

# Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal

Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco\*

## RESUMEN

*Análisis de las recientes reformas legislativas en el ámbito jurídico-penal español, previa referencia a los criterios que han de guiar el proceso de creación y aplicación de las normas penales, a partir de la tendencia a priorizar el papel que en este sentido ha de tener la Constitución política. Con fundamento en los parámetros político-criminales que se derivan del texto constitucional español, se confrontan las Leyes Orgánicas 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, y la 20/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, las cuales no permiten afirmar que se esté dando cabal cumplimiento a los parámetros que se derivan de la Constitución, ora por desconocimiento frontal de algunas de sus normas, bien por desconocimiento del espíritu de dicho texto, presentándose un alto grado de deslegitimación de las normas objeto de análisis.*

## PALABRAS CLAVE

*Política criminal - Derecho penal - Límites al ius puniendi - Principio de lesividad - Bien jurídico - Criminalización - Pena privativa de la libertad.*

SUMARIO: I.INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN COMO REFERENCIA. III. OBJETIVOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LAS REFORMAS DE 2003. III.1.ADECUACIÓN TÉCNICA. III.2.A LA SEGURIDAD POR LA CRIMINALIZACIÓN. III.2.1. PEQUEÑA DELINCUENCIA. III.2.2.POLITIZACIÓN. III.3.A LA SEGURIDAD POR LA PENALIZACIÓN. IV. REFLEXIONES FINALES.

## I. Introducción

Cuando en España acabamos de celebrar el vigésimo quinto aniversario de la Constitución, la reflexión crítica sobre las políticas que, a su sombra, se han diseñado y aplicado, reviste un alto interés.

Sin esa reflexión, toda celebración de un aniversario corre el peligro de convertirse en unas justas ditirámicas, abocadas a quedar en mero oropel.

Este riesgo debe ser evitado. Lo que procede hoy es el balance.

Y, situados en ese terreno, la comparación de la realidad normativa representada por nuestro Código Penal con las líneas maestras de la política criminal que impone la Constitución, arroja un balance que no puede ser consolador.

No tanto porque se hayan dictado en estos años normas frontalmente opuestas al texto constitucional. Que también las ha habido. Sino porque el panorama normativo actual en esta materia, aunque no se oponga frontalmente a la letra de la Constitución, se aleja, más a menudo de lo deseable, de su espíritu.

Con carácter general puede, así, decirse que el legislador ordinario, al traducir los mandatos constitucionales, en buena medida, los ha traicionado. La conocida equiparación italiana entre *traduttore* y *traditore*, se cumple una vez más.

Quizá porque, como resulta obvio, la primera condición para asegurar la vigencia de la Constitución es que los poderes públicos tengan el propósito de aplicarla eficazmente y de desarrollarla coherentemente. Parece que este propósito ha estado significativamente ausente en algunas decisiones de nuestros poderes públicos.

El alejamiento de ciertas opciones político-criminales respecto a la Constitución, no es, sin embargo, un fenómeno novedoso. Ya la Ley 10/1980, confió el enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, al juez instructor; y el Tribunal Constitucional hubo de declarar en 1988 que la acumulación de instrucción y enjuiciamiento equivale a confundir al juzgador y a la parte.

Poco más tarde, la denominada Ley Antiterrorista –Ley Orgánica 9/1984–, permaneció en vigor tres años, antes de que en diciembre de 1987, el Tribunal Constitucional estimase parcialmente sendos recursos de inconstitucionalidad, declarando incompatible con el art. 17 de la Carta Magna la detención gubernativa de hasta diez días de duración o la incomunicación del detenido sin previa decisión judicial<sup>1</sup>.

En noviembre de 1993, el mismo Tribunal tuvo que declarar inconstitucional la Ley de Seguridad Ciudadana, que había introducido el expeditivo método de la patada en la puerta, como medio de entrada en domicilios particulares sin autorización judicial y más allá de los casos de flagrancia.

A pesar de esos significativos antecedentes, que no son los únicos, puede estimarse que el paquete de reformas penales gestado en el año 2003 supone un punto de inflexión difícilmente aceptable, que impone la necesidad de desandar lo que nunca debió ser andado.

## II. La constitución como referencia

De desandarlo, en principio, de acuerdo con lo impuesto por el modelo penal constitucional.

Si, como resulta obvio, la ley ordinaria no puede violar la ley fundamental, la primera función de ésta respecto al Código Penal es la de límite.

Pero no sólo de límite. En efecto, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se ha desarrollado todo un movimiento doctrinal que asigna a la Constitución el papel de fundamento y referencia básica de la ley penal<sup>2</sup>. Dado que aquélla asegura la unidad del ordenamiento sobre la base de un “orden de valores” y no sobre simples reglas formales de producción de normas<sup>3</sup>, esos mismos valores vinculan también al Código Penal, que no puede sino adaptarse al programa penal constitucional, es decir, al conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo

<sup>1</sup> J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 27 a 30.

<sup>2</sup> Sobre la Constitución como límite o como fundamento del Derecho penal, ver M. DONINI, “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista Penal*, nº 8, 2001, pp. 24 a 26.

<sup>3</sup> E., GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 97 y ss.

seno el legislador debe tomar sus decisiones y el Juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos<sup>4</sup>.

Es, sin duda, en este sentido en el que la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, lo proclama “*Constitución negativa*”<sup>5</sup>. En el ingenuo entendimiento de que incorpora “plenamente” los valores democráticos<sup>6</sup>.

Y aunque no es tarea del Derecho penal la de dar acogida a todos los intereses, valores, principios y derechos constitucionales, asumiendo la ingente tarea de asegurar su vigencia, al menos, no puede entrar en contradicción con ellos.

De ahí que su innegable punto de partida, con independencia de la discusión permanentemente abierta en torno a los criterios y límites de traslación de los mandatos constitucionales a la ley penal ordinaria, tenga que ser la constatación de que es inherente al propio concepto de Estado democrático el desarrollo, tan amplio como sea posible, de los derechos y libertades fundamentales.

Compete, pues, a los poderes públicos minimizar los ataques a ese conjunto de derechos, ataques representados paradigmáticamente por el delito, mediante la puesta en marcha de estrategias preventivas.

La función objetivamente preventiva de la ley penal parece asentada en la doctrina, una vez aceptado que la pena se impone para evitar la verificación de hechos no deseados; y así lo refleja el art. 25.2 de la Constitución, que consagra explícitamente la orientación preventivo-especial de las penas privativas de libertad, aunque admite, junto a ella, otras finalidades<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> L. ARROYO ZAPATERO, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987, p. 103; G. QUINTERO OLIVARES, “El criminalista ante la Constitución”, en AA.VV., *20 años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 381. Las propuestas constitucionalistas con más reconocida influencia en la doctrina española son las de F., BRICOLA, *Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, edit. UTET, 1973, pp. 7 y ss. Y quizá buena parte de su aceptación –no sin discrepancias– en nuestra doctrina se vincula a las posibilidades que a su desarrollo brinda la Constitución española. Sobre este punto, M. DONINI, “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, citado, p. 26.

<sup>5</sup> En la misma valoración incide la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003.

<sup>6</sup> Al menos en la opinión de J. MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, “El Derecho penal desde la Constitución”, en AA.VV., *20 años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 365.

<sup>7</sup> Aunque las diferentes alternativas ideológicas se proyecten en el contenido concreto de cada sanción: ver B. MAPELLI CAFFARENA, y J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 3ª ed., edit. Civitas, 1996, p. 45.

La tutela de esos mismos derechos y libertades despliega su eficacia también respecto al sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede desconocer el Estado democrático. Si la prevención es aseguramiento de derechos fundamentales, el ejercicio del *ius puniendi* sólo queda legitimado en la medida en que persiga el mismo objetivo.

Prevención y garantías son, así, dos referencias ineludibles en la elaboración de estrategias político-criminales, que, como tales, vinculan a los poderes públicos, tanto al legislativo como al judicial y al ejecutivo. Lo que comporta que la aplicación del Derecho positivo ha de responder a los mismos criterios político-criminales en que se inspira todo el sistema<sup>8</sup>.

Garantismo –como en el viejo Derecho penal liberal- y eficiencia –en la sociedad de riesgo- pueden convivir también en ese controvertido marco que se denomina Derecho penal moderno, pero no a costa de una recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos.

Porque también pueden convivir Estado del bienestar y Derecho penal mínimo. La afirmación contraria de que “*parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo puede generarse en el marco de un Estado mínimo*”<sup>9</sup>, condena a los partidarios de la progresiva reducción del *ius puniendi* a cargar con el sambenito de neo-liberales. Y a los partidarios del intervencionismo público de signo social a ser considerados, sin posible prueba en contra, expansionistas en materia penal.

Pero deja de lado el dato de que la vigencia y aplicabilidad de los programas sociales propios del Estado del bienestar no han quedado nunca garantizados por un Derecho penal “máximo”; y que la inhibición estatal frente a la dinámica económica –incluso delictiva- no ha supuesto nunca minimización del control penal en general.

Constituye una buena prueba de ello la serie de reformas penales aprobadas por el parlamento español a lo largo de 2003. Las Leyes Orgánicas 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre

<sup>8</sup> J.M. TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, edit. México D.F., Indepac, 2002, p. 5.

<sup>9</sup> J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, edit. Civitas, 1999, p. 40, n. 55.

*derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, y la 20/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, integran un conjunto normativo que impulsa una política criminal paladinamente expansionista, en un inequívoco contexto de “Estado mínimo”.*

### III. Objetivos político-criminales de las reformas de 2003

El Ministro de Justicia, en sus declaraciones a la prensa, calificó al conjunto de las reformas presentadas como las necesarias para convertir el Código penal de 1995 en el *Código penal de la seguridad*<sup>10</sup>. Pero sabemos que el endurecimiento punitivo no tiene como efecto la reducción de la criminalidad. Basta leer la prensa para darse cuenta de que, a pesar de las retóricas campañas de ley y orden, en la Costa del Sol o en Madrid –por citar sólo dos zonas geográficas significativas- se han multiplicado los crímenes violentos y los protagonizados por organizaciones delictivas.

Si ese endurecimiento no viene justificado por datos contrastados, la conclusión que ha de extraerse es que se trata de una muestra más del puro Derecho penal simbólico: se pretende obtener un beneficio electoral, vendiendo seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas.

Este fenómeno, que parcialmente se identifica con la conocida huida al Derecho penal, no sólo revela que el legislador olvida el principio de intervención mínima. Oculta, o pretende ocultar, la dejación estatal en materia de prevención del delito. Siempre es más fácil reformar la ley penal que articular políticas criminales de amplio espectro, y más cuando, por su sentido agravatorio y expansivo, la reforma pueda comportar éxitos electorales.

De ahí que la huida al Derecho penal aparezca como tentación permanente para el legislador. Sólo un dato: a pesar de la proclamada vocación de luchar contra el terrorismo internacional (lo que se ha esgrimido nada menos que para legitimar, al margen del Derecho internacional y del art. 63.3 de la Constitución, nuestra presencia armada en Afganistán o Irak), lo cierto es que del millar de agentes –Policía Nacional y Guardia Civil- destinados a tareas de contraterrorismo, “sólo un centenar se dedican

<sup>10</sup> EL PAÍS 18 de enero de 2003.

a investigar las tramas de fanáticos islamistas, con muy pocos traductores y prácticamente ningún funcionario que hable árabe”<sup>11</sup>.

Dentro de un marco que viene dominado por la vocación de huida al Derecho penal, se pueden identificar en las reformas penales de 2003, tres grandes líneas de actuación:

- 1ª, reformas dirigidas a mejorar técnicamente aspectos concretos;
- 2ª, búsqueda de seguridad a través de nuevas criminalizaciones; y,
- 3ª, búsqueda de seguridad, a través de la contundencia de las penas, ya en su posible duración, ya en su ejecución.

### II.1. Adecuación técnica

Dentro del primer grupo de reformas, puede citarse la redacción que al art. 318 bis da la *Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, elevando la pena de prisión hasta una duración de cuatro a ocho años, sin más argumento que el de adecuar nuestro ordenamiento a “los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares” (Exposición de Motivos).

El argumento es falso.

En efecto, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares, a que alude la Exposición de Motivos, indica, simplemente, que el máximo de la pena de prisión no puede ser inferior a ocho años cuando concurren circunstancias que en el art. 318 bis son agravantes (ánimo de lucro, integración en una organización delictiva, peligro para la vida). Sin embargo nuestro legislador ha optado por aplicar el mínimo exigido por la norma comunitaria al tipo básico, con lo que la pena reservada a los tipos agravados se intensifica, sin que ese agravamiento tenga nada que ver con la necesaria armonización europea<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> EL PAÍS, 19 de abril de 2004.

<sup>12</sup> C. VILLACAMPA ESTIARTE, “El ‘nuevo’ delito de tráfico de personas” *La Ley*, 26 de febrero de 2004, p. 5.

El endurecimiento del marco penal es, además de carente de fundamento, desproporcionado<sup>13</sup>: se puede llegar a la prisión de quince años cuando el autor se integrare, como mero miembro no dirigente, en una organización, incluso de manera transitoria, integración que, de hecho, viene siendo la regla general. Recuérdese que la pena del homicidio es la prisión de diez a quince años.

La misma Ley Orgánica 11/2003 añade al art. 149 un segundo párrafo para castigar la mutilación genital con penas de prisión de 6 a 12 años. La novedad se justifica por “el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta”. Se oculta, sin embargo, que la pena de prisión es la misma prevista para las lesiones que podríamos denominar “clásicas”, lo que convierte a la reforma en puro simbolismo, ya que “nunca se ha discutido la inclusión de la mutilación genital entre los resultados lesivos especialmente graves recogidos en este precepto”<sup>14</sup>.

Se ha acometido también la reforma del art. 325, al que la Ley Orgánica 15/2003 añade un segundo párrafo: “El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con prisión de dos a cuatro años”.

La adición de este párrafo resulta sorprendente, ya que se integra en un artículo cuyo primer párrafo castiga el delito ecológico, como tipo de peligro para un bien jurídico colectivo: el equilibrio de los sistemas naturales. Mientras que la nueva fórmula recoge un delito de resultado lesivo contra la vida y la salud. No pueden ni intuirse las razones que avalan la yuxtaposición de tipos de estructura tan diversa en un único artículo. Y menos aún las que llevaron al legislador a incluir el nuevo delito entre los que afectan a “los recursos naturales y el medio ambiente”, que es la rúbrica del Capítulo en que se enmarca.

<sup>13</sup> A. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, Comares, 2004, pp. 219 a 226.

<sup>14</sup> A. SANZ MORÁN, “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, nº 11, 2004, p. 39.

## II.2. A la seguridad por la criminalización

El segundo objetivo político-criminal al que responden las reformas de 2003 es el reforzamiento de la seguridad a través de nuevas criminalizaciones.

No siempre respetuosas con el principio de lesividad, en cuya virtud sólo pueden criminalizarse conductas incompatibles con la existencia y seguridad de bienes jurídicos socialmente considerados esenciales.

A pesar de los sucesivos embates doctrinales al principio de lesividad, que van de Hegel a Jakobs, pasando por Rocco o la escuela de Kiel<sup>15</sup>, y que, con diferente orientación científica e ideológica, coinciden en considerar al bien jurídico no como límite del poder punitivo del Estado sino como "mandato para penalizar"<sup>16</sup>, el retorno a la vinculación de aquél con situaciones objetivas y con intereses previos a la norma jurídica permite afirmar, y reivindicar, que el principio de tutela de bienes jurídicos sigue siendo insustituible como criterio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*<sup>17</sup>.

Y los bienes jurídicos cuya trascendencia los hace acreedores de tutela jurídico-penal han de extraerse de la Constitución. Ya porque ésta lo imponga expresamente, ya porque así se deduzca de las características del modelo constitucional, considerado como catálogo cerrado de lo penalmente tutelable o como referencia abierta y dinámica a rellenar por el legislador ordinario en cada contexto<sup>18</sup>, lo cierto es el acuerdo en torno a la exigencia de que la intervención punitiva sobre el individuo sólo puede

<sup>15</sup> Ver, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, traducción Andrés-Ruiz-Bayón-Terradillos-Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 468-469; J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 17.

<sup>16</sup> W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 23.

<sup>17</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 471.

<sup>18</sup> Si pueden considerarse superadas las tesis constitucionalistas que exigen rango constitucional expreso a los bienes jurídico-penales, también es cierto que algunos principios de relevancia constitucional tienen una dimensión sustancial y un papel de fundamento y no de mero límite. Lo cual no es, naturalmente, obstáculo para reivindicar que la gestión hermenéutica de estos principios no quede confiada en exclusiva a la "competencia inconcusa e indiscutible de una oligarquía de meros expertos en valores elegidos por el Parlamento": M. DONINI, "Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", cit., p. 38.

justificarse para evitar la afectación a los elementos esenciales a la vida en común. Que son los que dan su impronta al modelo constitucional<sup>19</sup>.

Con lo que el bien jurídico no suministra el criterio de identificación de los marcos de intervención penal, pero puede, al menos, ofrecer criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación suficiente<sup>20</sup>.

Desde esta perspectiva, el principio de lesividad, impone al proceso de criminalización una orientación inequívocamente restrictiva: sólo una radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de puras desobediencias, de irregularidades a las que puede poner eficaz coto el derecho privado o el administrativo-sancionador<sup>21</sup>, permitirá alcanzar cotas aceptables de legitimidad democrática.

Nuestra realidad normativa muestra que, por el contrario, se ha venido optando en los últimos años por desconocer esas exigencias del principio de lesividad, y que se han criminalizado conductas en que el bien jurídico o es irrelevante o es difícilmente identificable. Se vienen citando por la doctrina, entre otros ejemplos, la criminalización de la utilización indebida de las denominaciones de origen (art. 275), de la ocupación pacífica de viviendas (art. 245.2), del intrusismo profesional por mera carencia de título oficial<sup>22</sup>.

Problemas de identificación del bien jurídico surgen también al articular la respuesta jurídico-penal frente al aborto, tradicional campo de

<sup>19</sup> N. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, edit. Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 46 a 53. No se trata tanto de exigir respaldo constitucional expreso a los bienes jurídico-penalmente tutelados, sino de que se pueda afirmar el carácter esencial que éstos tienen en el modelo constitucional.

<sup>20</sup> G., PORTILLA CONTRERAS, "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 39, 1989, p. 735.

<sup>21</sup> Que es lo que propone C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 1998, pp. 27-28.

<sup>22</sup> J.C., CARBONELL MATEU, "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", en L.A., ARROYO ZAPATERO, y I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, I*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 138; M., GARCÍA ARÁN, "Constitución y Derecho penal, veinte años después", en L.A., ARROYO ZAPATERO, y I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, I*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 291.

batalla político-criminal desde que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 dejara sin resolver la cuestión sobre la constitucionalidad de la despenalización y sobre sus límites. El sistema de indicaciones del viejo art. 417 bis, por el que opta el Derecho español vigente, no parece ser la única opción constitucional, ya que la citada sentencia, al negar que el *nasciturus* sea titular de un derecho fundamental a la vida, permite la introducción de otra indicación, la de “*imposibilidad personal, social o económica*”, que rechazada, además de por el Partido Popular, por los partidos confesionales, tampoco fue introducida por el Partido Socialista en los largos años en que su mayoría parlamentaria se lo hubiera permitido. Mucho más limitados han sido los intentos de introducir un sistema de plazos, no vetado por la sentencia del Tribunal Constitucional, de cuyo texto sólo cabe deducir que su constitucionalidad queda condicionada al control riguroso del tiempo de embarazo y a garantizar la posibilidad de plena realización de la mujer como madre, a través de la información y la ayuda moral y material del Estado<sup>23</sup>.

Críticas semejantes se han vertido sobre la disciplina penal de los delitos societarios. Así, se pone en cuestión la penalización de conductas ya subsumibles en tipos tradicionales, neutralizables por parte de las leyes mercantiles, o, simplemente, carentes de consecuencias perjudiciales de relevancia<sup>24</sup>. Esta innecesaria expansión punitiva sería detectable en los artículos 291 a 293 y, especialmente, en el 294, considerado por algún autor como criminalizador de un delito “*de desobediencia o de falta de colaboración con la actuación inspectora o supervisora de la Administración, ... una simple infracción administrativa*”<sup>25</sup>.

También se ha denunciado la incompatibilidad del art. 578 con la libertad de expresión: la peculiar apología del terrorismo que castiga o es

<sup>23</sup> G. QUINTERO OLIVARES, “El criminalista ante la Constitución”, cit., pp. 410 a 414.

<sup>24</sup> J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de CP”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, p. 477; C., MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 1999, p. 221; F., MUÑOZ CONDE, “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de CP”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982, p. 117.

<sup>25</sup> J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “Los delitos societarios”, en SERRANO-FONTÁN-RODRÍGUEZ (coord.), *El nuevo CP y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico-práctico (III)*, vol. 4, Madrid, edit. Expansión, 1996, p. 379; en el mismo sentido, G. QUINTERO OLIVARES, “El criminalista ante la Constitución”, cit., p. 417.

una forma de provocación —lo que haría inútil el precepto, por reiterativo— o en ella no es identificable un bien jurídico digno de tutela penal<sup>26</sup>.

Las reformas de 2003 ignoran las coincidentes opiniones que venían exigiendo la inhibición penal en estos ámbitos, y se lanzan a una intensificación de la intervención punitiva que queda sin justificación, y que se dirige, fundamentalmente, hacia la criminalización de la pequeña delincuencia y de la disidencia.

## II.2.1. Pequeña delincuencia

La pequeña delincuencia es, en efecto, el campo abonado para desplegar políticas criminales nítidamente descriminalizadoras.

No puede olvidarse, al respecto, que mientras el art. 9.2 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan su plenitud...*”, esos mismos poderes públicos se despreocupan de las causas de la desigualdad y la marginalidad y proclaman un objetivo político-criminal profundamente discriminante.

De hecho, las últimas reformas de nuestro ordenamiento apuntan, según expresamente admiten sus promotores, no al intento de adecuar la respuesta penal a sectores de la actividad económica donde presuntamente se han detectado déficits de funcionalidad —Gestcartera, Prestige, etc.—, sino al objetivo de barrer (sic) la pequeña delincuencia, tal como resulta patente al elevar, como hace la Ley Orgánica 11/2003, la reiteración de faltas de lesiones (art. 147.1), hurto (art. 234) y robo o hurto de vehículo de motor (art.244) a la categoría de delito.

Por cierto, la LO 15/2003 suprimía esta regla en el caso de los artículos 234 y 244, pero fue reintroducida en ambos preceptos a través de una corrección de errores publicada en el Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo de 2004. Sin que nadie haya podido identificar en qué fase de la tramitación parlamentaria de la Ley se produjo el error.

El principio de legalidad, que comporta la obligación de que las leyes penales procedan del Parlamento —y no de una oficina de corrección de errores— resulta, así, malparado.

<sup>26</sup> M.M. DÍAZ PITA, y P. FARALDO CABANA, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 7, 2002, p. 143.

Mención expresa, en este mismo ámbito de la pequeña delincuencia, merece la omnipresente expulsión -como sustitutivo de la pena privativa de libertad, de las medidas de seguridad de internamiento, del enjuiciamiento de determinados delitos, de la propia libertad condicional, etc.- que la Ley Orgánica 11/2003 prevé con carácter general para los inmigrantes irregulares.

Para conseguir la expulsión de quienes, en términos estadísticos, cometen los delitos de bagatela a los que obliga su condición de marginales estructurales, las reformas del Código Penal y de la *Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social* que han impuesto las Leyes Orgánicas 11 y 14/2003, no dudan en oponerse frontalmente a los principios de reinserción, de *non bis in idem*, de presunción de inocencia y de igualdad.

## II.2.2. Politización

El afán criminalizador no se plasma sólo en la persecución intensificada de la pequeña delincuencia. También se observa una fuerte politización que lleva al legislador a poner el punto de mira no tanto en el bien jurídico afectado por el delito, sino en lo que éste pueda suponer de disidencia.

Así ocurre cuando se eleva, *intuitu personae*, a la categoría de delito la convocatoria de un referéndum, tal como hacen los artículos 506 bis y 521 del Código Penal, introducidos por la Ley Orgánica 20/2003. Reforma ésta que además burla el contenido sustantivo del principio de legalidad, ya que se ha aprovechado el debate en el Senado sobre la Ley de Arbitraje para aprobar, prescindiendo de toda discusión previa con los sectores especializados y en el seno del Congreso de los Diputados, una reforma del Código Penal.

## II.3. A la seguridad por la penalización

a) La tercera de las grandes vías por las que discurren las reformas de 2003, se mueve en el ámbito de las penas, a cuya intensificación se recurre con la voluntad declarada de incrementar la seguridad.

La Ley Orgánica 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, proclama en su propia intitulación sus objetivos político-criminales. Según su Exposición de Motivos, su principal

reto es fortalecer la seguridad jurídica de los ciudadanos, pero la seguridad concebida no como tutela de los bienes jurídicos esenciales, sino como “derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuestas”.

Y se añade: “La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente... pero precisamente por ello la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

No se trata, pues, del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en sus diversas modalidades y respondiendo a necesidades personales cambiantes, sino del cumplimiento íntegro en la prisión, minimizando la relevancia de instituciones individualizadoras que están presentes en la tradición jurídico-cultural de todos los países de nuestro entorno.

Dicho en otros términos: en lugar de procurar los medios para evitar la utilización perversa de los beneficios penitenciarios, lo que se hace es limitarlos con carácter general, impidiendo el logro de cualquier objetivo resocializador.

Lo que tampoco importa demasiado si se acepta que el objetivo principal de la reforma no es la seguridad, como prevención de ataques a bienes jurídicos, sino como tranquilidad de los ciudadanos, que comprueban que a cada infracción le sigue una pena. Lo que nos remonta al universo de JAKOBS, para quien “lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma..., la tesis de la protección de bienes jurídicos... sale de un punto de vista erróneo”<sup>27</sup>.

b) Por lo mismo, es detectable en toda la reforma una profunda desconfianza por parte del legislador en la labor jurisdiccional y en la Administración penitenciaria. Al prefijar todos los avatares que definirán cualitativa y cuantitativamente el contenido de la pena, se olvida que ésta se impone no a un ser abstracto, sino a una persona individual, y se desconoce que el Poder Judicial juega un papel insustituible en el desarrollo y protección de las libertades fundamentales. Privarle de estas facultades, limitando sus posibilidades de ajustar e interpretar las normas con arreglo a los principios constitucionales, no puede hacerse sin deteriorar el esquema

<sup>27</sup> G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid. Civitas, 2003, p. 48.

de la división de poderes y sin el riesgo de encorsetar la labor del juez, que queda reducida a mera aritmética de aplicación de las penas.

Así lo consagra la *LO 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, que apela a las lecturas más simplificadoras de la Ley del Talión para interpretar el *nullum crimen sine poena* como derecho de la sociedad al castigo predeterminado e inmutable del delincuente.

c) De este modo, el objetivo constitucionalmente impuesto, de buscar la reinserción del condenado, queda reducido a nada. Como si no existiera el inciso primero del art. 25.2 de la Constitución. Y, sin embargo, esa es la situación real que a veces se percibe: con frecuencia excesiva, lo primero que se reclama, incluso en el Parlamento, para hacer frente a la delincuencia grave, es *“la creación de un sistema de excepciones a todo tipo de ejecución progresiva de la pena de libertad (el cumplimiento íntegro de la totalidad de la pena) o al acceso al disfrute de cualquier clase de beneficio penitenciario”*<sup>28</sup>.

d) Quizá a este espíritu responde la ampliación de la duración máxima de la pena carcelaria. En efecto, la Ley Orgánica 7/2003 reforma el art. 76, y eleva el límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión hasta cuarenta años, para los supuestos en que se cometan dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados con pena superior a veinte años o cuando se condene por dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena superior a veinte años de prisión.

La valoración que merece tal cuadro normativo no puede ser positiva.

En efecto, llegar a penas de treinta o cuarenta años de prisión supone reintroducir una pena carcelaria de por vida, que no goza de tradición en nuestro ordenamiento, en el que sólo figuró en los Códigos Penales de 1848 y 1870. Es más, con el Código Penal franquista, el de 1944, en virtud del juego de los beneficios penitenciarios ahora derogados, *“no se llegaba nunca a veinte años de cumplimiento efectivo”*<sup>29</sup>. No puede entenderse que

<sup>28</sup> G. QUINTERO OLIVARES, “El criminalista ante la Constitución”, cit., pp. 400-401. Por las mismas razones, la inercia impone soluciones restrictivas ante las posibilidades legales de suspensión especial o sustitución de la pena privativa de libertad a los condenados con antecedentes penales vivos: J. CID MOLINE, y E. LARRAURI PIJOAN, (coord.), *Jueces penales y penas en España*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 106-107.

<sup>29</sup> L. GRACIA MARTÍN, (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia. Tirant lo Blanch, 1998, p. 61.

el Código de 1995, el llamado “Código Penal de la democracia” permitiera llegar a una prisión de treinta años, y que las reformas de 2003 la lleven hasta los cuarenta.

En sentido contrario se manifiesta el Informe que, a propósito del Proyecto de Ley Orgánica 7/2003, emitiera el Consejo General del Poder Judicial, que constata cómo en distintos países de nuestro entorno cultural existen penas de cadena perpetua, ocultando que en todos ellos existen procesos de revisión que acortan considerablemente su duración<sup>30</sup>.

Cuando el mismo informe del Consejo General del Poder Judicial afirma que a los efectos de la resocialización *“no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo, en caso de pronóstico favorable de reinserción”* está, simplemente, pervirtiendo el lenguaje, pues resulta obvio que la esperanza de recobrar la libertad cuando se tiene en perspectiva una prisión de cuarenta años ha de ser inexistente o irrelevante por ínfima.

Se ha optado por la prevención general intimidatoria, desconociendo no sólo los principios de resocialización y humanidad de las penas, sino también las características de los sistemas progresivos de ejecución de penas, aceptados en todo el mundo civilizado.

e) Para *“hacer frente a los autores de crímenes muy graves”*, la misma Ley Orgánica 7/2003 reforma el art. 78: cuando los límites del art. 76.1, determinen una pena inferior a la mitad de la suma total de las impuestas a un sujeto, el juez o tribunal podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Este acuerdo será preceptivo cuando las penas impuestas puedan alcanzar, de acuerdo con las reglas del art. 76, una duración de veinticinco, treinta o cuarenta años.

Cierto que, en estos casos, se puede, excepcionalmente, volver al régimen general. Pero si se tratase de delitos de terrorismo<sup>31</sup> o cometidos en el seno de organizaciones criminales, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) al tercer grado cuando quede por cumplir la quinta parte del límite máximo de cumplimiento, es decir, cuando se hayan cumplido treinta y dos años de prisión en primero y segundo grado; b) a la libertad

<sup>30</sup> B. MAPELLI CAFFARENA, y J. TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 70.

<sup>31</sup> Comprendidos en la sección 2ª del capítulo V del Título XXII

condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena, esto es, cuando se hayan cumplido treinta y cinco años.

Resulta obvio que estos plazos condicionan gravemente la consecución de los constitucionales objetivos reinsertadores<sup>32</sup>, lo que constituye un importante factor de ilegitimidad tanto política como jurídica.

f) La reforma introducida en el art. 66 incide sobre la eficacia de las circunstancias agravantes: cuando concurren más de dos, se podrá aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior. Y cuando concorra la circunstancia de reincidencia, definida en la regla 5ª del art. 66, se podrá imponer la pena superior en grado en toda su extensión.

Frente a la situación anterior, que permitía, en caso de concurrencia de varias circunstancias agravantes, la imposición de la pena correspondiente al delito en su cuantía máxima, hoy se permite no sólo agravar la pena, sino sustituirla por otra superior.

Se retrocede, además, respecto al texto de 1995, al conceder a la reincidencia el mismo cualificado efecto agravatorio, aun cuando sea la única circunstancia agravante concurrente. Lo que no puede admitirse si se tiene en cuenta la dudosa legitimidad de una agravación que no se vincula al hecho, sino a sus antecedentes, y que se encuentra siempre en tensión con el principio de culpabilidad<sup>33</sup>. Por lo que se ha podido concluir doctrinalmente que "la idea tradicional de que la reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional"<sup>34</sup>.

g) El art. 36 del Código Penal, reformado por la misma Ley Orgánica 7/2003, condiciona el paso del condenado a tercer grado penitenciario al

hecho de que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Lo preventivo-especial se condiciona así a presuntas demandas sociales que, además de no haber sido probadas, nada tienen que ver con los fines de la pena. Pero el precepto revela algo más: en primer lugar, el desconocimiento de la dignidad personal del condenado, cuyo *iter* se condiciona a objetivos que le son ajenos –se le toma como instrumento–; en segundo lugar una profunda contradicción político-criminal, en la medida en que aquí se restringe el ámbito de actuación del juzgador, para evitar sus veleidades como expresamente reconoce la *Exposición de Motivos*, mientras que, en el art. 93.2 del Código Penal, el juez dispone de la más absoluta manga ancha para revocar la libertad condicional ya concedida al condenado.

h) En efecto, el nuevo art. 93 dispone que los condenados por delitos de terrorismo que hubieren obtenido la libertad condicional y, durante la vigencia de la misma, delinquieran, inobservaran las reglas de conducta o incumplieran las condiciones que les permitieron acceder a la libertad condicional, reingresarán en prisión.

Pero, además, habrán de cumplir el tiempo que reste de cumplimiento de la condena "con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional".

Ejemplificado con palabras de GIMBERNAT: "si con una condena de treinta años, se obtiene la libertad condicional después de veintisiete años, y a los dos años de estar en esa situación al penado se le revoca ese beneficio, la pena que finalmente tendrá que cumplir será de treinta y dos años, ya que la libertad condicional no es más que una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad"<sup>35</sup>.

Con lo que se desconoce que la libertad condicional es una fase o forma de cumplimiento de la pena; se viola el principio de determinación de la pena, ya que su duración se hace depender de avatares de ejecución que incrementan la que se impuso en sentencia; se niega el derecho a un proceso justo, ya que la nueva pena no se impone en un procedimiento contradictorio adornado de las necesarias garantías judiciales; se viola el principio *nulla poena sine lege*, ya que la nueva pena no depende de un delito previo, sino que puede depender de algo tan vago como la inobservancia de reglas de conducta; y se viola el principio de igualdad, ya que el precepto se aplica sólo a unos sujetos –los condenados por delitos de terrorismo–, pero no porque cometan delitos especialmente graves, sino por su condición personal.

<sup>32</sup> Es, al respecto, gráfica la expresión de GIMBERNAT: "No tengo espacio para –ni ganas de– explicar lo obvio: que con treinta o cuarenta años por delante de prisión efectiva al delincuente se le priva de su derecho constitucional a ser reeducado y reinsertado socialmente" (E., GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo a la novena edición" del Código Penal, Madrid, 9ª ed., edit. Civitas, 2004, p. 18).

<sup>33</sup> La polémica doctrinal al respecto ha llegado, en España, incluso al Tribunal Constitucional (sentencia de 4 de julio de 1991). Ver, E.B., MARÍN DE ESPINOSA, "Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal", en J.M., ZUGALDÍA ESPINAR, (dir.), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 2002, p. 919

<sup>34</sup> E. R., ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires. EDIAR, p. 1057.

<sup>35</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo a la novena edición", cit., p. 19.

i) La relevancia que en ciertos casos se da a las víctimas refuerza la tendencia al endurecimiento fáctico de las penas. En los arts. 36 (período de seguridad), 78.3 (cumplimiento efectivo de penas de prisión de determinada duración) y 91.1 y 2 (libertad condicional) se condiciona la aplicación del régimen general de dichas instituciones a que el Juez de vigilancia penitenciaria oiga al Ministerio Fiscal, a la administración penitenciaria y a “las demás partes”, esto es, a la acusación particular y a la popular.

No es este el lugar para valorar la función de la víctima en el sistema penal, pero sí hay que dejar constancia de que, cuando la duración o el régimen de la pena carcelaria dependa de la voluntad de la víctima, normalmente ésta se orientará hacia el límite máximo. Lo que es particularmente contradictorio con las reglas del sistema penitenciario público, en el que el sujeto condenado, integrado en una institución total estatal, sólo puede estar sometido a las reglas de actuación de ésta, sin interferencias externas.

j) Las penas carcelarias inferiores a seis meses habían desaparecido del Código Penal de 1995 en respuesta a un argumento elemental: no pueden resocializar y, por el contrario, son idóneas para provocar la definitiva marginación del condenado. Hoy, de la mano de la Ley Orgánica 15/2003, han vuelto penas de tres meses de prisión, para conseguir “que la pena de privación de libertad de corta duración cumpla una función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”.

A tal efecto, se modifica el art. 36, cuyo núm. 1 queda redactado así: “La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses...”.

Sobran los comentarios<sup>36</sup>.

k) Pero dado que para ciertos delincuentes y en ciertas circunstancias (piénsese en la criminalidad de los *hooligans*, ligada a los fines de semana, o a determinadas formas de criminalidad de cuello blanco) la pena corta puede tener un efecto *shock*, de probada eficacia preventiva, el Código Penal de 1995 pretendió lograr ese efecto *shock* y, a la vez, eliminar los efectos desocializadores de la prisión corta, acudiendo a los arrestos de fin de semana<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> B. MAPELLI CAFFARENA, y J.M., TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 71-72.

<sup>37</sup> F. MUÑOZ CONDE, y M., GARCÍA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 5ª ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 532.

En sentido totalmente contrario argumenta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003: “Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración –de tres meses en adelante en los delitos– por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea en esta LO”.

La constatación de la irregular aplicación del arresto de fin de semana –que debería dar lugar no a su supresión sino a la exigencia de las correspondientes responsabilidades políticas– ha determinado la desaparición de una pena que, por obvias razones, en 1995 había sido considerada idónea.

En resumen, se suprime el arresto de fin de semana y se vuelve a las penas cortas privativas de libertad de cumplimiento continuado, a pesar de sus conocidos efectos criminógenos, en aras de una seguridad que, por tanto, no se logrará. Con el único objetivo de dar satisfacción a las peticiones de “mano dura” contra la pequeña delincuencia procedentes de sectores de población a los que los poderes públicos no explican el fenómeno, sino que satisfacen con políticas de “tolerancia cero”, cuya rentabilidad electoral inmediata es bien conocida, sobre todo cuando esos mismos poderes controlan de manera eficaz los medios de comunicación, públicos o privados.

### III. Reflexiones finales

Las reformas del Código Penal español de 2003 responden a:

1º. Un profundo subjetivismo, en cuya virtud buena parte de las medidas endurecedoras se fundamentan más en la personalidad de los sujetos que en el significado objetivo de sus actos, lo que supone un paladino regreso al Derecho penal de autor.

2º. Un desconocimiento de la relevancia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que sigue siendo insustituible como criterio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*.

La reforma busca, y así lo reconoce, la seguridad, no como consecuencia de la mejor protección de bienes jurídicos fundamentales, sino concebida como tranquilidad del ciudadano, aunque esa tranquilidad no se base en la reducción de delitos, sino en la confianza de que estos serán duramente castigados.

3º. Una acrisolada fe en la eficacia del endurecimiento de las penas, a pesar de que se sabe que por sí sólo no puede incrementar la eficacia de la lucha contra el delito. Si se opta por esa vía, se hace conscientemente. Pues, como se ha dicho, lo que se busca no es tanto la seguridad material como transmitir a los ciudadanos una sensación de seguridad, que no se corresponde con las estadísticas de reducción de delitos, sino con la publicitación de la dureza de las penas. La búsqueda de eficacia se ha sacrificado en el altar del halago a los sentimientos de expiación y venganza, tan inútiles en una política criminal razonable como rentables en términos electorales.

4º. Una postergación del principio de resocialización, que hace que todo el proceso de reforma se muestre difícilmente compatible con el art. 25 de la Constitución Española.

5º. Una orientación clasista, reflejada en el endurecimiento de la respuesta penal frente al pequeño delincuente, con olvido de evidentes disfunciones frente a la delincuencia de cuello blanco, que ha quedado significativamente al margen de las preocupaciones del legislador de 2003.

Frente a esa realidad, se pueden aducir a favor de las reformas, y así lo han hecho los turiferarios del poder, razones de justicia y de seguridad jurídica. Pero lo cierto es que no deja de rastrearse un tufo de oportunismo político *“de signo conservador y eminentemente represivo que sitúa la seguridad ciudadana y el carácter intimidatorio de las penas por encima de cualquier otro valor o principio”*<sup>38</sup>.

En síntesis, el tránsito, profundamente regresivo, del “Código Penal de la democracia” al “Código Penal de la seguridad”, olvida la sabia advertencia de BARATTA: lo que interesa no es tanto el derecho a la seguridad, como la seguridad de los derechos. Y esto es lo que el legislador de 2003 ha dejado de lado.

<sup>38</sup> F. MUÑOZ CONDE, “Prólogo” a *Código Penal*, Madrid, 4ª ed., edit. Ariel, 2003, p. 3.

## Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación\*

Armando Luis Calle Calderón\*\*

### RESUMEN

*Las innovaciones en el sistema procesal penal colombiano, con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 03 de 2002 y con la Ley 906 de 2004, se supone, llevan a una metodología de persecución penal acusatoria. Sin embargo, al entender que un sistema de persecución penal acusatorio implica que sus paradigmas y categorías responden a la exigencia de que las garantías individuales son límite infranqueable a la política criminal del Estado, y al analizar las figuras del nuevo Código de Procedimiento Penal, se observa que evidentemente se ha celebrado la adscripción a una estructura conocida como acusatoria, pero a la manera norteamericana (selectiva, racista, desigual) y de Puerto Rico, que en cuanto a compromiso democrático y garantías no alcanza a responder a los estándares que se estiman como condiciones para llamar acusatorio a ese sistema, en los términos políticos en que se cree debe ser entendido. En esa medida, no parecería que el nuevo sistema procesal penal pueda*

\* El texto corresponde en lo fundamental a una conferencia dictada el 9 de septiembre de 2004 en la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, en el marco de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Posteriormente el texto fue enriquecido en discusiones que llevé a cabo en la Universidad del Norte (Barranquilla) y en la Universidad Popular del Cesar (Valledupar), por la amable invitación de los profesores Jaime Sandoval Fernández y Leovedis Martínez Durán, respectivamente.

\*\* Profesor de derecho penal y procesal penal de las Universidades de Antioquia y EAFIT.