

Prof. Dr. Joan J. Queralt

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Barcelona, España. Director del TransJus.
Socio de la FICP

~Derecho penal del amigo~

El sesgo ideológico de las leyes penales se mide de bajo los parámetros de lo que se ha venido en denominar *Derecho penal del enemigo*, esto es, securitismo, populismo punitivo, desproporción punitiva, falta de garantías... No es desde luego un mal sistema de valoración, al que no es sustraen en absoluto las recientes reformas penales españolas operadas a medio de las LLOO 1 y 2/2015.

Sin embargo, ese no es el único de verificar el sesgo ideológico de un Código penal. Ya propuse para la anterior extensa reforma conservadora de 2003 (la última de las cinco que hubo en 2003, la LO 15/2003), el denominado *Derecho penal del amigo*. Mediante este enfoque cabe establecer también cual es el sesgo ideológico del legislador y su sinceridad en la persecución de la protección de bienes jurídicos lo más extensos posibles que afecten a la convivencia ciudadana. Aquí, una legislación claramente nominalista y bonifica, es decir, sin medios, ultra garantista o incompleta y sin previsión de actualizaciones procesales, orgánicas ni materiales, deja en consciente papel mojado la aparente reforma en aras de una mayor calidad democrática y de una mejor y más razonable seguridad.

En el *Derecho penal del amigo* cabe distinguir tres categorías: el *Derecho penal del amigo* stricto sensu, el *Derecho penal en favor del amigo*, y, por último, el *Derecho penal para hacer amigos*, que, en ocasiones, puede deparar sorpresas, por su contrariedad real con los designios del legislador.

I. Derecho penal del amigo

Partiendo del Derecho penal cotidiano, el que se aplica a diario en los órganos penales, destacan dos, a primera vista, dos previsiones en la parte general que tendrán, a no dudar, una gran repercusión.

1) El concurso medial (art. 77.3. CP)

Se rompe la igualdad de medición de la pena, como ocurría hasta ahora. Para el concurso la comparación entre el límite máximo de la pena y las penas a imponer, son los términos que resulten de las penas en concreto. El real, la comparación es en

abstracto. El medial es más favorable y es el que suele imponerse a los delitos de corrupción que suelen aparecer en grupos de 3 a 6 delitos.

2) El comiso (arts. 127 a 128 octies CP)

En formal cumplimiento de Derecho europea se regula exhaustivamente el comiso. Sin embargo, el riesgo de quedar en letra muerta es alto en extremo. Ni se modifica la regulación procesal de la responsabilidad civil, que puede concluirse, dictada ya la sentencia penal, ni se dota de medio alguno a la Oficina Judicial para la investigación patrimonial, que seguirá como hasta ahora, a remolque de lo que decidan los entes requeridos públicos y privados, que dilatan sistemáticamente el cumplimiento de los mandatos judiciales.

II. Derecho penal en favor del amigo

1) Hurto de objetos protegidos por alarmas (art. 234. 3 CP)

Hechos que hasta el 1-7-2105 eran constitutivos de falta, además de pasar a ser delitos con una multiplicación, pueden ser castigados con multa de dos a tres meses si se inutiliza la alarma. Los delito de hurto por encima de los 400 € tendrán una pena mínima de 12 meses a 18 meses de prisión. En cambio se sigue manteniendo la atenuación del art. 242. 4, que permite en el robo con violencia o intimidación una pena de entre 12 y 24 meses.

2) Hurto de material de construcciones (Art. 235. 1. 3º CP)

La sustracción de material destinado a la construcción de infraestructuras, en el lugar donde estas se constituyen presenta una doble peculiaridad. Lo decisivo no es el valor de lo sustraído sino su destino; de este modo, el sujeto pasivo del delito pasa a ser un servicio público que no está en servicio (no su titular dominical o por finalidad) y que el quebranto que se cause al servicio ha de ser grave, lo que, no estando en funcionamiento es harto imposible su verificación

III. Derecho penal para hacer amigos

1) La fallida reforma del grooming (art. 183 ter. 2.) se basa en una tradición contraria al objeto de la Directiva 2011/93/UE, donde requería someter a pena la petición de actos sexuales a menores, sin engaño alguno. La directiva, mal traducida y nunca advertida la anomalía, habla de embaucamiento, lo que restringe enormemente el

radio de acción del precepto y lo aproxima, casi hasta desdibujarlo, a otros delitos ya existentes como el art. 183 bis.

2) La redenominación, incluida, además, como cláusula de cierre en el apartado 258. 1 del artículo UNO de la LO 1/2005, de los términos “incapaz” o “incapaces” por los términos “persona con discapacidad necesitada de especial protección” o “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, reduce sensiblemente el número de personas que, incapaces, no requieren tal especial protección. O lo que es lo mismo: ahora los incapaces están menos protegidos penalmente que hasta la entrada en vigor de esta norma.