

DEUS PROVIDE ET PRO...

# Revista

Enero 2012

29

# LABOR



tirant lo blanch

# Revista Penal

Número 29

## Sumario

---

### Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i> .....	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i> .....	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M<sup>a</sup> José Cuenca García</i> .....	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i> .....	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i> .....	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i> .....	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i> .....	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i> .....	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i> .....	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i> .....	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i> .....	203
<b>Sistemas penales comparados:</b> Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
<b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	265
<b>In Memoriam:</b> Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i> .....	272
<b>Crónicas</b>	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i> .....	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i> .....	289
<b>Noticias</b> .....	294

---



VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

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  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL:  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

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.



## La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código Penal de 1973 a la reforma de 2010

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

Prof. Titular de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

**RESUMEN:** *En las exposiciones de motivos y preámbulos de las leyes el legislador expresa su sentido y alcance, así como los fines que persigue con los cambios legales, complementando el método de interpretación auténtica. En el artículo se efectúa un análisis de las motivaciones de los diferentes cambios legislativos en materia penal a lo largo de todo el período democrático, poniendo de manifiesto la ausencia de un modelo racional que genera tanto justificaciones exhaustivas como de trámite, no carentes de importantes incongruencias y contradicciones.*

**PALABRAS CLAVE:** *política criminal, exposiciones de motivos, legislación, reforma penal, voluntad del legislador*

**ABSTRACT:** *In the introductory texts and preambles of the laws the legislator expresses his sense and reaches, as well as the aims that he persecutes with the legal changes, complementing the method of authentic interpretation. In the article an analysis of the motivations of the different legislative changes in criminal matter throughout all the democratic period takes place, showing the absence of a rational model that generates as much justifications exhaustive as of proceeding, non devoid of important incongruities and contradictions.*

**KEYWORDS:** *criminal policy, preambles, legislation, criminal legal reform, will of the legislator*

Del abanico de instrumentos del que disponen el jurista y el ciudadano para conocer el alcance y el sentido de las leyes, la interpretación que realiza el propio legislador sería, a priori, la que más se aproximara a la significación real de las normas y reglas que contienen. Así, la interpretación auténtica, aunque poco frecuente en la práctica legislativa, constituye la fuente más inequívoca de conocimiento del alcance jurídico de los preceptos legales. Como ejemplo, el legislador penal se ha visto obligado a fijar el contenido de figuras como la alevosía o la habitualidad directamente, como respuesta a previas soluciones jurisprudenciales y doctrinales poco satisfactorias o demasiado heterogéneas respecto de aquellas. No cabe duda que, aunque aún sea posible interpretar esas definiciones o aclaraciones legislativas, el campo de

maniobra de juristas y prácticos del Derecho queda muy reducido cuando es el propio legislador quien se interpreta a sí mismo con normas de aplicación directa y de vigencia general.

No obstante, son escasos los supuestos en los que esta forma de interpretación se pone en práctica, ocupando el mayor espacio de esta labor las interpretaciones de carácter jurisprudencial y doctrinal. En su desarrollo, la utilización de todas las técnicas interpretativas está presente y ocupan mayor o menor espacio tanto en función de los objetivos del intérprete como del destinatario del trabajo interpretativo.

Las normas, una vez publicadas y vigentes, adquieren autonomía respecto de su emisor, el legislador, y pueden desarrollar su aplicación en un sentido incluso diferente de la motivación o de los objetivos buscados

por aquel. Por ello, no son infrecuentes las reformas legales que reformulan iniciativas previas, incluso muy recientes, debido a que en la interpretación jurisprudencial de las mismas se producen consecuencias contrarias de las buscadas por el legislador. Este proceso es perfectamente legítimo debido a que los tribunales de justicia no están condicionados por la voluntad del legislador que inspira los cambios legales, sino por la materialización de esa voluntad en disposiciones legales aprobadas en sede parlamentaria. Los textos legales, en este caso los penales, tienen una finalidad político criminal, que, a veces, se expresa en la misma ley, pero el texto puede incorporar claras contradicciones con esa voluntad en su articulado que obligue a los tribunales a realizar una interpretación gramatical, metodológica o sistemática que no sea acorde con esa voluntad y, por lo tanto, a aplicar la ley en un sentido distinto del buscado por su creador.

Esta realidad coloca la voluntad del legislador en un papel secundario tras la entrada en vigor de las normas, quedando circunscrita, de forma principal, a servir de criterio interpretador histórico que, sobre todo en la práctica judicial, tiene una presencia muy reducida. Podría incluso llegar a afirmarse que la interpretación a través de la voluntad del legislador es una ficción porque “supone afirmar que la voluntad de quien legisla es capaz de fijar por siempre el significado de la norma”<sup>1</sup>.

Seguramente esta crítica tiene un sólido fundamento, pero descartar indagar acerca de las razones que el legislador esgrime para su toma de decisiones afecta a algo más que al análisis histórico de las reformas legales. Estas, especialmente en tiempos modernos, son tan próximas entre ellas, tienen una vinculación tan estrecha con hechos reales y recientes, buscan una reivindicación política tan clara y tienen una función tan indisimuladamente *didáctica*, que arrumbarlas en el baúl de las curiosidades históricas nos podría llevar a un positivismo tan rígido que cerrase la puerta al análisis político, político criminal en este caso, de la actividad legislativa y de la aplicación de las normas por los tribunales.

Las razones del legislador y las causas externas que las provocan, son la base para iniciar el trabajo legislativo, este se desarrolla en base a ambas —además de otros condicionantes transversales—, y el resultado final, con mayor o menor acierto, se busca que sea la

respuesta adecuada a las causas que justifican esas razones. Todo el proceso de creación de la ley está condicionado por los motivos del legislador y estos pueden ser objeto de estudio aunque sean secundarios desde el puro análisis jurídico. En materia penal, la motivación político criminal que impulsa las reformas pertenece al legislador y ningún otro operador jurídico o político está en iguales condiciones de aseverar cual es la finalidad auténtica que aquel persigue.

Sin embargo, la tónica general muestra que la interpretación de la *voluntas legislatoris*, sea realizada por los operadores de la práctica jurídica, por la doctrina penal o, incluso, por el intérprete político y/o mediático, tiende a extraerse mediante las reglas interpretativas de su propia profesión o ciencia, más que por una lectura directa de la justificación de las reformas penales que el legislador plasma en los preámbulos de las leyes o que se derivan de las discusiones políticas y jurídicas que se llevan a cabo en las cámaras legislativas que representan la soberanía popular.

No deja de ser cierto que el trabajo de justificación de las reformas penales en el Congreso y en el Senado puede ser muy criticable, especialmente en los últimos años, y que el trabajo legislativo, por ejemplo, en la redacción del Código penal de 1995 dejó mucho que desear en algunos de los capítulos fundamentales del texto que apenas recibieron atención en los trabajos parlamentarios. Pero, no puede ser éste motivo suficiente para que los tribunales o la doctrina penal recurran, casi en exclusiva, a los métodos de interpretación que les son propios —la interpretación jurisprudencial o la dogmática—, dejando de lado la que hace el propio legislador. Aunque, tampoco hay que obviar que no son pocas las ocasiones en las que el legislador se contradice en los propios textos legales entre el preámbulo y las disposiciones del articulado —así la Ley de Responsabilidad Penal del Menor—, o en el mismo articulado con disposiciones contradictorias, lo cual dificulta el trabajo de interpretación externa.

El interés por las *razones* del legislador penal, a pesar de todas las críticas que puedan recibir, es de primer orden y permite conocer los antecedentes sociales o políticos, a veces hasta criminológicos, que han dado lugar a las reformas y resulta obligado combinar otros métodos de interpretación con el que, no sólo por razones formales, se denomina auténtica.

1 RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núm. 94, 2007, p. 9.

### I. El espacio formal desde donde se transmite la voluntad del legislador: las Exposiciones de Motivos y los Preámbulos

Si bien no es un tema central en el estudio de las normas, la discusión acerca de la conveniencia o no de la presencia de, sobre todo, exposiciones de motivos y, también, preámbulos, en las leyes ha ocupado cierto interés de la doctrina con posiciones bastante encontradas. Desde posiciones claramente contrarias a la presencia de estos “textos literarios”<sup>2</sup> en las leyes, hasta claras defensas del valor orientador de la interpretación que proporcionan, lo cierto es que se trata de elementos heterogéneos cuya naturaleza no es sencillo de determinar y cuya utilidad práctica resulta discutible.

Sin entrar en la crítica política sobre el origen de estas “explicaciones” legislativas<sup>3</sup>, lo cierto es que se ha generalizado en el proceder del legislador español acompañar los textos de derecho positivo de una introducción, aclaración, explicación o justificación de dichas disposiciones mediante la fórmula de la exposición de motivos o mediante el preámbulo a la ley. Lo singular de esta técnica, mediante la cual el legislador publicita sus motivaciones, reside en el hecho de hacer formar parte a las exposiciones de motivos del propio texto legal, publicándolas junto con la parte dispositiva de las leyes en el Boletín Oficial del Estado. Este proceder obliga a considerar a la ley en su conjunto, incluida la exposición de motivos y el preámbulo, cuando así lo haya incorporado el legislador. De hecho, resulta excepcional que alguna colección editorial de textos legales excluya cualquiera de estas dos partes al realizar sus publicaciones de colecciones normativas.

Se puede considerar que su relevancia es mínima, también se puede criticar la conveniencia de que aparezcan en las leyes, pero lo que no puede hacer el intérprete es considerar que no existen al realizar su labor de análisis y explicación del sentido de las normas. Se puede tomar como ejemplo el apartado cinco de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores: “5. Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, 60/1995, de 17 de

marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”.

Esta Ley Orgánica reitera en diferentes apartados del articulado que el interés superior del menor regirá para la aplicación de determinados aspectos de la ley como son la detención, la conciliación o la aplicación de las medidas. Pero sólo en la Exposición de Motivos se aclara que este principio deberá materializarse mediante criterios establecidos por ciencias distintas de las jurídicas de forma prioritaria.

En ningún caso se puede afirmar que esa declaración sea de obligado cumplimiento para el aplicador del derecho, porque no se trata de una regla de derecho positivo, pero contiene una afirmación cuya elusión por los tribunales haría carecer de sentido cada aparición en el articulado de la referencia al principio del interés superior del menor. Cabe preguntarse si los tribunales aplicarían ese principio con esa orientación si el legislador hubiera omitido la exposición de motivos por completo, y la respuesta podría ser positiva, bien como consecuencia de aplicar el sentido común o bien mediante la influencia que pudiera ejercer la doctrina científica —jurídica y no jurídica—. Pero, resulta evidente que la aclaración del sentido que tiene ese principio en la exposición de motivos de la ley impregna todo el sistema de justicia de menores y ejerce, además, una influencia privilegiada sobre la interpretación jurídica de las normas que otras fuentes no poseen con tanta fuerza.

### II. La voluntad del legislador penal: exposiciones de motivos y preámbulos desde el Código penal de 1973 hasta la actualidad

En materia penal, como en las demás ramas del ordenamiento jurídico, el legislador no ha variado sustan-

2 SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, p. 58.

3 *Ibidem*, pp. 47 y ss.

cialmente el recurso a estos instrumentos *explicativos* de las leyes. Su uso sigue siendo frecuente y en las reformas penales de mayor calado siempre están presentes con una doble vocación, la aclaración y la justificación. Con estos objetivos se abordan, de manera forzosamente superficial o simplificada, temas centrales de la ciencia penal como la identificación de bienes jurídicos o la interpretación de principios penales y de preceptos de otras normas básicas como la Ley Orgánica del Poder Judicial. También se aprovechan para esclarecer el funcionamiento de las reglas de concurso en algunas materias o para precisar el sentido que se da a algunos preceptos del articulado que son especialmente representativos de la iniciativa legislativa. Pero, de la lectura de estos documentos, lo que se extrae con mayor claridad es la voluntad político criminal que ha guiado al legislador en cada unas de las reformas penales, voluntad que con frecuencia se fundamenta en una realidad de la que el legislador dice traer causa la reforma —aunque a veces parece más un subterfugio que una verdadera motivación, y mucho menos el resultado de una investigación criminológica— y que adopta luego formas jurídicas propias conforme al proceder de la ciencia del Derecho.

De todas las aportaciones que se realizan en las exposiciones de motivos y preámbulos de las leyes penales, la explicación político criminal de las mismas constituye el elemento de mayor interés para comprender la evolución de la ley penal en un periodo de tiempo delimitado. De este modo se puede llegar a conocer si el legislador ha detectado un verdadero conflicto social necesitado de intervención penal o si se mueve por razones más próximas al interés mediático y meramente político, o si, y esto resulta cada vez más frecuente en algunas tipologías delictivas, su iniciativa responde a una demanda externa de instituciones supraestatales cuyos intereses regionales o globales no casan siempre con los del espacio político limitado, propio del legislador nacional.

Otra cosa es que como resultado del análisis de estos textos se pueda llegar a la conclusión de que, como en su momento afirmó López-Rey y Arrojo, la calidad de

los mismos sea deprimente y su capacidad de aportar algo a la ciencia penal nula<sup>4</sup>, pero, a pesar de ello, se pueden inferir tendencias de política criminal a las que el legislador no sabe, no quiere o no puede sustraerse.

El análisis de estos elementos de las leyes penales en este trabajo, si bien se refiere al actual periodo democrático, desde su comienzo hasta la reforma de 2010, se inicia con el Código penal de 1973 por dos razones principales. La primera, poder contrastar la justificación legislativa de los dos últimos códigos penales vigentes en España, procedentes de regímenes políticos opuestos, y que han constituido y constituyen las normas centrales del sistema penal de estos últimos treinta y siete años. La segunda, y más evidente, porque durante un largo periodo del régimen democrático iniciado en 1977, el Código de 1973 ha sido el instrumento básico del sistema penal con las profundas reformas que durante ese periodo ha recibido.

A efectos expositivos se dividirá el periodo que va desde 1973 hasta 2010 en tres partes que se corresponden, en primer lugar, con las primeras transformaciones del código de 1973 en el periodo democrático hasta la profunda reforma de 1983. Un segundo lapso de tiempo que lleva hasta el momento previo a la promulgación del vigente código de 1995. Finalmente, un último periodo que incluye todas las reformas penales que han afectado al código de 1995, hasta la última extensa reforma de 2010.

### 1. El legislador de 1973 y las primeras reformas democráticas

El Texto Refundido del Código penal que se publica en el BOE el 12 de diciembre de 1973, mediante el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, carece prácticamente de exposición de motivos y de preámbulo, ya que el legislador de ese año asume el mandato de la Ley 44/1971 mediante la cual se reformó parcialmente el Código de 1944 y se fijó un mandato de publicación de un texto refundido de código penal con arreglo a los contenidos que dicha ley de dos años antes fijaba de forma taxativa.

4 LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., "Análisis político criminal del Proyecto oficial del Código penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2, 1980, p. 315. El autor realiza una ácida crítica sobre estos textos afirmando que "el examen de las Exposiciones de Motivos de los códigos y reformas penales españolas es deprimente cuando comparado con la situación de la ciencia penal española existente cuando se redactaron unos y otros. Lo frecuente es hallar un buen número de más o menos brillantes generalidades, referencias eruditas a la legislación extranjera sin adentrarse a cómo tales legislaciones funcionaban en los países aludidos y sin un examen siquiera somero de la realidad nacional en general y de la criminalidad en particular. La Exposición del Proyecto de 1980 es, habida cuenta de la transición histórico política apuntada y de que en las casi postrimerías del siglo XX no puede seguir sustentándose un derecho penal esencialmente dogmático jurídico, la más deprimente de todas".

Es esta ley de 1971 la que incorpora una exposición de motivos o preámbulo —no lo califica de ninguna de las dos maneras— en la que se explica la necesidad de la reforma y de la elaboración de un nuevo texto refundido en plazo determinado de un año para cumplir con los objetivos político criminales que se marca.

Sin embargo, al no tratarse, como en 1944 o en 1995 de un texto con vocación de cambio sustancial por razones políticas o sociales, el alcance de los cambios y las necesidades de explicación de la reforma son mucho más limitadas que las de los otros dos textos legales<sup>5</sup>. La Ley de 1971 se limita a valorar temas muy concretos de la parte especial y, puntualmente, una cuestión relativa a la ejecución de las condenas, en particular, a su remisión condicional, pero no se infieren nuevas líneas político criminales capaces de avanzar sobre la finalización de un régimen no democrático que no se resistió hasta el último momento a utilizar el sistema penal para mantener el *status quo* político.

De la introducción a la ley pueden destacarse algunos elementos que se mantendrían después a lo largo de los años y que, en algún caso, anunciaban un fenómeno absolutamente actual como es la globalización penal. Dos reformas se abordan por exigencia de los compromisos internacionales del Estado, la regulación del delito de genocidio y la reforma del tráfico de drogas derivada de la ratificación —en 1966— del Convenio de la ONU de 1961. Si bien para el legislador de 1971 el fenómeno del narcotráfico era poco importante, implicando a España “con cierta frecuencia”, lo cierto es que se refleja en ese tipo de afirmaciones una negativa a reconocer también en la década de los setenta la existencia de fenómenos sociales que representasen una quiebra de la imagen idílica que el régimen quería seguir transmitiendo sobre la convivencia en el país<sup>6</sup>.

En realidad, lo que el legislador penal con la reforma viene a reconocer es la existencia del fenómeno y la gravedad para la salud pública del mismo, escudándose en los compromisos internacionales para no reconocer el alcance de un problema que a la larga superaría con creces cualquier previsión de esos años. En la actualidad sigue este proceder, por ejemplo, cuando, en aras

de mantener la seguridad frente al terrorismo o frente al crimen organizado, el legislador democrático vuelve a esconderse en la seguridad global y en la posición y responsabilidad de España en la órbita de los países democráticos para limitar de forma paulatina derechos fundamentales y libertades públicas<sup>7</sup> con el objetivo de salvaguardar una seguridad de difícil delimitación. La última reforma importante de 2010 es un claro ejemplo con el abusivo recurso a directrices e instrumentos comunitarios e internacionales para justificar los cambios penales.

Curioso resultó el caso de la regulación del delito de genocidio para el que, también, el legislador se apoyó en la legislación internacional. La diferencia con el supuesto anterior es la fecha del texto supranacional en el que se apoya que es de 1948, no siendo ratificado por España hasta 1968, quizá no convencido del todo el legislador de dos décadas antes que bajo la cobertura de esa norma internacional no estuvieran comprendidos los hechos de la guerra civil y de la posterior represión política.

Otros aspectos de la reforma están en consonancia con la propia concepción que de sí tiene el régimen autoritario, como en la extensión de la protección penal a otras confesiones religiosas sin desaprovechar la ocasión para recordar una vez más que la Iglesia Católica era la confesión oficial del propio Estado, lo cual multiplicaba en la práctica el nivel de protección de aquella frente a otras confesiones. Aunque de fundamento más técnico que innovador, se trasladan desde leyes especiales al Código penal los tipos penales relacionados con el terrorismo.

En definitiva, se trata de una reforma penal sin una orientación político criminal general reformista. Son, más bien, retoques legales que luego dan pie al texto refundido de 1973 sin grandes cambios sobre el modelo precedente. Situación que se mantiene con reformas posteriores como la de la ley 39/1974 sobre la cuantía de la pena o la segunda reincidencia, en la que lo más destacable de su exposición de motivos es la asunción que el legislador hace de propuestas jurisprudenciales y doctrinales que aquel se considera obligado a seguir.

5 QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, ed. Destino, 1983, pp. 11-14.

6 El mismo proceder su utilizará algunos años después en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, cuando se ofrece una imagen pacífica y de desarrollo de la sociedad española que, no obstante, no puede permanecer impasible ante un fenómeno que a nivel internacional es considerado como realmente grave y sobre el que es preciso evitar la contaminación. Actitud esta notablemente hipócrita de un gobierno cuyo presidente dos años antes había sido víctima mortal de un atentado terrorista espeluznante.

7 TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 15.

Las reformas de último franquismo asumen en algunos casos y de forma tímida las transformaciones sociales de la época y, manteniendo la sustancia antidemocrática de muchas de ellas, consideran que en algunas materias la intervención penal debe atenuarse respecto de las épocas más represivas del régimen. El Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, acude en su introducción a este criterio argumentando que es preciso evitar los “desajustes, cuando no la ruptura, entre el mundo social y el mundo de las normas”. Bajo esta premisa el Decreto reconoce por vez primera la legalidad de la huelga por contraposición a su naturaleza de *delitos de lesa patria* que tuvo durante todo el régimen, eso sí, con las limitaciones propias de un sistema político autoritario en el que las huelgas legales estaban absolutamente controladas por el propio Estado.

No obstante, hasta el último momento el régimen no ceja en su modelo de renuncia a los derechos fundamentales individuales cuando la ocasión lo requiere, superponiendo los intereses del sistema político bajo la cobertura de la protección de la colectividad, cuando en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, se acepta en el preámbulo explicativo que la renuncia de los ciudadanos a sus derechos individuales a favor del interés general es un sacrificio *pequeño* pero compensado por valores tales como la tranquilidad y la seguridad general. Bajo esta premisa se llega a afirmar que aspectos garantistas del proceso penal pueden reducir el efecto disuasorio de la norma penal y crear extrañeza e inquietud entre la ciudadanía<sup>8</sup> que es preciso afrontar, introduciendo reformas procesales *más eficaces* que se consideran similares a las de otros países democráticos para combatir el terrorismo. Para conseguir esta finalidad, se retoma la utilización sin complejos de la ley especial de emergencia como el método que se considera más efectivo para combatir este fenómeno delictivo.

Con la muerte del dictador en 1975 comienza un proceso de reconversión del sistema penal, de sus normas

e instituciones y, sobre todo, del argumentario del legislador en sus iniciativas legislativas. La Ley 23/1976, de 19 de julio, que modifica el Código penal en materia de derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo, inaugura este periodo que se extiende hasta la promulgación de la Constitución en diciembre de 1978. Se trata de una fase en la que la carencia de un modelo legal de referencia de corte claramente democrático —las normas se siguen publicando en el marco general de las leyes fundamentales franquistas—, producen cierta inseguridad y contradicción en cuanto a principios y valores sobre los que se asientan las diferentes normas que, especialmente en materia penal, estaban necesitadas de referentes claros a los que el Código penal del setenta y tres no daba respuesta en su parte general.

Muestra de este modelo contradictorio es la mencionada ley 23/1976 que, manteniendo la protección penal de la moral como justificación para limitar el derecho de asociación, sin embargo, recurre a principios como la legalidad penal, la irretroactividad de la ley penal desfavorable y, sobre todo, al principio de culpabilidad como instrumentos para limitar el poder penal. En este último caso, resulta llamativa la necesaria, así lo considera el legislador, renuncia al Derecho histórico en favor de un principio garantista esencial del sistema penal, en un nuevo esfuerzo de adaptación de la norma penal “a la realidad social y política en que está llamada a insertarse”. El texto y la exposición de motivos ocultan la dura discusión de fondo mantenida durante la tramitación del proyecto<sup>9</sup>, especialmente por parte de quienes deseaban seguir manteniendo la prohibición del partido comunista, opción derrotada que se traduce en el texto y su justificación<sup>10</sup>.

En este periodo previo a la promulgación de la vigente Constitución no se producen reformas con un calado sustancial sobre el modelo penal. Razones de urgencia derivadas de la necesidad de adaptar este a un sistema político de trazas más democráticas con partidos políticos legalizados y elecciones libres llevan a

8 No es preciso retroceder mucho en el tiempo para ver cómo en casos recientes, tales como la desaparición de Marta del Castillo en Sevilla, se hayan espoleado algunas actitudes contrarias al derecho de todo procesado penal a no declararse culpable o no confesar los hechos que se imputan, rayanas en algunos casos —afortunadamente pocos— en la petición de la práctica de tortura para obtener información de los sujetos en poder de la justicia penal.

9 MUÑOZ CONDE, F., “Reformas penales de 1977”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1977, p. 120.

10 Sobre el proceso de tramitación de esta Ley, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2, 1976, pp. 206 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 3, 1977, pp. 651 y ss.

reformular aquellos contenidos que se consideraron totalmente incompatibles con la nueva realidad política, cambios que, por ejemplo, no afectaron a la inconstitucional regulación del terrorismo durante ese año<sup>11</sup>.

Durante estos cambios legislativos, muchas de las normas penales o con contenidos penales no incorporan justificación alguna, o las que incluyen son pura formalidad, a pesar de incorporar cambios tan importantes como la eliminación de los Tribunales de Orden Público (Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero), la eliminación de los delitos de adulterio y amancebamiento (Ley 22/1978, de 26 de mayo), la amnistía de 1977 (Ley 46/1977, de 15 de octubre) e incluso la incorporación al Código penal del delito de tortura que tanta significación tenía respecto del modelo policial y penitenciario del régimen anterior (Ley 31/1978, de 17 de julio). Estas ausencias sobre normas que tenían una fuerte relevancia respecto del modelo político, ideológico, e incluso moral-estatal anterior, parecen producto de la delicada situación política por la que aún atravesaba el país en el inmediato postfranquismo y de que las críticas institucionales parecían vedadas o innecesarias a cambio de que las reformas se materializaran de forma efectiva<sup>12</sup>. Incluso el Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modificaron determinados artículos de la Ley de Orden Público, que sí hace una valoración general en el texto de la necesidad de los cambios que incorpora, lo hace sin poner en entredicho de forma clara al régimen anterior manteniendo en la exposición de motivos expresiones tales como “paz pública nacional”, que habían sido el fundamento de numerosos actos de represión, o dando una interpretación ambigua del principio *non bis in idem* para mantener en lo posible el *status quo* del régimen en las nuevas circunstancias políticas. Es más, la parcial eliminación en esa reforma de la prisión por impago de multas gubernativas se fundamentó en la necesidad de acomodar la figura a una “más depurada técnica jurídico-penal”, cuando lo que correspondía era una crítica a la privación de la libertad de las personas

por parte de la Administración ordinaria, instrumento propio de los Estados autoritarios<sup>13</sup>.

Notable excepción representa en esta fase el Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, por el que se modificó el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, que, adelantando en parte lo que sería el contenido y la filosofía de la Ley Orgánica General Penitenciaria dos años después, adapta algunos contenidos de las Reglas mínimas de la ONU de 1955 a la legislación vigente. Quizás, lo más destacable de la exposición de motivos sea la insistencia en poner el fin resocializador en el centro de la reforma con frases, de contenido más bien literario, como que “nadie necesita más la auténtica justicia que quien por haber delinquido se separó de ella”<sup>14</sup>. Aunque una expresión como esta sea en cierto modo heredera de cierto paternalismo correccionalista, lo cierto es que está profundamente alejada de las reformas penales actuales en las que la búsqueda de la justicia sólo se asocia a la reparación de las víctimas de los delitos<sup>15</sup>, priorizando para los autores los cumplimientos en prisión de extensas condenas con fines exclusivamente de custodia y securitarios. Tan importante como esta finalidad es el reconocimiento que se hace en el séptimo fin concretado en la reforma que busca la eliminación de la arbitrariedad en la institución —lo que sólo se consigue realmente en 1979 con la LOGP— mediante una declaración de sometimiento de todo el sistema al principio de legalidad y al control de jueces y tribunales, lo cual supone un importante avance respecto del sistema precedente.

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se produce un cambio trascendental al constituirse en el eje del ordenamiento jurídico español, desapareciendo la incertidumbre de los años precedentes en los que las nuevas normas con vocación democrática se publicaban bajo normas generales y principios de un régimen no democrático. Ahora los referentes son claros y las normas penales encuentran cobertura en un texto de plena validez democrática que, desde el primer momento, crea el espacio necesario para la elaboración

11 MUÑOZ CONDE, F., “Reformas penales de 1977”, op. cit., p. 120.

12 En este sentido, el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, en el preámbulo se refiere al destierro y prohibición desde 1939 de las instituciones democráticas afirmando la obiedad aséptica de que son “instituciones y modos durante mucho tiempo no utilizados”, sin hacer referencia alguna a las causas de su ausencia.

13 MUÑOZ CONDE, F., “Reformas penales de 1977”, op. cit., p. 121.

14 Valoración de aquella reforma en, GARCÍA VALDÉS, C., “Un año de reforma penitenciaria”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, pp. 39-59.

15 ACALE SÁNCHEZ, M., “Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad”, en *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca-CISE, Salamanca, 2004, pp. 1.201-1.203.

de un texto penal de nueva planta capaz de dar respuesta a los retos de un sistema de plena participación política y respetuoso con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Esta aspiración intenta concretarse rápidamente con el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 sin éxito y, más tarde, con el Anteproyecto de 1983, pero hubo que conformarse, ante las numerosas dificultades políticas, ideológicas y técnicas encontradas para sacarlos adelante<sup>16</sup>, con la Reforma Parcial y Urgente del Código penal de 1983 y con sucesivas reformas hasta que en 1995, por fin, se pudo sacar adelante un Código penal completamente nuevo en su estructura, en sus contenidos y adaptado en sus fines político criminales a un sistema democrático occidental homologado.

Desde 1978 hasta la reforma de 1983 son escasos los cambios legales en materia penal —hecha la salvedad de la promulgación en 1979 de la Ley Orgánica General Penitenciaria—, a causa, seguramente, de la tramitación en ese periodo de los proyectos mencionados, razón, entre otras, por la cual ninguna de estas normas incorpora una explicación por parte del legislador. Ni siquiera la LOGP, tan alabada en su momento, llevaba incorporada exposición de motivos o preámbulo<sup>17</sup>, tal vez porque asumía plenamente los que anunciaba el mencionado Real Decreto 2.273/1977 de modificación del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias. Reformas en materia de terrorismo, pena de muerte, delitos monetarios, delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación, y delitos de rebelión, no merecieron comentario alguno del legislador, situación llamativa especialmente en este último caso al tratarse de la respuesta penal al intento de golpe de Estado de ese año que puso en jaque al sistema democrático en sus primeros momentos<sup>18</sup>. El

legislador seguía actuando de forma *prudente* aprobando normas que consolidaran el modelo democrático sin crear tensiones excesivas con los defensores del anterior sistema político, por entonces, bien asentados aún en instituciones sensibles del Estado.

Paralizados numerosos cambios reclamados por la doctrina penal a la espera de que se concretaran en un nuevo código, el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 (PLOCP) intenta ser la respuesta a dichas aspiraciones. Finalmente en el olvido<sup>19</sup>, el PLOCP de 1980 inició en su Exposición de Motivos un intento de explicación del cambio penal dentro de un cambio de sistema político. Con todos los defectos que apunta López-Rey y Arrojo<sup>20</sup>, el proyecto pretendía ser la nueva cara del castigo en un sistema democrático, centra de forma declarada y expresa en la intervención mínima los objetivos de la reforma y pretende ser audaz, sin conseguirlo demasiado, en algunos terrenos hasta el momento vedados, incluso doctrinalmente, al Derecho penal, especialmente en materia socioeconómica, materia en la que ni siquiera en la aproximación al objeto de protección el pre legislador estuvo acertado<sup>21</sup>.

Objeto de múltiples críticas marcó, no obstante, la senda de lo que en el futuro debería ser un Código penal de nueva planta concebido bajo principios políticos democráticos, y respetuoso con las garantías y derechos fundamentales de las personas individuales.

## 2. Las primeras reformas democráticas en profundidad: desde la RPUCP de 1983 hasta el Código penal de 1995

Calificada como “obertura” de una nueva legislación penal<sup>22</sup>, la reforma parcial y urgente del Código penal en 1983 (RPUCP) supone el primer paso hacia

16 QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 15.

17 Es preciso aclarar que el Proyecto de Ley General Penitenciaria, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 148, de 15 de septiembre de 1978, sí llevaba incorporada una exposición de motivos, que fue finalmente suprimida, y en la que se incorporaban las líneas apuntadas en el RD 2273/1977, abundando en la idea básica de que el tratamiento resocializador se basaba en la potenciación del régimen abierto sobre el régimen cerrado, de modo que se creaban las condiciones básicas de reinserción del condenado a prisión.

18 ARROYO ZAPATERO, L., “La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, pp. 379 y ss.

19 BERISTAIN apunta defectos del texto que lo abocan al fracaso por la “falta de calidad literaria, por falta de realismo, por falta de seguridad jurídica, por exceso de represión, por exceso de cláusulas penales en blanco” (“El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de las estructuras”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 3, 1980, p. 588).

20 Ausencia de base criminológica, explicitación de líneas político criminales confusas, grandilocuencia y ambigüedad (LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., op. cit., pp. 315-318).

21 Al respecto, MUÑOZ CONDE, F., “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de ley Orgánica de Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 112-113.

22 QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 17.

un cambio sustancial de la legislación penal española desde 1870. Algunos de los importantes cambios que incorpora suponen la conversión real de un Derecho penal decimonónico propio de los primeros Estados modernos en uno característico de un Estado social y democrático de Derecho, tal y como marca el texto constitucional de 1978.

Si bien la Constitución incorporó algunos contenidos de naturaleza penal, estos constituían principios o límites a los que el legislador debía ir adaptando la normativa ordinaria, pero que no resolvían cuestiones de gran calado como, por ejemplo, la permanencia de formas de responsabilidad objetiva en el Código penal. Debía ser el legislador ordinario quien diera respuesta a estas necesidades de modernización, siendo este periodo el de cambios más profundos, con la excepción que supondría la amplia transformación del Código penal de 1995.

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, marca este inicio con la convicción del legislador de que los intentos fracasados de redacción de un código nuevo en los años precedentes no podía ser un obstáculo para realizar importantes cambios que hacían incompatibles el entonces vigente Derecho penal con las exigencias democráticas de un Estado de Derecho<sup>23</sup>. Esa constituye la primera reflexión de la Exposición de Motivos de la Ley, cuyo principal afán se centra en dar sentido a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, modificando el artículo primero del código y demás relacionados con el establecimiento de una responsabilidad penal basada exclusivamente en el dolo o la culpa<sup>24</sup>.

Con algunas excepciones históricas, como la muy extensa Exposición de Motivos de la Ley de 27 de octubre de 1932, que reforma el Código penal de 1870, la explicación del legislador de la reforma de 1983 es la más prolija del reciente periodo democrático, muy por encima de la propia Exposición de Motivos del Código penal vigente y de la reforma de 2010, hecho que ilustra claramente la necesidad de expresar, fundamentar y justificar en ese momento la introducción de grandes

cambios que, por fin, representasen una metamorfosis profunda de un Derecho penal anclado, en parte, en el siglo XIX, tanto en su concepción como en su desarrollo.

Esta reforma inicia una fase transformadora que lleva implícita una voluntad de reducción de la intervención penal, no tanto en el sentido de eliminar infracciones penales de vigencia discutible —algo que se propone, con limitado alcance, la reforma efectuada mas tarde a través de la Ley Orgánica 3/1989—, como de atemperar los efectos perniciosos y excesivos que producían figuras como la multireincidencia o el tratamiento injusto de la inimputabilidad, cuya finalidad político criminal securitaria parecía más propia del régimen autoritario anterior que de una democracia moderna.

El tratamiento de la multireincidencia constituye un buen termómetro capaz de medir las tendencias de la política criminal, sendero que en la actualidad parece circular por diferentes derroteros a los de esos años. Basta con comparar el argumento del legislador de 1983 para eliminar esa figura con el argumento del legislador de 2003 para reintroducir una formula de efectos similares solo 20 años después. En la LO 3/1983 se afirmaba que “la exasperación del castigo del delito futuro, de por si contraria al principio ‘non bis in idem’, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal del castigo para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”.

Por su parte la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, justifica en su Exposición de Motivos de la siguiente forma el recurso a la agravación de la reincidencia, que vuelve a situar la figura muy cerca de la antigua multireincidencia<sup>25</sup>: “la realidad social ha puesto

23 Tras el fracaso del Proyecto de 1980, algunos intentos de amplia reforma como el de 26 de febrero de 1982 quedaron igualmente abortados (MIR PUIG, S y MUÑOZ CONDE, F., “Propuesta alternativa de la parte general del Código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pp. 609 y ss.).

24 Sobre el alcance de la reforma, CUELLO CONTRERAS, J., “La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición. La reforma del CP, de 25 de junio de 1983, algunos años después”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 32, 1987, pp. 273 y ss.

25 FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., “Un Código penal en continua reforma”, en AAVV, *Las últimas reformas penales*, ed. Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2008, pp. 192-193; SALINERO ALONSO, C., “Reflexiones y apuntes sobre las últimas reformas del sistema de penas”, en *La reforma penal a debate*, coords. Diego Díaz-Santos, Fabián Caparrós y Rodríguez Gómez, ed. XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal, Salamanca, 2004, pp. 91 y ss.

de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada. El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales. Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado”.

Se pasa de una posición contraria a esta técnica de incremento penal basada, con razón, en la violación del principio de legalidad, a una justificación sostenida en el principio de responsabilidad por el hecho, argumento curioso ya que el incremento de pena no se produce por un nuevo hecho, sino por la consideración del sujeto como “profesional” del delito y, por lo tanto, merecedor de mayor pena que el no profesional sin que, en el primero de ellos, exista un hecho nuevo real que aumente la carga del injusto. La reforma de 2003 se enmarca en la consolidación del modelo penal securitario en España, en el que paulatinamente los objetivos de seguridad se imponen a los de garantía penal, propios del Derecho penal liberal.

En todo caso, la reforma de 1983 también llevó implícita una autocensura importante, a pesar del cambio de las circunstancias políticas, auto limitación que se manifiesta en dos de las materias más polémicas que hicieron fracasar al Proyecto de 1980: el aborto y la

delincuencia socio-económica, aspectos que en el texto finalmente publicado en el BOE en 1983 se descolgaron de las propuestas iniciales para abordarlas en momentos posteriores más *adecuados*<sup>26</sup>.

Los importantes cambios que se producen en 1983, mantienen una continuidad hasta la promulgación del Código penal de 1995, con excepciones importantes en temas en los que tradicionalmente cada paso que se ha dado ha sido para incrementar la presión penal, esto es, fundamentalmente el terrorismo y el narcotráfico. Es interesante, desde el plano de la justificación legislativa, el caso del terrorismo debido a la falta de argumentación sobre tales reformas en el periodo democrático, con alguna excepción como la reforma del Código penal mediante la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio para la represión de la “violencia callejera” o la reforma del Código penal y de la ley del menor mediante LO 7/2000, de 22 de diciembre.

En cambio la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código penal, la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal, o la LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código penal —para sancionar la convocatoria de referendums ilegales— imponen cambios importantes o incrementos de la acción punitiva del Estado sin que éste se considere en la necesidad de explicar tales modificaciones. Probablemente la habitual coincidencia en esta materia, en la línea de incremento de la represión, por parte de la mayoría de partidos políticos representados en las cámaras legislativas, y la excepcionalidad que suele acompañar a las disposiciones legales en esta materia<sup>27</sup>, hayan hecho que ni los diferentes gobiernos en sus proyectos enviados al parlamento, ni esta institución misma, se hayan preocupado de explicar el sentido de sus propuestas político criminales, algunas de ellas de dudosa compatibilidad con los límites propios de la intervención penal.

Justo lo contrario ocurre con el narcotráfico (LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal

26 FERNÁNDEZ ALBOR, A., “Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, en relación con los Proyectos anteriores”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 14-15.

27 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Crítica de la política penal del orden público”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 66-68.

en materia de tráfico ilegal de drogas, LO 8/1992, de 23 de diciembre), materia en la que, siguiendo la misma línea de punición ascendente que en el caso del terrorismo, el legislador sí ha considerado pertinente ofrecer largas explicaciones sobre las reformas introducidas, tanto en las normas específicas sobre la materia como en reformas más amplias en las que también se ha abordado este tema. La Ley Orgánica 1/1988 estructura la política criminal en esta materia para las siguientes décadas basada en tres ideas fundamentales que incorpora en su Preámbulo: penas más elevadas; incautación de los beneficios económicos derivados del delito; y cooperación internacional. A modo de compensación, y más propio de esta época reformista, se introduce un tratamiento penal específico para el delincuente toxicómano que prioriza ideas preventivo especiales, y finaliza el preámbulo con una frase sin traducción legal que reconoce que la prevención y el tratamiento de las toxicomanías son igualmente importantes y que los programas para alcanzar esos objetivos exigen un “considerable esfuerzo económico y planificador, que ha de tener su reflejo en los presupuestos correspondientes”. La realidad ha demostrado que estos esfuerzos se han centrado en la represión del narcotráfico, llevándose éstos la parte del león de los presupuestos públicos ante el fracaso de las escasas políticas de prevención que han mostrado su falta de incidencia en las cifras de consumo de drogas que colocan a España a la cabeza de las listas mundiales.

En todo caso, con estas dos excepciones que parecen moverse dentro de programas político criminales independientes, no influenciados por otras líneas más generales, la naturaleza reformista de este periodo es claro, y la línea iniciada por la reforma de 1983 se concreta de forma amplia en la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal. En la misma se realiza un declaración inmediata al inicio del Preámbulo que, si bien en la práctica resulta más modesta de lo que aparenta<sup>28</sup>, no deja de resultar llamativa al ser la primera ocasión en la que el legislador basa una reforma amplia del texto penal en el principio de intervención mínima. En base al mismo realiza una crítica al exceso de la norma que incluye “infracciones penales carentes de sentido en la actualidad”, crítica que amplía el legis-

lador también a las penas por el desequilibrio claro que encuentra en ese momento entre las de naturaleza penal y las del resto de ramas del ordenamiento con poderes sancionadores.

Esta fundada crítica general al Código en 1989, sin embargo, tiene una concreción mucho más limitada de la que anuncia, ya que finalmente se traduce en una reformulación del Libro III de las Faltas, así como del capítulo de las lesiones y otros preceptos, buena parte de los cuales deben ser readaptados por los cambios introducidos en este último libro<sup>29</sup>. A pesar de la declaración inicial de sobredimensión de la legislación penal, y salvo en lo relativo a las faltas, en realidad se aprovecha la reforma para introducir nuevos tipos penales en materia de seguridad del tráfico, nuevos delitos de abandono que ahora se encuentran incluidos entre los que lesionan las relaciones familiares o los delitos contra la libertad sexual, todo ello con voluntad de complementar aspectos no resueltos en la reforma de 1983 o que han surgido novedosos en ese periodo. Por lo tanto, la vocación general descriminalizadora que se anuncia se diluye en parte al no buscarse una *limpieza* a fondo del Código penal, sino una actualización de aspectos reformables, dejándose otros temas importantes, de nuevo, para momentos posteriores<sup>30</sup>. Como afirmaron en su momento BOIX, ORTS y VIVES, la reforma buscó más resolver de forma pragmática problemas que acuciaban el funcionamiento de los tribunales de justicia<sup>31</sup>, que realizar una revisión a fondo y coherente de los defectos que presentaba un Código penal anticuado que seis años después sería finalmente sustituido por otro de nueva planta. De esto último, el propio legislador era plenamente consciente cuando, sobre la reforma de los delitos imprudentes, asegura en el Preámbulo que la entonces regulación en esa materia constituía un “peculiarísimo sistema destinado a desaparecer en su día cuando un nuevo y completo Código Penal pueda establecer el sistema de incriminación singularizada de las formas culposas de determinados delitos”.

Entre la reforma parcial y urgente de 1983 y la actualización de 1989, otras reformas intermedias se enmarcan en la línea reformista en las que la acción legislativa se auto justifica en una mayor protección del ciudadano individual que se enfrenta al sistema penal,

28 De confusa la califican BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 200.

29 DEL ROSAL BLASCO, B., “El nuevo tipo básico de los delitos de lesiones en el Código penal (art. 420, párrafo primero)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, pp. 31 y ss.

30 *Ibidem*, pp. 17-18.

31 BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T. S., *op. cit.*, p. 201.

más que en la protección de intereses colectivos justificadores de limitaciones de derechos fundamentales. Así la LO 10/1983, de 16 de agosto, que modifica la Ley de régimen jurídico de control de cambios que argumenta a favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos, la concordancia con el orden constitucional y la protección del derecho a la libertad personal. Lo mismo puede decirse de la LO 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas que, lejos de las invasivas políticas nacionales e internacionales actuales sobre control de comunicaciones y telecomunicaciones para la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, acude a la “sensibilidad democrática” para fundamentar la protección máxima del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. Protección de derechos que hace que la LO 9/1984, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, llegue al punto de fundamentar los cambios atemperadores del rigor y automatismo de la reforma de 1980 en la doctrina tanto del Tribunal constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque sin exposición de motivos, de esta línea de reforma es expresiva la LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código penal, que despenalizó parcialmente el aborto mediante el sistema de indicaciones. Aunque limitado, supuso en su momento uno de los más claros ejemplos de descriminalización acorde con un sistema social y democrático de Derecho. A pesar de ello y del cambio tan importante que produjo en esa materia y de la polémica social suscitada al efecto, el legislador no quiso argumentar sobre la necesidad de la reforma, sobre una posible base constitucional de la descriminalización, o con cualquier otro argumento, tal vez por prudencia pragmática asociada al hecho de buscar la efectiva aprobación de la norma evitando más fuentes de polémica. Nada que ver con la reciente LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuya exposición de motivos explica con abundancia las razones

de la reforma y las bases jurídicas y sociales en las que se fundamenta.

Otras reformas que modificaron tipos penales entonces vigentes o introdujeron nuevas infracciones se llevaron adelante sin exposición de motivos<sup>32</sup>, siendo consciente el legislador de que se iniciaba a principio de los años noventa un nuevo intento codificador que llevaría en la primera mitad de la década a realizar pocos cambios legislativos en espera de ese texto que debía marcar el final de la transición en materia penal. Algunas reformas puntuales en materia de secreto en las comunicaciones<sup>33</sup>, genocidio<sup>34</sup> o delito fiscal<sup>35</sup>, preceden al nuevo texto sin que aporten grandes cambios político criminales con la excepción de la introducción de la discutible regularización tributaria, justificada en la exposición de motivos en la necesidad de salvaguardar el cumplimiento voluntario de las obligaciones de los contribuyentes. Pobre argumento este que antepone los intereses económicos de los defraudadores a la protección del bien jurídico protegido por el Derecho penal, el cual cede por razones utilitaristas que, pudiendo ser perfectamente trasladables a otras conductas atentatorias contra bienes jurídicos patrimoniales individuales, en ningún caso el legislador se plantea como viable. No es un ejemplo de reducción de intensidad de la intervención penal por aplicación de la intervención mínima, sino de una traslación automática de una solución administrativa derivada del principio de oportunidad, que, en España, resulta contrario al ordenamiento jurídico penal.

La Ante-propuesta de 1992 y el Proyecto de 1994 cierran esta fase reformista que culmina con el Código penal de 1995 y que pretende convertirse en el texto penal que responda a todas las exigencias propias del sistema democrático plasmado en la Constitución de 1978. Llamado *Código penal de la democracia*, ha sufrido importantes cambios en apenas quince años de vigencia que son reflejo de una evolución político criminal que ha cambiado la orientación reformista de los primeros veinte años de democracia por otra orientada a satisfacer exigencias securitarias colectivas de discutible compatibilidad con el pleno desarrollo de la Constitución española.

32 Ejemplo de estas reformas son la LO 6/1987, de 11 de noviembre; LO 7/1987, de 11 de diciembre; LO 3/1988, de 25 de mayo; LO 5/1988, de 9 de junio; y la LO 9/1991, que incorpora un capítulo sobre tráfico de influencias.

33 LO 18/1994, de 23 de diciembre, por la que se modifica el Código penal en lo referente al secreto de las comunicaciones.

34 LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio.

35 LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

### 3. El cierre del periodo reformista y el cambio de orientación hasta la reforma de 2010

La promulgación de un nuevo Código penal en 1995 cumplía una aspiración reclamada por todos los sectores implicados desde los primeros pasos democráticos dados tras la muerte del dictador. Todas las transformaciones sufridas por el texto del setenta y tres en ese periodo, si bien habían resuelto no pocos problemas técnicos y de justicia material, no habían conseguido eliminar ni la anticuada estructura de la ley, ni la orientación separada de la protección de las personas por encima de las instituciones. El inicio del Libro II del código por los delitos contra la seguridad del Estado seguía siendo indicativo de una ideología anclada en los modelos continentales decimonónicos que utilizaban el Derecho penal, de manera prioritaria, para proteger a las instituciones públicas de los posibles ataques de los ciudadanos en situaciones de conflicto social, de forma preferente sobre las lesiones de los intereses de aquellos por parte de las estructuras de poder, formal o informal, cuyos intereses quedaban bien protegidos en el Código penal.

El nuevo texto representaba la oportunidad de iniciar de nueva planta un código moderno, sin lastres derivados de la historia política y social anterior al periodo democrático, y con vocación de ser un texto de cierta estabilidad temporal, al menos en su orientación ideológica y en su estructura básica. Con esa intención lo llevó adelante el gobierno de entonces y se tramitó en las Cortes<sup>36</sup>, quedando recogida esa voluntad en la Exposición de Motivos cuando proclama su voluntad de adaptación a los valores constitucionales y al afirmar de manera innecesaria y pomposa que el “Código penal ha de ser de todos”, como si pudiera ser de otra forma en un sistema democrático.

Como se ha criticado en muchas ocasiones, la Exposición de Motivos del Código reincide en el permanente defecto de mantener como tal el texto con el que los gobiernos presentan una propuesta legal en el Congreso y el Senado, sin incorporar elementos de la discusión parlamentaria, proceder que no siempre queda explícito, pero que en este caso está mostrado de forma expresa en el último párrafo de la exposición de motivos. Este defecto a veces produce situaciones de perplejidad al sufrir importantes transformaciones los proyectos de ley en su tramitación parlamentaria que, o

bien no quedan reflejadas en el preámbulo o incluso se contradicen con el mismo.

En el caso del Código penal de 1995 llama la atención lo sintético del texto introductorio dado lo profuso que históricamente ha sido el legislador español en explicar con detalle los cambios legales que ha considerado importantes. Sólo hay que comparar la Exposición de Motivos de este texto con algunas de las importantes reformas que ha tenido después para destacar este aspecto. Sólo las veinte páginas de preámbulo de la última reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, constituyen un ejemplo, algo exagerado, del gusto del legislador español por explicar su propio trabajo. En esa misma línea se pueden citar la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, o la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En todos estos casos la explicación sobre las causas y las necesidades de las reformas, así como sobre los contenidos que aportan, son tan extensos que parecen pretender en muchos casos agotar las posibilidades interpretativas de los cambios que introducen facilitando o limitando la capacidad interpretativa de doctrina y tribunales, lo cual es especialmente visible en la última extensa reforma de 2010.

El texto de 1995, en cambio, es muy sintético, se limita a enumerar cinco transformaciones que considera esenciales e ilustrativas de la nueva orientación legal y político criminal, y, desde el punto de vista técnico, a realizar una defensa de la legislación penal especial, en lo que considera una muestra de modernidad frente al clásico modelo codificador con vocación de universalidad que califica de “innecesaria y perturbadora” con argumentos más bien débiles.

En realidad la Exposición de Motivos poco tiene que ver con las bondades del texto y ofrece cinco argumentos que, o bien no se corresponden con el contenido de la ley, por optimismo desmesurado o por exageración, o bien plantean una contradicción en el argumento que lo hace innecesario. Ejemplo de lo primero es la anunciada reforma total del sistema de penas que, nominalmente, pretende introducir por primera vez un verdadero sistema de penas alternativas a la privación de libertad y que en la práctica es un sistema pírrico,

36 El Anteproyecto de 1992 recibió de nuevo numerosas críticas de corte similar a las que recibió una década antes el Proyecto de 1980, aunque con distinta suerte. Al respecto ver el crítico *Informe sobre el anteproyecto de Código penal* elaborado por la Asociación Profesional de la Magistratura tras su publicación (*Cuadernos de Política Criminal*, núm. 47, 1992, pp. 309-330).

poco imaginativo y de eficacia, luego demostrada, mínima para conseguir la resocialización buscada<sup>37</sup>. De lo segundo es ejemplo la declaración que considera antinómico al principio de intervención mínima y “las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja”<sup>38</sup>. En ningún caso se trata de antinomias, sino de que los procesos de criminalización y descriminalización sean respetuosos con dicho principio. La identificación de aquello que en cada momento necesita protección penal y aquello que no la merece es un proceso permanente y dinámico que exige una reflexión continua y que bajo una correcta formulación de la intervención mínima permite engrosar o aligerar la ley penal<sup>39</sup>.

En efecto, en el Código penal de 1995, como señaló más arriba LÓPEZ-REY respecto del proyecto de 1980, el legislador se podía haber ahorrado una Exposición de Motivos tan vacua y contradictoria. Los méritos del nuevo código estaban insertos en la propia norma y, o bien precisaba una explicación más comprometida con el profundo cambio que conllevaba y con la explicación de una verdadera política criminal, o bien bastaba con iniciar la publicación en el BOE directamente desde el título preliminar.

En todo caso, lo cierto es que el nuevo texto, en efecto, supuso un amplio proceso de revisión de contenidos tanto de la parte general como de la parte especial en el que la simultánea aparición de nuevas infracciones y eliminación de otras estaba presidido, con mayor o menor acierto, por la voluntad de ajustar el resultado a las exigencias de la mínima intervención en las postrimerías del siglo XX. Poco que ver con la inmediata carrera ascendente en la criminalización y agravación de las consecuencias que se inicia poco después en un cambio de orientación político criminal clara y cuyo punto álgido es la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica el Código penal y la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en relación con los delitos de terrorismo, y que se mantiene prácticamente incólume hasta la última reforma de 2010.

Desde la entrada en vigor del Código, hasta la LO 7/2000, las pocas reformas efectuadas se podrían califi-

car de retoques, o cambios puntuales, con la excepción del cambio trascendental que conllevó cumplir con la previsión del artículo 19 y la Disposición transitoria duodécima del código, al establecer un sistema de responsabilidad penal propio para los menores, que se había reclamado desde casi todas las instancias académicas y profesionales durante mucho tiempo. Este paso, que homologaba a España con la mayor parte de países de nuestro entorno, en realidad no implicaba una reforma o cambio de modelo en el año 2000, sino la materialización de una nueva política criminal a desarrollar con los menores anunciada y prevista en 1995 en el Código penal, pero que no pudo ver la luz sino hasta ese momento posterior. Es, por lo tanto, el año de promulgación del código el último que marca una política criminal reformista y de actualización de la ley penal basada en la protección de los derechos de las personas por encima de otros intereses, con alguna excepción.

En los años inmediatamente posteriores, las reformas penales no suponen auto rectificaciones del legislador, la primera de las cuales llegaría en 1998, sino cambios que derivaban de transformaciones producidas en otros terrenos que obligaban a actualizar la ley penal. Ejemplo de ello son la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y la LO 7/1998, de 5 de octubre, de modificación del Código penal por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos. En ambas exposiciones de motivos el legislador justifica los cambios en situaciones que hacen imposible la vigencia de las normas penales preexistentes por alterarse la realidad material y legal que regulan, por un lado, por la incorporación de España a la Unión Europea, que obliga a reconsiderar la regulación del delito de contrabando, y por otro, por la profesionalización de las Fuerzas Armadas, que, además de por razones materiales de fondo, hace inviable el delito de insumisión en los términos entonces regulado. A estas normas se suman, la que abole definitivamente del ordenamiento español la pena de muerte —LO 11/1995, de 27 de no-

37 LARRAURI PIJOAN, E. y CID MOLINE, J., *Penas alternativas a la prisión*, ed. Bosch, 1997, pp. 55 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

38 Véase la crítica de SÁEZ VALCÁRCEL al Código en su conjunto y, en particular, al sistema de penas (“El nuevo código: maximalismo penal”, en *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, pp. 1-7).

39 Advierte QUINTERO que “lo que en España viene sucediendo no es un fenómeno de transformación del Derecho penal impuesto por la modernidad o el desarrollo postindustrial, sino un intolerable aumento y endurecimiento del Derecho penal clásico a la vez que las infracciones que debe imponer el tiempo que vivimos se configuran mal y se aplican peor” (*Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 53).

viembre— y la modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria para regular mejor la situación de las mujeres presas con hijos menores —LO 13/1995, de 18 de diciembre—.

Ninguna de las normas mencionadas altera el contenido del Código penal, pero el legislador ya en 1998 ve la necesidad de realizar el primer cambio con la LO 2/1998, de 15 de junio, para afrontar el fenómeno de la violencia callejera —así comienza la Exposición de Motivos— con una reforma del delito de amenazas (art. 170) y de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 514, apartados 4 y 5). Consciente de la cercanía temporal con la entrada en vigor del nuevo código, el redactor del texto asume la pronta reforma alegando que no consiste en un cambio, sino en una ampliación complementaria para la protección de intereses jurídicos importantes al hilo de la evolución criminológica de formas que considera de terrorismo sociológico, que no jurídico, al declarar que se trata de conductas que no se pueden incardinar en el capítulo del Código relativo a esos delitos. Bajo esa premisa se inicia un periodo marcado por una línea político criminal que tiende a elevar la intensidad penal y a la especialidad de las normas penales por encima de las exigencias de abstracción y generalidad. En la Exposición de Motivos se explicita así en varias ocasiones al afirmarse que, si bien existen preceptos generales que podrían acoger las conductas consideradas en ese momento intolerables —amenazas, coacciones, desobediencias—, es necesario concretar cada posible comportamiento sobre el que exista duda de que por vía interpretativa pueda quedar sin sanción.

Este modo de proceder en ningún caso es extensible a todos los contenidos o materias que la ley penal aborda, sino que se desarrolla alrededor de aquellas formas de criminalidad que se encuentran más próximas a lo que se viene denominando como Derecho penal del ene-

migo, del que, por supuesto, las materias económicas, la corrupción<sup>40</sup> o el medio ambiente están excluidos. Y esa exclusión empieza a ser preocupante en los Estados de Derecho porque parece extenderse la opinión de que frente a formas de delincuencia especialmente grave la técnica jurídica y el ejercicio de los derechos resulta un obstáculo a salvar más que una fuente de seguridad para todos los ciudadanos, por lo que, ante esta deriva, es preciso reivindicar la coherencia que pide TERRADILLOS cuando afirma que “no cabe defensa penal del Estado que no sea defensa de los derechos de la persona; no cabe la tutela de estos derechos mediante el dudoso procedimiento de pisotearlos”<sup>41</sup>.

La tímida reacción contra el Código de 1995 de la mencionada LO 2/1998, se transforma en crítica abierta un año después en la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal<sup>42</sup>. En esta reforma a fondo de los delitos contra la libertad sexual, no sólo se incorporan nuevas conductas que el redactor original del Código pudo olvidar, sino que se aprovecha para justificar el cambio en “los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código penal de 23 de noviembre de 1995”. Se trata de una justificación ideológica que responde a un requerimiento construido sobre la nada desde el punto de vista criminológico, teniendo en cuenta que el Código de 1995 entró en vigor a mediados de 1996, y que la tramitación de la LO 11/1999 se inició, como afirma el legislador en su misma Exposición de Motivos, con dos iniciativas parlamentarias de noviembre de 1996 y mayo de 1997, mucho antes de que pudiera el nuevo texto aplicarse en estos delitos a casos reales. Esta ley orgánica marca, realmente, el inicio de una tendencia político criminal securitaria en la que los cambios legislativos se fundamentan, sobre todo, en la percepción

40 VIRGOLINI, J., “Los delitos de cuello blanco”, en *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, coords. Terradillos Basoco y Acale Sánchez, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 61; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 1, 2009, pp. 347 y ss.

41 TERRADILLOS BASOCO, J., “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, coords. Serrano-Piedecabras Fernández y Demetrio Crespo, ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 272.

42 QUINTERO se expresa contra este proceder crítico del legislador hacia el legislador precedente: “el escepticismo sobre la bondad de la ley penal, cuando no la seguridad de que es una ley muy defectuosa, resume el sentimiento más generalizado, sentimiento que no va precedido de conocimiento alguno. Eso es lo que desgraciadamente permite después imputar (injustamente) a las leyes penales la responsabilidad de muchos de los males que aquejan a la sociedad española, lo cual es la justificación absoluta de la perenne necesidad de reformarlo diciendo que se va a hacer lo que otros no supieron hacer” (*Adonde va el Derecho penal*, op. cit., pp. 61-62).

que de los mismos tiene la opinión pública o, más bien, los medios a través de los cuales aquella se manifiesta. Quizás lo más lamentable sea el recurso continuo del legislador a principios garantistas que, al formularse de forma tan general, pueden apoyar cualquier orientación político criminal sin mayores dificultades. En esta norma de 1999 el legislador acude a principios como el de proporcionalidad, de prevención general o de prevención especial por igual, para criticar las penas e incrementarlas de forma considerable respecto de un código con tres años de antigüedad o para introducir tipos delictivos que más tienen que ver con una forma de entender la moral sexual que con la verdadera protección de bienes jurídicos.

Otra de las tendencias que se inician a partir de este momento es la identificación de fenómenos sociales que incluyen derivaciones penales, manifestaciones que han terminado por situar la respuesta penal en la primera línea de la contestación política y jurídica a los mismos. En vez de ir reduciendo la especialidad y la excepcionalidad que venían rodeando de forma tradicional al narcotráfico o al terrorismo, el legislador se ha lanzado a una carrera por añadir conflictos sociales a esa dinámica, utilizando las mismas vías límite, u otras similares. La seguridad vial, la inmigración, la violencia de género y el crimen organizado se han convertido en los nuevos fenómenos con expresiones delictivas en los que las reglas generales no se consideran suficientemente eficaces y es preciso retorcer las normas, y los principios que las limitan, para alcanzar objetivos —sin duda loables para reducir daños y muertes—, a través de medios y fórmulas de muy dudosa constitucionalidad. La confianza del legislador en la capacidad de la ley penal, por sí misma, para afrontar estos problemas resulta excesiva, y, por ello, viene utilizando una terminología en la redacción de las normas, y especialmente en las exposiciones de motivos, que denotan dicha confianza o la voluntad de trasladar a la ciudadanía que las reformas penales son la gran solución para aquellos<sup>43</sup>. En materia de violencia de género ya la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, considera a la ley penal capaz de *erradicar* las

conductas delictivas consistentes en malos tratos, erradicación que busca de nuevo el redactor de la reforma penal que introduce la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en materia de seguridad vial el preámbulo de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, cree posible con la reforma conseguir, al menos, que ninguna conducta de *violencia vial* quede impune.

Este recurso sistemático al Derecho penal para afrontar todos los conflictos sociales está animando a cualquier colectivo que se sienta lesionado en sus intereses a buscar en la ley penal la respuesta a sus problemas. De este modo, para proteger a los menores de conductas de contenido sexual se castiga de modo absurdo la simulación de menores en material pornográfico en el artículo 189.7 del Código penal, las asociaciones de vecinos reclaman la intervención de las instituciones del sistema penal para defenderse del botellón o las sociedades de autores pretenden la calificación como infracción penal de los intercambios no lucrativos entre particulares de obras protegidas por los derechos de autor. El Derecho penal transforma progresivamente su naturaleza subsidiaria en preferente sin quedar demostrado empíricamente que otras opciones legales, políticas o sociales han fracasado o son inidóneas para abordar esos problemas<sup>44</sup>. El legislador, en las exposiciones de motivos y preámbulos se limita a calificar determinadas conductas como intolerables o, lo que resulta más impropio, simplemente los resultados, de modo que la constatación de un daño repetido termina por ser suficiente para hacer intervenir al Derecho penal sin que se haga una reflexión seria sobre el comportamiento y el desvalor de acción que incorpora.

Esta línea ascendente del Derecho penal securitario se plasma con claridad en la LO 7/2000, de 22 de diciembre que, además de modificar el Código penal de 1995, reforma la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en un ejercicio inédito de auto rectificación previo a la entrada en vigor de una ley sometida a crítica por el mismo legislador en el periodo de *vacatio legis*. La Exposición de Motivos de la LO 7/2000 mantiene el discurso contradictorio de incorporar medidas que, en su puesta en práctica, resultan

43 NÚÑEZ PAZ, M. A., “Dogmática penal y Política criminal frente a la reforma penal”, en *La reforma penal a debate*, coords. Diego Díaz-Santos, Fabián Caparrós y Rodríguez Gómez, ed. XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal, Salamanca, 2004, pp. 31-32.

44 LAURENZO COPELLO, respecto del uso expansivo del Derecho penal, en concreto en materia de violencia de género (“Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 44).

incompatibles con los principios que afirma defender<sup>45</sup>. De este modo, realiza un cambio radical tanto en los aspectos jurisdiccionales, sancionadores y de ejecución de medidas de la original LO 5/2000, con las siguientes palabras: “para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”. En realidad, excepcionar la jurisdicción ordinaria, incrementar las sanciones en tiempo y en cantidad, impedir su aplicación a jóvenes y hacer cumplir las medidas en centros *especializados*, tiene muy poco que ver con el espíritu rehabilitador derivado del superior interés del menor, interés que claramente cede por razones de prevención general antiterrorista dirigidas a incrementar la seguridad sobre cualquier otra consideración<sup>46</sup>.

En todo este proceso es el año 2003 el que aglutina los cambios más importantes del Código de 1995 y el que muestra con mayor claridad la orientación político criminal de este periodo. Las Leyes Orgánicas 1, 7, 11, 13, 15 y 20 de 2003, y otras que se promulgaran en los siguientes años, se apuntan a las políticas de tolerancia cero en diversas materias, consagradas tras los atentados en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. En esta ceremonia de la confusión entre delito y conflicto, la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía democrática en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales, modifica el artículo 505 del Código penal como parte de una política criminal que consiste, según su Exposición de Motivos, en *aislar a los terroristas*. Para alcanzar este objetivo, se busca, además de reforzar el contenido del Título XXII con una incesante expansión del mismo, impregnar tantos capítulos del Código penal como sea posible, de tal forma que la finalidad terrorista, por imprecisa que sea la expresión aplicada a cualquier delito, sea un denominador común de toda la legislación penal<sup>47</sup>.

La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma penal para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, marca una línea de legislación que se podría denominar, “legislación sin complejos”. Si bien se encuadra en este modelo securitario iniciado en 1998, por primera vez el legislador explicita en la Exposición de Motivos, incluso en el propio título de la ley, que la legislación penal española es fuente de inseguridad para el colectivo de ciudadanos, y no para el procesado o condenado, especialmente cuando éste es autor de infracciones penales graves. El IX Motivo resume cual es la filosofía de la ley, “garantizar la seguridad jurídica en el cumplimiento efectivo del contenido de las sentencias penales”, para lo cual el legislador toma como punto de partida una falsedad jurídica, esto es, que hasta ese momento las penas impuestas por un juez en algún momento de la ejecución penitenciaria se dejan de cumplir antes de su finalización, identificando la fuente de esa inseguridad en una teórica discrecionalidad que, por supuesto, no atribuye a nadie —juzgados de vigilancia penitenciaria o prisiones— con la siguiente argumentación: “la realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir” (Motivo I).

Legislar sin complejos tampoco da suficiente libertad al autor de la ley como para afirmar que, en realidad, se trata de una forma subrepticia de introducir la cadena perpetua en el Derecho penal español<sup>48</sup>, pero en la práctica es la finalidad perseguida. Finalidad que se busca asegurando sin ambages que los fines constitucionales de reinserción y reeducación no pueden informar las figuras de ejecución penitenciaria en algunos condenados porque se “debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin distinto”, sin explicitar cual es ese fin buscado. El legislador presume *iure et de iure* que los condenados por terrorismo

45 Este ejercicio de contradicción permanente entre justificación y Derecho aplicativo no sólo se observa con claridad en el mismo texto de la Ley del Menor, sino que es extensible a los cambios que la LO 7/2003 introduce en el Código penal en cuanto que, como señala ACALE SÁNCHEZ, resultan incompatibles los principios afirmados en la Exposición de Motivos del Código penal de 1995 con los utilizados para fundamentar la reforma, situación que sorprende por incorporarse esta reforma al texto de aquel en el que se integra (op. cit., p. 1.200).

46 Al respecto, GÓMEZ RIVERO, C., “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista penal*, núm. 9, 2002, p. 26.

47 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos de seguridad”, en *Las últimas reformas penales*, dir. Gómez Bermúdez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 51.

48 BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Granada, 2007, p. 101.

o en delitos relacionados con el crimen organizado no son susceptibles de reinserción y de forma automática les niega, en la práctica, el acceso al régimen general de cumplimiento de la penas privativas de libertad, en la convicción de que la excepcionalidad a los principios en los que se asienta el sistema penal es una vía legítima de actuación<sup>49</sup>. Eso sí, manteniendo un discurso conscientemente contradictorio, por no decir hipócrita, según el cual la reforma se realiza para “dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución”.

De igual forma, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, profundiza en esta búsqueda del fortalecimiento de la seguridad ciudadana mediante una fórmula que genera perplejidad consistente en unir en una misma ley tres objetivos, uno de los cuales parece bastante alejado de los fines, incluso de las capacidades, de la ley penal. Tanto fortalecer la seguridad ciudadana como combatir la violencia doméstica parecen fines en los que el Derecho penal puede aportar instrumentos importantes, aunque estos no sean seleccionados de forma adecuada, pero, conseguir la integración social de los extranjeros resulta demasiado pretencioso para el Derecho penal, por eso, realmente en la parte dispositiva de la norma los cambios que efectúa en el Código penal y en la Ley de Extranjería poco tienen que ver con la integración y sí con aspectos de la seguridad pública cuando se relacionan con extranjeros<sup>50</sup>. Regular la mutilación genital, la expulsión por la comisión de delitos, el tráfico de personas, así como los supuestos de pérdida de la residencia puede ser necesario, pero tiene muy poca relación con la integración de los extranje-

ros, a menos que la amenaza preventivo general de las normas penales se pueda considerar un factor de cohesión social positiva, lo que resulta realmente discutible.

La LO 11/2003 incorpora una de las novedades más criticadas en las últimas reformas, que no sólo se ha manifestado en los delitos patrimoniales, consistente en la tendencia a convertir la reiteración de faltas penales en delitos. Para realizar tal conversión, el legislador, en las exposiciones de motivos donde acude a esta fórmula, construye la idea de que la valoración de un fenómeno siempre se traslada a los hechos concretos que se manifiestan dentro de él para que, en ese momento, la relevancia del hecho concreto se pierda a favor de la del fenómeno<sup>51</sup>. En este caso, el fenómeno es la delincuencia profesionalizada que, en la Exposición de Motivos, la ley afronta del siguiente modo: “son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen un respuesta penal adecuada”, y para justificar que la respuesta adecuada a ese fenómeno debe ser la conversión de más de tres faltas en delito o para reforzar la agravante de reincidencia, se argumenta que “dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado”.

El legislador confunde de forma grave la valoración jurídica del hecho con la trascendencia social del mismo al afirmar que la respuesta penal a una falta de hurto no es adecuada si el autor repite la conducta en varias ocasiones, dejando de lado la antijuricidad material del hecho para dar fuerza a circunstancias asociadas al su-

49 Resulta especialmente grave la reforma del artículo 93 por la que se excluye a efectos de cumplimiento de pena el periodo disfrutado de libertad condicional cuando se delinca, se incumplan las reglas de conducta o las condiciones de acceso a la libertad condicional, ya que no es posible explicar el fundamento de tal consecuencia, especialmente si los incumplimientos nada tienen que ver con el terrorismo. Se trata de una sanción adicional encubierta que amplía la condena impuesta por el juez y cuya filosofía, fiel al título de la propia ley, reside en considerar que un condenado a privación de libertad cuando no está en la prisión no está cumpliendo la condena, sea cual sea la razón legal por la que se encuentra fuera del centro penitenciario.

50 Extensamente, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., op. cit., pp. 124 y ss.

51 GONZÁLEZ CUSSAC describe con claridad el proceso que lleva a este modelo político criminal: “en primer lugar se procede a definir legalmente la peligrosidad previamente a la iniciación de las actividades delictivas, mediante el recurso a establecer grupos de riesgo. A continuación, y como corolario de esta clase de estructura lógica, la mera pertenencia a uno de estos grupos de riesgo ya determina la peligrosidad de todo individuo perteneciente a la categoría descrita. Es decir, se definen grupos de riesgo, se infiere la pertenencia de ciertos individuos al concepto, y tras todas estas operaciones, en el fondo, se presume que en un futuro los individuos pertenecientes a ese grupo de riesgo sus conductas inicialmente peligrosas acabarán convirtiéndose en un ataque real” (op. cit., p. 50).

jeto activo que sólo deberían tenerse en cuenta para la medición de la pena por el juez. Del mismo modo, al abordar la agravante de reincidencia el legislador parece identificar una suerte de bien jurídico protegido de carácter único, atacado con cada una de las acciones típicas, sobre el que sería necesario realizar la medición de la pena última a imponer. Este proceder entronca fuertemente con la tendencia a mezclar delito y fenómeno criminal, en el que a éste último se le da tanto protagonismo que se busca que la respuesta jurídica ceda frente a la respuesta política que, en todo caso, resulta más sencillo de trasladar a los ciudadanos a los que la exposición de motivos se dirige para asegurar que la reforma busca fortalecer su seguridad y sus derechos de ciudadanía.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal, complementa este proceso de reforma, impregnada por la actual filosofía de endurecimiento del sistema penal. Con una separación temporal de dos meses, el legislador insiste en la idea de que el Código de 1995 es insuficiente para afrontar la nueva realidad delictiva bajo la premisa, nunca probada en términos criminológicos, de que la “experiencia obtenida con su aplicación” así lo demanda. Por supuesto, la demanda no es revisionista bajo los principios garantistas y básicos del sistema, sino bajo una dirección político criminal orientada, de forma casi exclusiva, hacia el incremento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito y la ampliación del conjunto de comportamientos sancionables, eso sí, estos últimos enmarcados dentro de lo que tradicionalmente se han considerado como las formas de delincuencia predatorias cuyos destinatarios responden a un perfil sencillo de identificar, el perfil de “delincuente en la calle”.

No de otra manera se explica una decisión tan contraria a cualquier análisis científico de los fines y efectos de las penas privativas de libertad de corta duración como reducir el límite mínimo de la prisión de seis a tres meses. Efectos que el legislador, paradójicamente, no desconoce, cuando, en la misma exposición de motivos, que justifica la decisión por razones de prevención general, afirma que la nueva pena que introduce de localización permanente busca evitar “los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos pe-

nitenciarios”. El esfuerzo explicativo del legislador al tomar decisiones contrarias o poco compatibles con principios de reconocimiento constitucional<sup>52</sup>, visto ya en numerosos preámbulos y exposiciones de motivos, le lleva a incurrir en contradicciones permanentes que afectan incluso a la lógica más elemental. Abundando en el ejemplo anterior, dice el legislador: “la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir con su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”. Resulta difícil de comprender la razón por la que la *escasa importancia* de un hecho exige un incremento de su castigo, salvo que, como ocurrió dos meses antes con la LO 11/2003, lo relevante no sea el hecho sino el fenómeno y su autor, o lo que resultaría más grave, la valoración política que se haga de ellos.

La misma valoración se podría hacer de la supresión en esta ley de la pena de arresto de fin de semana. El redactor de la reforma justifica la supresión tan sólo en que su “aplicación práctica no ha sido satisfactoria”, y la sustituye por prisión, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Ninguna otra evaluación sobre la capacidad resocializadora de aquella pena o sobre la falta de voluntad política y presupuestaria para ejecutarla correctamente, aparecen en la Exposición de Motivos, por lo que basta al legislador el argumento de la aplicación insatisfactoria para eliminarla del catálogo de penas, argumento que, de generalizarse, podría cuestionar muchas otras figuras del sistema penal, procesal o penitenciario.

En definitiva, se trata de una reforma paradigmática de las políticas de tolerancia cero en materia penal cuyo resultado material, aunque revestido por el legislador de adaptación a las “circunstancias sociales, económicas y culturales”, conlleva, en lo esencial, un incremento generalizado de las penas, una ampliación de las figuras delictivas centrada, una vez más, en la delincuencia patrimonial y sexual tradicional —extensión que se culmina con el injustificable delito de pornografía infantil virtual<sup>53</sup>—, y en abundar en la vía de creación de tipos superespeciales ante la desconfianza manifiesta del legislador en los tipos de delito comunes, capaces, casi siempre, de acoger mediante una in-

52 Véase la crítica a dicha ley desde la perspectiva de aplicación del principio de legalidad en QUERALT, J. J., “Del Derecho penal del amigo a la supresión del principio de legalidad”, en *Las últimas reformas penales*, dir. Gómez Bermúdez, ed. CGPJ, Madrid, 2008, pp. 121 y ss.

53 MORALES GARCÍA, O., “Política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre delincuencia informática”, en *Working Paper Series*, ed. UOC, 2003, p. 7.

interpretación adecuada las nuevas conductas que surgen en nuestras sociedades complejas.

Ese camino de los delitos especiales como respuesta a todos los fenómenos de naturaleza criminal de interés vuelve a aparecer, esta vez de forma expresa, en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. En el III de los motivos de la disposición legal se asegura que “para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos”. Este argumento es el que el legislador utiliza para apoyar la discutida y discutible decisión previa de establecer una aplicación diferenciada de la ley penal al autor de una infracción atendiendo al género de pertenencia del mismo.

Resulta necesario interrogarse acerca de si esta norma con contenido penal puede considerarse parte de la línea securitaria iniciada en 1998 y objeto de crítica en este apartado, o si, por el contrario, se trata de una reforma necesaria y respetuosa con los principios que justifican, bajo cobertura constitucional, los procesos de criminalización y descriminalización propios de esta rama del Derecho.

El segundo apartado de la Exposición de Motivos lo inicia el autor de la ley recurriendo al contenido del artículo 9.2 de la Constitución, a partir del cual se afirma que los poderes públicos deben adoptar medidas de acción positiva para proteger y desarrollar los derechos fundamentales afectados por la violencia de género y vincula todo el contenido de la norma a esa idea motriz y a la que resulta transversal toda la ley, esto es, que la violencia de género tiene como causa fundamental la desigualdad entre hombres y mujeres<sup>54</sup>. Al configurar la ley como integral, los objetivos y fundamentos generales de la ley se trasladan a todo el contenido de la misma, momento en el que surgen los problemas debido a la intención de abordar un fenómeno como la violencia de género desde las vertientes civil, laboral, procesal, administrativo, penal y asistencial con un solo prisma.

Redactada con vocación transformadora de la realidad social, al abordar el tratamiento penal de la violencia de género, el legislador intenta alcanzar ese objetivo también a través de una disciplina cuyos instrumentos

y fines son poco adecuados para eliminar barreras o factores discriminatorios. De lo que se trata es de argumentar acerca de si las medidas de discriminación inversa o discriminación positiva son aceptables en el sistema penal, por ejemplo, si se tipifican conductas y se fijan sanciones diferentes para los sujetos activos de los delitos que describe en función del sexo del agresor, y se fundamenta dicho trato diferenciado precisamente en razones de discriminación positiva acorde con la Constitución.

La doctrina mayoritaria se ha posicionado a favor de la búsqueda de mecanismos correctores de las situaciones de desigualdad material, no considerándose injustas las políticas de discriminación inversa, “y por dos razones: la primera es que el medio empleado, es decir, la medida de diferenciación que privilegia a determinadas personas, no comporta los rasgos negativos, de minusvaloración, menosprecio y, todavía menos, estigmatización de los excluidos que sí conllevan las injustas discriminaciones tradicionales; la segunda es que el fin de tales medidas es la superación de graves desigualdades previas y, por tanto, la consecución de unas relaciones más justas entre distintos grupos sociales”<sup>55</sup>.

Sin embargo, en materia penal, la aplicación general de la discriminación inversa no puede ser aceptada sin realizar determinadas consideraciones. La primera, que el Derecho penal es una rama del ordenamiento que utiliza instrumentos esencialmente sancionadores, esto es, limitadores de derechos fundamentales de los ciudadanos. La segunda, que, a través de ese sistema de castigos, pretende de forma fundamental realizar una adecuada protección de bienes jurídicos, y estos no son, en ningún caso, graduables atendiendo a características personales o de grupo de los sujetos que son sus titulares o los representan, al contrario de lo que el legislador ha sostenido en materia de violencia de género. Y tercero, que el sistema penal no sólo conoce y articula mecanismos sancionadores, sino que, orientando estos a fines positivos de reinserción del condenado, también instrumenta otras figuras que, a través de la discriminación positiva, tal vez, podrían formar parte de ese entramado legal especial del ordenamiento jurídico.

A la vista de estas consideraciones, en la parte nuclear del Derecho penal objetivo, esto es, la definición

54 Véanse, al respecto, argumentos contrarios a esa visión excluyente de otros posibles análisis en LARRAURI PIJOÁN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, ed. Trotta, Madrid, 2007, pp. 84-85.

55 RUIZ MIGUEL, A., «La igualdad como diferenciación», en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, AAVV, ed. Escuela Libre, Madrid, 1994, p. 289.

de la infracción y la asignación de la pena, las medidas de discriminación positiva no serían aceptables<sup>56</sup>. El papel del Derecho penal no es operar cambios sociales<sup>57</sup>, más bien su papel debe ser el de contribuir a garantizar dichos cambios a través de las iniciativas político criminales.

En ningún caso sería aceptable, por ejemplo, que los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, sometidos a condiciones laborales de explotación, tuviesen asignada una pena inferior al general de los ciudadanos por cometer delitos patrimoniales relacionados con sus problemas de subsistencia, causas de justificación al margen<sup>58</sup>.

Cuestión diferente es el tratamiento que pueden recibir otros espacios del sistema penal en los que el principio de igualdad rige del mismo modo, pero en los que la naturaleza de la norma no es sancionadora o protectora de bienes jurídicos, sino que, asociada al procedimiento de enjuiciamiento penal o a la ejecución de las penas ya impuestas, puedan crear ámbitos de discriminación material por la aplicación formal e igual de la ley.

En estos supuestos, es preciso plantear las dos principales vías de solución ya señaladas: primero, y a través de medidas de discriminación positiva, introducir fórmulas legales «privilegiadas» que compensen la desigualdad material ante la ley; segundo, incidir en el terreno de la interpretación de las leyes sin crear espacios legales desiguales. En este último sentido, aunque sólo sea para descartar tratos desiguales en la ley, BUENO ARÚS afirma que «la solución de posibles discriminaciones no ha de consistir tanto en una modificación de las normas penales o procesales, cuanto en una actividad directa de las autoridades implicadas a fin de promover las condiciones para que la libertad

y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, como ordena, y no sólo recomienda, el art. 9.2 del texto constitucional. Establecer para ello un trato más favorable para determinados colectivos, caracterizados por la marginación, la pobreza o la ignorancia, no sería sino el procedimiento más adecuado para hacer efectiva la igualdad de todos, como pone de manifiesto, entre otras, la STC de 25 de enero de 1983»<sup>59</sup>.

Aun compartiendo que también las modificaciones legales deben contribuir a este fin, no por ello el uso del Derecho penal para alcanzar esos objetivos se fundamenta en una visión alejada de las posiciones de búsqueda de la seguridad de sujetos o de colectivos que impregna el desarrollo de la mayor parte del actual desarrollo legal en esta materia. Si se anteponen derechos genéricos de colectivos de víctimas que no se concretan de manera suficiente, al final de lo que se trata es de garantizar la seguridad de aquellas incluso sobre derechos constitucionales de garantía penal para sujetos concretos. El problema principal de esas posiciones tan genéricas es que chocan con una realidad a la que no prestan atención, que la delincuencia es inevitable y que tener como objetivo erradicar delitos siempre implica quitar del foco a los sujetos intervinientes en la infracción para dar luz a la imagen que de ellos se tiene, por lo que siendo tan negativa la de uno de ellos en cualquier circunstancia en que se presente, siempre será posible legislar sólo a favor de la imagen que ofrecen —o se proyecta—. Como afirma CEREZO DOMÍNGUEZ, estas posiciones generan expectativas inalcanzables “a las que el Estado no podrá hacer nunca frente. La violencia de género

56 OLMEDO CARDENETE no considera inconstitucional ese modelo legislativo, pero mantiene una posición crítica relativa al uso excesivo del Derecho penal en violación de las exigencias de la mínima intervención y por el uso de esta rama del Derecho como panacea frente al complejo fenómeno de la violencia de género (“Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género”, en *La ley integral: un tratamiento multidisciplinar*, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 371-374).

57 En este sentido, SÁEZ VALCÁRCCEL, R., op. cit., p. 6; por su parte, FARALDO CABANA reconoce un valor socio-pedagógico en la pena que le lleva a apoyar con reservas ese modelo legal (“Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista penal*, núm. 17, 2006, p. 91), pero, ese valor pedagógico, sin embargo, parece lejano de la clara voluntad de transformación social de la norma; ACALE SÁNCHEZ considera inidóneo el modelo político criminal por inidoneidad del propio Derecho penal como instrumento para terminar con el machismo discriminatorio (“Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, dir. Puente Aba, ed. Comares, Granada, 2010, p. 115).

58 “Pena de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización”, en *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, coord. Rodríguez Mesa/Ruiz Rodríguez, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 289-320.

59 BUENO ARÚS, F., «El principio de igualdad en Derecho penal», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1.345.

no se puede erradicar, como no se puede erradicar la delincuencia en general”<sup>60</sup>.

Todo lo contrario del impecable proceder, y lamentablemente excepcional, de la LO 2/2005, de 22 de junio, que modifica el Código penal para derogar la reforma penal anterior que sancionaba con penas de prisión la convocatoria de consultas ilegales y otras conductas relacionadas. La argumentación de la Exposición de Motivos de la ley recurre, como en otras ocasiones, a los elementos básicos de un Derecho penal democrático, pero, esta vez, haciendo coincidir al argumento con el resultado, lo que no ha sido frecuente en la trayectoria legislativa del periodo analizado. La convicción de que no todos los conflictos sociales, incluso relevantes, deben ser afrontados por el sistema penal queda plasmada en dicho texto, aunque la realidad anterior y posterior a esa reforma demuestre que el legislador no tiene bien asumido ese reto.

La primera prueba la ofrece la LO 4/2005, de 10 de octubre, que reforma el Código penal en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos, norma cuyo origen directo es el atentado terrorista de 11 de marzo de 2004 en Madrid. Se trata de una reforma centrada en la protección de la seguridad colectiva que certifica, en materia de explosivos, la incapacidad del Derecho administrativo para abordar los problemas de control que generan y que, para el legislador, sólo encuentran en el Derecho penal una respuesta posible y eficaz.

La Exposición de Motivos contiene una fuerte contradicción del legislador al señalar los fines de la reforma. Se afirma de forma literal que se justifica “en la protección de bienes como la vida y la integridad física y, en última instancia, en la protección de la seguridad colectiva frente a infracciones de extremada gravedad”. Lo cierto es que la vida y la integridad física ya se protegen de forma directa en los artículos 138 y siguientes del Código penal, y el resto de preceptos se justifican por la existencia de un bien jurídico diferente y relevante, preceptos que carecerían de sentido si, al final, todos los delitos fueran reconducibles a dos o tres bienes esenciales que engullen a todos los demás y que tendrían, estos, sólo un papel de enganche para aquellos básicos. El problema es que si se identifica la vida humana como el fundamento del castigo en este delito se pierde la perspectiva de la propia lesividad de la conducta y se tiende a la exageración de la punición a través de unos delitos que protegen los bienes jurídicos

del Título XVII del Código penal, y no los delitos de terrorismo y los delitos contra la vida y la integridad y física.

Una vez más, al planear sobre la mente del legislador el terrorismo como fenómeno capaz de impregnar buena parte de la política criminal, se anteponen los mensajes y las respuestas que ofrezcan satisfacción a las demandas de seguridad sobre otras consideraciones de racionalidad y sistemática que, también, deberían orientar el trabajo legislativo.

La reforma de la Ley penal del menor mediante la LO 8/2006, de 4 de diciembre profundiza en esta línea político criminal en la que confluyen argumentos fundados en percepciones subjetivas sobre inseguridad tanto del legislador como de la ciudadanía —o que se le atribuye sin saber cuál es el medio de consulta—, en afirmaciones de aparente naturaleza criminológica y en la dificultad de sostener —política e ideológicamente— la necesidad de que exista un sistema de responsabilidad penal de menores verdaderamente diferenciado del de adultos, es decir, basado en principios distintos y no sólo, como se pretende, en un sistema paralelo, atenuado y con algunas especialidades.

Cuando se afirma en la Exposición de Motivos que “el interés superior del menor, que va seguir primando en la ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido”, no en algún supuesto racionalmente concretado, sino con carácter general, lo que se está haciendo es renunciar al modelo original centrado en la recuperación del menor y transformarlo paulatinamente en otro de responsabilidad penal clásica en el que lo fundamental es la adecuación de la pena al hecho y no su adecuación al sujeto. El recuerdo que hace el legislador de la disposición adicional sexta de la ley, reformada en 2003 por la LO 15/2003, ilustra con claridad cómo se reniega de la ley apenas dos años después de su entrada en vigor, sin un análisis criminológico suficiente que permita sostener afirmaciones más bien gratuitas acerca de supuestas “disfunciones que es conveniente y posible corregir”.

Al continuar la lectura de la Exposición de Motivos parece poder encontrarse la razón última de la reforma, esto es, el desgaste de credibilidad de la ley por la “sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por los menores”, esto es,

60 CERESO DOMÍNGUEZ, A., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 50.

los delitos patrimoniales. Pero es un argumento aparente, porque el impulso de la reforma, reconoce el legislador, es el “fuerte impacto social” que algunos delitos violentos han tenido sin presentar una progresión numérica significativa. Por lo tanto, el legislador se apoya en una percepción subjetiva de riesgo para darle la vuelta al modelo de responsabilidad penal del menor, satisfaciendo las demandas de seguridad frente a un tipo de delincuencia minoritaria y poco grave, pero ante la cual la ciudadanía se encuentra más sensibilizada que ante la cometida por adultos. El legislador asume el discurso que sostiene que la proporcionalidad debe regir la respuesta penal ante el menor y cada paso —más supuestos de internamiento en régimen cerrado, exclusión definitiva del sistema de los mayores de dieciocho años con excepciones, más presencia de la víctima en el proceso— confirma esa tendencia que descalifica el interés superior del menor dejándolo sólo en interés en pie de igualdad con “otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”<sup>61</sup>.

La última reforma que forma parte de este grupo de normas que buscan en el Derecho penal la manera de cerrar el paso a todos los riesgos de nuestras complejas sociedades es la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial. El legislador en esta ley no se esfuerza en argumentar el incremento punitivo que sí reconoce como intenso dado el consenso que afirma encontrar en los trámites parlamentarios previos y coetáneos a la aprobación de la norma. Tal vez, por ello, no muestra complejo alguno en calificar estos delitos tan inadecuadamente como de *violencia vial*, si bien quizá haya que agradecerle haber evitado el uso de otros tanto o más frecuentes como *terrorismo vial* o *terrorismo de las carreteras*. Lo que no evita es sostener que la impunidad constituye el problema principal del sistema penal también en esta materia, argumento que tiene como misión esencial exacerbar la intervención penal para cubrir lagunas de punición que se consideran intolerables, aunque la consecuencia sea sancionar desproporcionadamente a sujetos concretos

como muestra de la mejor prevención general positiva que busca la adhesión ciudadana a las sanciones penales como única forma de resolver las disensiones en el seno de la sociedad. El castigo con pena de prisión de la conducción con permiso de circulación caducado, como delito de peligro abstracto sin prueba de idoneidad para la afectación al bien jurídico protegido (art. 384 CP), es el mejor ejemplo de exceso punitivo que, para mejorar la seguridad colectiva, tiende a convertir al Derecho penal en el centro del sistema legal de reacción por encima del resto de ramas del ordenamiento con potestad sancionadora<sup>62</sup>.

Como la excepción a cualquier modelo es inevitable, la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, rompe esta carrera por convertir al Derecho penal en el centro principal del control social y representa uno de los pocos ejemplos en las dos últimas décadas de abandono del sistema penal para dar respuesta a un conflicto que, sin dejar de ser relevante, no encuentra en la sanción penal la mejor de las respuestas. Inadecuadamente resuelto en 1985 mediante la despenalización por el sistema de indicaciones, hasta esta última reforma la visión penalizadora de la interrupción del embarazo ha primado sobre otros posibles modelos más próximos a dar relevancia al plano personal de la mujer embarazada, que es donde realmente se manifiesta el conflicto. Sin embargo, el legislador de 2010 ha buscado, al menos en lo referente a la respuesta penal, más una justificación asociada a los defectos aplicativos y de seguridad jurídica del sistema de indicaciones que una apoyada en la libertad de la mujer para tomar una decisión sobre su integridad física y disposición de su cuerpo.

La última reforma penal de calado del periodo democrático ha quedado plasmada en la LO 5/2010, de 22 de junio. Supone una revisión en profundidad del Código penal, que el legislador asocia, al inicio del Preámbulo, a la necesidad de adaptación a los cambios sociales, a la adaptación a los *legisladores internacionales*<sup>63</sup>, así como, reconociéndolo por pri-

61 En los mismos términos la crítica de CUELLO CONTRERAS, J., “La ley de responsabilidad penal del menor. Una vigencia plagada de reformas”, en *Reforma del Código penal. Respuesta para una sociedad del siglo XXI*, coord. Benítez Ortúzar, ed. Dykinson, Madrid, 2008, pp. 29-31.

62 De opinión contraria es CARBONELL MATEU para quien proteger penalmente el sistema de sanciones administrativas, tratando de garantizar la no impunidad de su elusión, también es tutelar la vida y la integridad de las personas (“La Ley Orgánica de reforma del Código penal en materia de seguridad vial: un comentario de urgencia”, en *Reforma del Código penal. Respuesta para una sociedad del siglo XXI*, coord. Benítez Ortúzar, ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 197).

63 Véase la crítica de Díez Ripollés sobre la justificación de los cambios penales nacionales a partir de los procesos legislativos comunitarios, los cuales se desarrollan con evidentes carencias democráticas (“Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, p. 487).

mera vez, a los “acelerados cambios” que ha sufrido desde su entrada en vigor en 1995, en un ejercicio de autocritica novedoso, pero, con el que tampoco se es demasiado respetuoso a la vista del texto aprobado<sup>64</sup>. Autocritica que el legislador no asume, por ejemplo, en un aspecto esencial de la justicia penal, cual es el mal funcionamiento de las estructuras formales que intervienen en el proceso penal. La reforma incorpora dos novedades que exhiben ese tradicional fracaso procesal e investigador mediante la incorporación de la atenuante de dilaciones indebidas y la ampliación del tiempo de prescripción de tres a cinco años. Si bien son medidas de diferente orientación, ambas asumen que el mal endémico del retraso en la tramitación de los procesos judiciales debe encontrar respuestas en los efectos negativos que produce, sin afrontar seriamente las causas que los generan.

Este método de trabajo es el que informa esta reforma y muchas otras producidas con anterioridad, que el legislador dulcifica con el tradicional recurso retórico a algunos principios genéricos ampliamente aceptados, pero que, en la práctica, responden a una línea de renuncia a la capacidad del Estado Social para afrontar el delito con mecanismos transformadores de la realidad y a la búsqueda del reforzamiento de la ley penal puramente sancionadora como la única vía capaz de dar respuesta, que no solución, a los conflictos sociales.

Así, el punto tercero del Preámbulo fundamenta la reforma del artículo 36 del Código penal en “los principios que orientan la reforma”, pero resulta difícil saber cuáles son esos principios más allá de la ambigua, incluso vacía, afirmación de que la misma busca “el avance en materia de libertad y seguridad” en el marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales. Decir lo contrario, esto es, retroceder en materia de libertad y seguridad o avanzar en el irrespeto a los derechos fundamentales, sería tan impropio de un legislador democrático que afirmar lo contrario no sobrepasa la verdad de Perogrullo. Si se adentra algo más en el texto del preámbulo, las orientaciones que mejor, por abundantes, se pueden extraer de las afirmaciones del legislador son la protección de las víctimas y el respeto o adecuación al principio de proporcionalidad.

Es más, son varias las ocasiones en las que el texto intenta combinar ambas orientaciones con el resultado

de dotar a la proporcionalidad de un contenido diferente del tradicional. Si la proporcionalidad implica una adecuación entre la gravedad del injusto y la pena que debe corresponder al autor del hecho, cuando el objetivo central es proteger a la víctima, concreta o potencial del delito, el efecto que se produce es la exasperación punitiva para satisfacer las demandas de seguridad de aquellas. No otra explicación puede tener el salto exponencial en las penas que impone la reforma en materia de delitos sexuales cuando equipara las penas de buena parte de los delitos cometidos sobre menores con el homicidio y con el asesinato. Así, la reforma ha buscado colocar en el mismo plano valorativo la delincuencia sexual contra menores, el terrorismo y la criminalidad organizada, calificándolos como fenómenos de extrema gravedad, eso sí, haciéndolo hace sin reparos, lo cual honra al legislador, pero no le justifica en absoluto.

El mismo resultado se obtiene con la transformación de la localización permanente en una pena privativa de libertad de posible cumplimiento en centro penitenciario. El autor del texto realiza un esfuerzo por sostener la validez del principio de proporcionalidad, materializado especialmente en la reforma de 1989 respecto de las faltas, con un argumento que más parece buscar la auto justificación que la coherencia. Si se afirma que descartar la prisión para las faltas constituye un “límite axiológico infranqueable”, no se puede pretender que cumplir una pena de localización permanente en prisión para esas infracciones no franquee ese límite mediante el sencillo y tradicional recurso del fraude de etiquetas. No es otra la finalidad que se busca con la reforma de la penalidad de las faltas de hurto que el legislador pretende hibridar o compensar asociando proporcionalidad y disuasión, y ocultando que la proporcionalidad aquí se convierte tan sólo es un instrumento para conseguir el objetivo real que es la disuasión. De este modo, el límite axiológico infranqueable proclamado en un párrafo del preámbulo queda violentado en el siguiente párrafo con auto justificación incluida.

La última muestra de excepcionalidad que traspasa los límites de la proporcionalidad es la reforma de la prescripción para los delitos homicidio o asesinato con fines terroristas que, por primera vez en el periodo democrático, se convierten en imprescriptibles. Con seguridad, el argumento del legislador para este cambio

64 Véase, como ejemplo de tipificación incoherente y poco reflexiva, la reforma de los delitos relativos a la trata de seres humanos en TERRADILLOS BASOCO, J., “Trata de seres humanos”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, dirs. Álvarez García y González Cussac, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 208-209.

de criterio sea lo más llamativo: “el fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de penas tras el transcurso del tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas que presentan las características del tipo mencionado”. Es difícil encontrar una explicación más pobre y prescindible para un cambio legal tan importante, consecuencia lógica de la imposibilidad de traer a estos casos las razones que avalan a nivel internacional la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, cuya equiparación busca el legislador español bajo la segunda orientación destacada en la reforma, la protección de las víctimas. Finalidad en la que igualmente se apoya la discutible figura de la libertad vigilada<sup>65</sup>, de novedosa introducción en esta reforma.

En general, y con excepciones tales como la reforma de las penas relativas al denominado *top manta* (artículos 270 y ss. CP) o la reconsideración que se hace del recurso abusivo previo a la pena de prisión para los delitos contra la seguridad vial (arts. 379 y ss.), o la reducción de penas en algunas formas de narcotráfico, la reforma representa un paso más en el modelo securitario que, volviendo sobre los clásicos, se centra en la delincuencia clásica de corte violento y predatorio incrementando la presión punitiva<sup>66</sup> y lanzando algún brindis al sol como el que supone el apartado XVIII del Preámbulo en materia de delincuencia socioeconómica que, olvidando el legislador que los tipos vigentes desde 1995 han tenido una aplicación práctica meramente testimonial, incorpora nuevas conductas asociadas a las

inversiones y los mercados de valores que correrán la misma suerte que sus congéneres por las mismas causas completamente ajenas a la técnica jurídico penal que hasta ahora han provocado esa sequía<sup>67</sup>.

Tal vez tuviera razón SANTAOLALLA LÓPEZ cuando sostenía la innecesidad de la existencia de los preámbulos y de las exposiciones de motivos en las leyes, razón en cuanto a lo que pueden aportar desde el punto de vista técnico jurídico y sobre su capacidad para influir sobre la aplicación práctica de las normas, pero qué duda cabe que de la lectura de estos textos se pueden extraer importantes conclusiones sobre los modelos jurídicos, políticos y sociales en los que el legislador se apoya para tomar sus decisiones y sobre aquellos otros que intenta imponer con sus reformas, con mayor o menor éxito. De este modo, el legislador de 2010 ha intentado en su preámbulo dulcificar el lenguaje de la reforma por oposición al modelo áspero y desabrido de las relevantes reformas de 2003, pero en el fondo llevan el mismo camino de intervencionismo penal de los conflictos sociales con el mismo incremento de tipos, equivalente aumento de penas e incidencia en los mismos sectores que aquellas<sup>68</sup>. Lo cual puede confirmar que el devenir de las reformas penales, sean punitivas o reformistas, está por encima del cortoplacismo político y que hunde sus raíces en modelos sociales e ideológicos de mayor calado a los que el legislador siempre está dispuesto a alimentar, cayendo en la paradoja que señala QUINTERO que une el desprestigio del derecho y la justicia penales a su permanente crecimiento<sup>69</sup>.

65 CEREZO MIR plantea sólo problemas de legalidad para supuestos de aplicación de medidas de seguridad postdelictuales que quedarían salvados con la previsión expresa de las mismas en la ley sin valorar negativamente la propia existencia de tales medidas (“Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista penal*, núm. 22, 2008, pp. 19-20).

66 MAQUEDA ABREU observa el incremento de la presión punitiva sobre la delincuencia violenta como resultado de la invocación de un “Derecho penal emergente, el de guerra” que se extiende a la delincuencia marginal de manera inevitable (“Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, en *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca-CISE, Salamanca, 2004, p. 1.297).

67 QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal*, op. cit., pp. 88-90.

68 Al respecto, el exhaustivo listado de exigencias para un Derecho penal racional que propone NIÑO ALZUETA (“La ideología de la Defensa social y la expansión del Derecho penal”, en *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca-CISE, Salamanca, 2004, pp. 1.102-1.103).

69 QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal*, op. cit., p. 23.