de la pena de prisión obtenido por los condenados, valorando “si la pena de inhabilitación impuesta a los condenados, todavía no extinguida al no haber sido abarcada en el indulto parcial otorgado por el Gobierno, ha de ser sustituida por las penas que la reforma asocia a los nuevos tipos delictivos”<sup>64</sup>. La solución individualizada a la que se llega es la de declararlas extinguida las que estaban cumpliendo como autores de un delito de sedición que tras la derogación del mismo debía considerarse como delito de desobe-

61 Cuestión distinta son las críticas de tinte exclusivamente político. Vid. DE LA NUEZ, E., “Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: la reforma del delito de malversación de caudales públicos”, *Jueces para la Democracia*, abril 2023, pp. 39 y ss.

62 Que a la vista de su contenido podía perfectamente haberse denominado *exposición de motivos*.

63 La dificultad afecta también a la regulación de los delitos de terrorismo que, como es sabido, se incluyen dentro del mismo Título XXII como delitos contra el orden público siendo esencial en el art. 573 que el autor actúe bien con la finalidad de “subvertir el orden constitucional...”, “alterar la paz pública” o “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional” o “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. vid por todos GARCÍA RIVAS, N., “Delitos contra la Constitución”, cit., pp. 287 y ss.

64 Lo que hace según la Disposición Transitoria 2.4 “en los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumplimiento el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley”; “por consiguiente se impone valorar si la pena de inhabilitación impuesta a los condenados, todavía no extinguida al no haber sido abarcada en el indulto parcial otorgado por el Gobierno, ha de ser sustituida por las penas que la reforma asocia a los nuevos tipos delictivos”.



diencia para cuatro de los condenados. Sin embargo, para los otros cuatro, entiende que derogado el delito de sedición, a la vista de la nueva calificación del mismo como delito de desobediencia y la nueva redacción del delito de malversación del art. 432<sup>65</sup> “no verán modificada la pena que se hallaban cumpliendo”<sup>66</sup>.

A continuación, vino el turno del Parlamento, que aprobó la *LO 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*. que tanta atención ha deparado por parte de la opinión pública: tanto por sus detractores<sup>67</sup>, como por sus defensores<sup>68</sup>. La aparición de la ley se ha visto rodeada de un enorme revuelo político —más que político criminal—<sup>69</sup> que ha dado lugar a los pocos días al anuncio y posterior presentación por parte de las Comunidades Autónomas Gobernadas por el Partido Popular así como de la Comunidad de Castilla La Mancha —gobernada por el Partido Socialista— a que se presentaran recursos de inconstitucionalidad, por violación del derecho a la igualdad de todos los españoles y todos los territorios.

La amnistía aprobada afecta más allá de los cargos políticos, a las personas que participaron en la convocatoria del referéndum declarado ilegal y más allá de los hechos que tuvieron lugar físicamente en Cataluña: prueba de ello es el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao 80/2022, de 3 de septiembre que declara amnistiado los delitos de lesiones y resistencia grave a los agentes de la autoridad que tuvieron lugar en Bilbao en apoyo del movimiento independentista catalán.

De la denominación de la propia ley hasta los primeros párrafos de su Preámbulo se desprende que se trata de una ley nacida desde la grandeza del Estado de Derecho que es capaz de renunciar a la aplicación de sus disposiciones generales cuando dada las caracte-

rísticas y la entidad de un concreto problema social, sea necesario renunciar a ellas en pro del interés superior de la “convivencia democrática”. Esto no supone renuncia a la vigencia de la ley, ni de la soberanía nacional: supone ejercicio de la misma. La amnistía es por tanto lógica consecuencia de la propia capacidad de legislar de manera que “a quien se halla legitimado para tipificar o destipificar una determinada conducta se le reconoce en lógica consecuencia la facultad de amnistía esos mismos hechos sin otros límites que los que directamente dimanen de la Constitución”. El Tribunal Constitucional tiene ya la última palabra.

El siguiente capítulo del serial penal está protagonizado por el Tribunal Supremo, que en su Auto 8.322/2024, de 1 de julio, ha decidido no considerar amnistiada la pena de inhabilitación. El Auto tiene en cuenta el hecho de que la Ley de Amnistía si bien es transparente en cuanto a la inclusión de los delitos de desobediencia cometidos durante el periodo temporal referido en el marco del *Proceso*, deja en su opinión abierta la puerta a la exclusión de la malversación si ha existido un enriquecimiento personal por parte de los condenados, en la medida en que interpreta que en el comportamiento de los condenados hubo ánimo de lucro desde el momento en que no pagaron de su bolsillo, entendiéndolo como no empobrecimiento personal, en el seno de un delito contra la Administración pública, obtuvieron pues “un beneficio personal de carácter patrimonial”<sup>70</sup>. La lectura de este Auto pone de manifiesto que bajo las supuestas dificultades interpretativas que plantea la Ley de amnistía en cuanto se refiere a la malversación, se ha encontrado un portillo para hacer política. En este sentido, deben distinguirse las *dificultades interpretativas* de lo que son las *dificultades para asimilar la admisión* de la amnistía. Las primeras guar-

65 El esfuerzo interpretativo que lleva a cabo el Tribunal Supremo para seguir considerando el delito de malversación cometido típico a los efectos de la modalidad de malversación del art. 432 y no de las nuevas modalidades privilegiadas de pena, lo que hubiera permitido plantear un resultado distinto a la aplicación de la Ley de amnistía son dignos de estudio.

66 Entre los condenados que no verán modificada la pena de inhabilitación de 13 años que estaba cumpliendo se encuentra Oriol Junqueras, el líder de Esquerra Republicana de Catalunya en el momento de la comisión de los hechos. El hecho de que tenga que cumplir una pena de inhabilitación absoluta de 13 años que quedará extinguida el 17 de julio de 2031 tiene una enorme relevancia

67 REBOLLO DELGADO, L., “La inconstitucionalidad de la LO 1/2024 de Amnistía”, *Revista de Derecho Político*, 120/2024, <https://doi.org/10.5944/rdp.120.2024.41763>, pp. 87 y ss.

68 Vid. por todos la Comparecencia del catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), D. Nicolás García Rivas, ante la Comisión Conjunta de las Comisiones Constitucional y de Justicia, para informar en relación con la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. (Núm. exp. 713/000052) disponible en [https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=15\\_S011031\\_005\\_01](https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=15_S011031_005_01)

69 O en todo caso, las críticas político criminales que se han realizado son, en verdad, críticas políticas disfrazadas. Crítica CARBONELL MATEU (“Y ahora, amnistía”, en *Infolibre*, 2 de octubre de 2023) que “aprobar rápidamente una medida de este calado para hacer posible un acuerdo político concreto no resulta en absoluto adecuado”.

70 Críticamente: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?”, *Almacén de Derecho*, 26 de agosto 2024; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Renglones torcidos”, *El Mundo*, 20 de agosto 2024 (si bien crítica la interpretación del Tribunal Supremo en una línea opuesta a la ley, a pesar de manifestar su antipatía “con esta Ley de Amnistía que tanto está forzando los goznes del Estado de Derecho”.

dan relación, en efecto con el principio de legalidad<sup>71</sup> y se responden con argumentos jurídicos. Las segundas, por el contrario, guardan referencia con la política y se responden con argumentos políticos.

Por el momento, el último capítulo de este serial penal está protagonizado de nuevo por el Tribunal Supremo con su Auto (sin numerar) de 10 de julio 2024 en el que da los primeros pasos para plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad, considerando que “su art. 1, de cuya validez depende el fallo en este procedimiento, pudiera resultar contrario a la Constitución Española” pudiera vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley, el principio de seguridad jurídica y el de exclusividad jurisdiccional.

Como ha podido comprobarse, el conjunto de la reforma practicada sin duda alguna tiene la finalidad de evitar que el conflicto social surgido en Cataluña se solventa a través de las leyes penales, esto es, buscar una respuesta no penal o lo menos penal posible despenalizando lo que ha sido necesario despenalizar para alcanzar dicho fin<sup>72</sup>. De ahí que pueda decir con lógica que se trata de una reforma que va en la línea político criminal a la que se refiere la Exposición de Motivos del Código cuando resalta la antinomia existente entre el principio de intervención mínima que conduce a derogar conductas que con el tiempo han perdido su razón de ser. De esta forma, en su conjunto, la reforma no es un cuerpo ajeno a las líneas político criminales abiertas desde 1995. Contribuyen por tanto a evitar el populismo punitivo.

#### IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA BIPOLARIDAD DEL CÓDIGO

Constatado el diferente trato que ofrece el mismo Código penal a los delitos cometidos en razón de la pobreza, la marginalidad y la exclusión social y a los delitos cometidos con finalidades políticas, es posible concluir que ello es posible porque se trata de un Código penal que carece de un modelo político criminal coherente que le permite recurrir puerilmente a la sanción penal en el caso de la delincuencia patrimonial más molesta mientras huye de ella cuando se trata de buscar una salida a los delincuentes condenados por hechos cometido con finalidades políticas. Esta bipolaridad es fruto de una política criminal acientífica, artificial, que cambia de opinión y se resguarda en el principio de intervención mínima o maximiza la respuesta penal a su antojo político.

En todo caso, si se analizan de forma separada cada una de las respuestas dadas a ambos polos delincuenciales, desde el pórtico del principio de intervención mínima y de la necesidad de adecuar el Código penal a las relaciones sociales, económicas y políticas actuales, es más fácil concluir que las reformas que desentonan con aquel Código penal de la democracia son las previstas para frenar la delincuencia de bagatela pues se recurre al castigo penal en vez de investigar soluciones no punitivistas como pudieran ser las relacionadas con las situaciones económicas paupérrimas que soportan sus autores en un Estado que se reconoce como *social* y democrático de derecho. En el polo opuesto, la reforma del delito de malversación y sobre todo la eliminación del delito de sedición al tiempo que con carácter general se incluye en el Código la amnistía como causa que exime de responsabilidad criminal, son una respuesta penal no punitivista frente a los graves acontecimientos vividos en relación con el *Procés*.

Las sutilezas y coincidencias acabadas de constatar permiten extraer una conclusión incontrovertida: a pesar de que el Código penal es una ley política, en muchas ocasiones, nuestros legisladores no hacen política criminal, sino *que hacen política con la «idea» o el «concepto» de la política criminal*. Por eso, el principio de intervención mínima no puede ser sólo un principio limitador del *ius puniendi* del Estado. Debe ser simultáneamente un principio orientador de la intervención estatal en materia penal.

Dada la crisis y el descrédito sufrido por el Código penal, es preciso llevar a cabo algunos ajustes. Con esta finalidad, la minimización del contenido del Código debe pasar en primer lugar por la eliminación de la pena de prisión permanente revisable así como de todas las limitaciones incorporadas al Código penal y a la Ley General Penitenciaria para entorpecer la reinserción social del condenado. Solo cuando se reajuste el catálogo y la duración de las penas de nuestro Código penal podrá tomarse en serio la vía emprendida para evitar la hipertrofia punitivista.

Pero junto a ello, en cualquier caso, para que pueda ser creíble que la finalidad del legislador con la reforma operada por la *LO 1/2024* es la de ofrecer una vía no punitivista al grave conflicto social suscitado en torno a los acontecimientos vividos en Cataluña, y no otras finalidades de corte político como pudiera ser el conseguir los apoyos parlamentarios para constituir un Gobierno, es preciso tener en cuenta los sucesivos pasos que se vayan dando. En este sentido, incorporada la amnistía al art. 130.4 del Código penal, habrá que

71 El mero hecho de que base su razonamiento en un proyecto de Directiva en vez de un texto legislativo vigente viene a poner de manifiesto la utilización abanicada e interesada del principio de legalidad.

72 Con razón afirmaba CARBONELL MATEU con anterioridad a la aprobación de la Ley de Amnistía que “la confrontación es mucho más política que jurídica es obvio”, en “Y ahora, amnistía”, cit.

comprobar si se identifica un nuevo conflicto al que poder aplicarla.

Dos ejemplos se vienen a la cabeza en estos momentos.

El primero tiene que ver con los miembros de clubes cannábicos que han sido condenados por delitos de tráfico de drogas a través de un cuerpo jurisprudencial vacilante que ha terminado por apostar por el castigo penal teniendo en consideración las dificultades existentes para evitar que la marihuana cosechada pueda llegar a manos de terceros no miembros de los clubes<sup>73</sup>: una reforma penal que delimite legalmente estos supuestos al abrigo de la tipicidad del art. 368 junto con la amnistía de quienes están cumpliendo las condenas, servirían para paliar la situación en la que se encuentran estas personas, pero al mismo tiempo para dar virtualidad a la LO 1/2024. Se trata, en definitiva, de que el camino emprendido no se quede aquí y se marquen nuevas tendencias coherentes con los valores de constitucionales que sostienen el Código penal.

Y el segundo, es el más evidente para toda la sociedad española que acaba de manifestar en la última encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas que el mayor problema que existe es la inmigración<sup>74</sup>: la adopción de la amnistía de determinados delitos funcionales a su situación administrativa, con la eliminación de sus antecedentes penales, sería una medida apropiada para que estas personas pudieran solicitar su regularización administrativa<sup>75</sup>. Obviamente la Unión Europea tendría que manifestarse al respecto, pero sin duda alguna es un ejemplo óptimo de otras situaciones excepcionales que sufren en España (y en Europa) muchas personas que desean vivir una nueva vida: es el momento de que la Unión Europea se posiciona a favor de políticas más humanitarias y se aleje de las nuevas reivindicaciones de los nuevos partidos políticos de extrema derecha que siguen accediendo a las más altas instituciones europeas.

El tiempo pues pondrá de manifiesto si se está ante un Código verdaderamente democrático, eliminando la actual imagen de Código elitista.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Madrid, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos contra la salud pública”, en la misma (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal. Parte especial*, TOMO III, Volumen II, ed. Iustel, Madrid, 2023.

ACALE SÁNCHEZ, M., “La elasticidad de las penas de prisión sin fin objetivo previsto en el banquillo de la Constitución: los casos de España y Colombia”, SIMÓN CASTELLANO, P., TUDELA ARANDA, J. (dirs.), *El poder creador de los tribunales constitucionales. Interpretaciones vivas y paradojas en perspectiva comparada*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2024.

BLANCO CORDERO, I., “De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, en VALIENTE IBAÑEZ, V., y RAMÍREZ MARTÍN, G (coords), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

CARBONELL MATEU, J.C., “Y ahora, ¿qué?”, 15 de octubre de 2019.

CARBONELL MATEU, J.C., “Los proyectos de reforma penal en España: un retroceso histórico”, *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico* 14/ 2013.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., La reforma de la malversación: ¿para qué?, *Almacén de Derecho*, 2 de enero 2023 (<https://almacendederecho.org/la-reforma-de-la-malversacion-para-que>).

DE LA NUEZ, E., “Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: la reforma del delito de malversación de caudales públicos”, *Jueces para la Democracia*, abril 2023.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, Reus, Madrid, 2019.

DÍAZ REVORIO, F.J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre

<sup>73</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos contra la salud pública”, en la misma (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal. Parte especial*, TOMO III, Volumen II, cit., pp. 84-85.

<sup>74</sup> Vid. la noticia en *El Periódico* de 18 de septiembre <https://www.elperiodico.com/es/politica/20240918/encuesta-cis-espana-sep-tiembre-2024-108268406>

<sup>75</sup> Obviamente la Unión Europea tendría que manifestarse al respecto, pero sin duda alguna es un ejemplo óptimo de otras situaciones excepcionales que sufren en España (y en Europa) muchas personas que desean vivir una nueva vida.

- medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, 17/2006.
- FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA RÍVAS, N., “Delitos contra la Constitución”, en ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del de Derecho penal. Parte especial*, TOMO III, Volumen II, ed. Iutel, Madrid, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?”, *Almacén de Derecho*, 26 de agosto 2024.
- GONZALEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra la administración pública (y 2)”, en el mismo (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GUIA, M.J., “Crimigración, securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 16/2012.
- LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Renglones torcidos”, *El Mundo*, 20 de agosto 2024.
- MAQUEDA ABREU, M.L., y POMARES CINTAS, E., “Mujeres: entre la igualdad y un nuevo orden moral”, en *Mientras tanto*, 27 de marzo 2022 (<https://mientrastanto.org/210/notas/mujeres-entre-la-igualdad-y-un-nuevo-orden-moral/>).
- MARTÍN PALLÍN, J.A., “Democracia sin complejos”, *Diario El País*, 18 de enero de 2003.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/ 2018.
- MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 25-14 (2023) <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- MOSQUERA BLANCO, A.J., “Reforma y contrarreforma del delito de malversación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43/2023.
- REBOLLO DELGADO, L., “La inconstitucionalidad de la LO 1/2024 de Amnistía”, *Revista de Derecho Político*, 120/2024, <https://doi.org/10.5944/rdp.120.2024.41763>, pp. 87 y ss.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., “Análisis crítico del delito de abandono del lugar del accidente (artículo 382 bis del Código Penal Español)”, *Revista de derecho y proceso penal*, 58/2020.
- TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral: análisis del art. 314 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la Sentencia sobre el caso “los 8 de Airbus”, *Revista de Derecho Social*, 73/2016.
- VIVES ANTÓN, T.S., “Reforma política y Derecho penal”, en el mismo, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.