

CONSIDERACIONES SOBRE LAS RECIENTES LÍNEAS DE POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA

FÁTIMA PÉREZ FERRER
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Almería

Fecha de recepción: 29-10-2012
Fecha de aceptación: 10-12-2012

RESUMEN: El presente trabajo recoge unas reflexiones generales sobre las principales reformas penales acaecidas en los últimos años en el ordenamiento jurídico español, analizando los principales aspectos que se contienen en el Anteproyecto de Ley Orgánica –con fecha de 16 de julio de 2012-, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En la actualidad, el denominado “Expansionismo del Derecho Penal” es una realidad. Por un lado, la aparición de nuevos intereses –junto a los ya tradicionales-, que se entienden dignos de tutela y protección; por otro, las nuevas formas de riesgo que determinan la utilización de técnicas de tipificación específicas: delitos de simple actividad fundamentados en la puesta en peligro del objeto de tutela, y por último, la flexibilización de las reglas de imputación de la responsabilidad penal, con la merma de los derechos y libertades que ello puede llegar a suponer para los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Reformas penales/ Sociedad del riesgo/ Expansión del Derecho Penal/ Principio de Intervención Mínima.

ABSTRACT: *This article contains some overall reflections on the main penal reforms which have been recently undertaken within the Spanish Legislation Framework. I have therefore analyzed the main aspects of the published draft of the Organic Law from July 16th 2012, which will eventually modify the existing Organic Law 10/1995 from November 23rd of the Criminal Code. Currently the so-called «expansionism of the criminal law» is an undeniable reality. On one hand, the new emerging interests, on top of the existing traditional ones, which are generally worth deserving guardianship and protection. On the other hand, the new means of risk which determine the use of very specific classification techniques such as offences of simple activity based on having put at risk the protected object. To sum up I have tackled how the way of making the allocation rules of the criminal responsibility more flexible could ultimately lead to a decrease of rights and freedoms of the citizens.*

KEY WORDS: *penal Reforms/ risk Society/ Expansion of the criminal law/ Principle of minimum intervention.*

SUMARIO: I. DETERMINACIONES PREVIAS. II. APROXIMACIÓN A LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO. III. ANTEPROYECTO DE

LO DEL CÓDIGO PENAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995. IV.
CONCLUSIONES FINALES.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

Probablemente, el rasgo más destacable de la reciente evolución del ordenamiento punitivo español sea el sorprendente número de reformas penales, -directas o indirectas-, que se han venido sucediendo desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y que han afectado a un altísimo número de preceptos del texto penal.

En efecto, si valoramos mínimamente el conjunto de reformas producidas en estos diecisiete años de vigencia del Código Penal, observamos que junto a ciertas modificaciones que se pueden considerar inevitables, -y que por ello, aparecen plenamente justificadas, al margen de la valoración técnica que nos merezcan-, se han producido otras que han venido a debilitar decididamente los fundamentos garantistas, -inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho-, que han caracterizado tradicionalmente la Política Criminal en nuestro país¹.

Según una opinión cada vez más extendida, y tal como sucede en el resto de los ordenamientos penales europeos, -también en el ordenamiento español-, estas reformas penales son el reflejo de un evidente “Expansionismo” del Derecho Penal, concepto que quiere expresar que el surgimiento de nuevas realidades delictivas aconseja proceder a una ampliación de los contenidos del Derecho Penal, la cual se produce bajo una doble orientación².

¹ En un sentido parecido, MORILLAS CUEVA, L.: “Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 04-06-2002.

² SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 2001, pp. 81 ss, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Faraldo Cabana, P. (Dir.), Valencia, 2004, p. 11.

En primer lugar, nos encontramos ante un fenómeno de expansión en el sentido extensivo, o lo que es lo mismo, de ampliación de las figuras penales, de crecimiento de los tipos delictivos previstos en nuestra legislación, lo que puede justificarse a través de lo que, -con mayor o menor acierto-, se ha denominado Derecho Penal de la sociedad del riesgo. Es una realidad innegable, pues, que en el marco que determina el creciente nivel de desarrollo tecnológico de la sociedad contemporánea, se generan nuevos intereses que, a *priori*, aparecen como susceptibles de tutela penal, como nuevas formas de agresión u ofensa a bienes jurídicos³.

Indiscutiblemente, el avance social y la tecnificación de nuestra sociedad, hace que estos nuevos riesgos se generalicen, y se aprecien desde el punto de vista de la sensibilidad social como potenciales amenazas a amplios colectivos, de forma que hacen surgir un sentimiento de inseguridad, -cuando no de temor manifiesto-, que se convierte paulatinamente en una demanda de intervención que los poderes públicos no pueden ignorar. Por otra parte, el desconocimiento y la incertidumbre respecto a la potencialidad lesiva de esas nuevas técnicas, asentadas socialmente pero reconocidas como efectivamente arriesgadas, determinan que con la intención de cubrir la demanda social de intervención penal, las técnicas de tipificación varíen respecto a las más tradicionales, proliferando formas cada vez más flexibles de imputación de responsabilidad penal.

Con ello, se produce de forma inevitable una extensión del contenido propio del Derecho Penal; de una parte, se admiten nuevos intereses o bienes jurídicos, -generalmente de carácter colectivo o difuso- que se entienden dignos de tutela y protección, ampliando el catálogo tradicional. En esta línea, autores como DÍEZ RIPOLLÉS señalan que los componentes materiales de estos nuevos intereses o bienes jurídicos marcarían algunas diferencias respecto a los bienes jurídicos tradicionales,

³ Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Consideraciones sobre la reciente Política Criminal en España*, Lección Inaugural Curso 2005/2006, Universidad de Almería, pp. 8 ss.

producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales⁴.

Por otra, las nuevas formas de riesgo para estos y otros intereses, determina la utilización de técnicas de tipificación específicas: delitos de simple actividad fundamentados en la simple puesta en peligro del objeto de tutela, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo; y por último, ante la dificultad de precisar los términos de atribución de responsabilidad penal a un sujeto en concreto, se flexibilizan las reglas de imputación de responsabilidad, con la merma de garantías penales y procesales que ello puede llegar a suponer, aumentando también las posibilidades de intervención penal. Así pues, se observan ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de una menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco.

Éste, como hemos dicho, es un fenómeno expansivo que ha podido observarse en los más variados ordenamientos penales, y ha motivado la proposición por parte de la doctrina científica de muy meritorios esquemas aplicativos que llegan a proponer incluso la aparición de auténticos nuevos modelos penales (*el Derecho Penal de Segunda Velocidad, o el llamado Derecho Penal de la Sociedad del Riesgo*). Somos también conscientes de que, siendo inevitable este movimiento expansivo, no puede criticarse, sino tan sólo procurar su adaptación, sin resignación alguna, a los esquemas limitativos mínimos que, a nuestro juicio, siguen siendo de aplicación obligada, aún con ciertas adaptaciones perfectamente admisibles en su marco teórico.

Ahora bien, junto a esta primera forma de expansión del moderno Derecho Penal español, se produce otra, que podemos denominar como expansión intensiva, y que se plasma, no tanto en el aumento más o menos justificado de los tipos delictivos, sino en el claro endurecimiento de los principales medios de reacción penal, fundamentalmente, las penas. Sin duda, este fenómeno se plasma en nuestro más reciente Derecho Penal, lo

⁴ Cfr. Díez Ripollés, J.L.: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2004, p. 271.

que ha supuesto una auténtica involución en las líneas de Política Criminal surgidas en los últimos años, hasta el punto de haber sido calificada de auténtica “*contrareforma punitiva*”⁵.

Sin duda, que muchas de estas reformas tienen sobrada justificación: cambios sociales, económicos, políticos, religiosos y culturales; exigencias de armonización europea y otras obligaciones internacionales; avances tecnológicos; nuevas realidades criminales, etc. Pero su justificación, -o al menos, explicación-, no elimina un cierto poso de improvisación, de presiones mediáticas, de conveniencias coyunturales, en definitiva, del término que ha cobrado fortuna como “*populismo punitivo*”⁶.

Del panorama reformista descrito se deriva una realidad con una mayor presencia del Derecho Penal, lo que significa más castigo y más represión, o lo que es lo mismo, un recorte en nuestro sistema de derechos y libertades. Es decir, un incremento de la intervención punitiva, el tránsito de un “*Derecho Penal Mínimo*” a un “*Derecho Penal Máximo*”; la expansión de conductas prohibidas; las formulaciones típicas con una considerable indeterminación del presupuesto; el aumento de remisiones normativas y de cláusulas pendientes de valoración; el empleo constante y creciente de diversas estructuras de adelantamiento de la intervención (delitos de peligro, omisión, imprudencia, formas de autoría, tentativa, actos preparatorios), y en general, de una estrategia legislativa tendente a configurar tipos penales que faciliten la prueba. A todo ello se le ha de unir, además, un incremento de la severidad de la reacción punitiva, con el predominio de la pena de prisión de media, larga o incluso indeterminada duración.

II. APROXIMACIÓN A LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO

⁵ DEL ROSAL BLASCO, B.: “¿Hacia un Derecho Penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, agosto, 2009.

⁶ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (Dirs.), Valencia, 2010, p. 39.

Si realizamos una breve reflexión sobre las diferentes modificaciones legislativas del Código Penal que más nos pueden interesar para obtener una panorámica general de la tendencia penal en los últimos años, las más significativas son las siguientes: a) Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, sobre los delitos contra la libertad sexual; b) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; c) Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que incluye medidas de gran calado, como son las nuevas regulaciones del acceso al tercer grado, el límite máximo del cumplimiento de la pena de prisión, el cómputo para los beneficios penitenciarios o la libertad condicional; d) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Seguridad Ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; e) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que incluye reformas de Parte General y Especial⁷; f) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; g) Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que deroga los artículos relativos a la convocatoria de elecciones y a los referéndums; h) Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que afecta a los delitos contra la seguridad vial, e i) Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, que ofrece una nueva regulación del aborto, entre otras⁸.

En la doctrina, se percibe cierta confusión y desconcierto, y son muchos los autores que se cuestionan el Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, por considerarlo obsoleto, o al menos insuficiente, en la sociedad de riesgos en la que hoy en día vivimos⁹; otros, se atreven a formular teorías que eliminan el *status* o la categoría de personas a determinados individuos por considerarlos enemigos para la sociedad¹⁰; y

⁷ Algunos autores se refieren al año 2003 como al *annus horribilis* para el Derecho Penal español, entre ellos, Vid. LANDROVE DÍAZ, G.: *El nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 2009.

⁸ Así las cosas, no es de extrañar que algunos autores califiquen a la legislación penal española como una “legislación líquida”, haciendo referencia a su gran propensión a los cambios y a la dificultad para que éstos se mantengan e, incluso, tomen cuerpo alguna vez. Sobre ello, Vid. SERRANO GÓMEZ, A.: “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009”, en *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, mayo, 2010.

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004.

¹⁰ JAKOBS, G.: *Derecho Penal del Enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

quizás, también ajenos a las demandas sociales, otros continúan defendiendo con ahínco los pilares básicos del Derecho Penal tradicional garantista.

En relación a la última gran reforma penal en nuestro país, aprobada por LO 5/2010, de 22 de junio, todo lo señalado con anterioridad, sirve para encuadrarla en un proceso legislativo, y en un contexto histórico y político determinado. En este sentido, el Preámbulo de la LO 5/2010 afirma que: *“La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución Española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos al concepto mismo de Estado de Derecho (...), y en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995, han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección”*¹¹.

Pues bien, la extensión de las reformas que sufre el Código Penal por la citada Ley de 2010, impide referirse a todas las modificaciones producidas, ya que éstas afectan a casi 150 artículos de los que conforman el texto legal, por ello, vamos a centrarnos en tres ámbitos que, tal vez sean, los que en mayor medida, generan inseguridad y hacen más patente la intensificación de la intervención penal¹².

A) En primer lugar, la delincuencia leve reiterada fundamentalmente patrimonial. La reforma de 2010 tiene presente la reiteración en la falta de hurto, de modo que en estos casos, la pena será necesariamente de localización permanente de

¹¹ Conviene, además, señalar la ingente producción normativa de la Unión Europea, que por sí sola fuerza a continuas revisiones del Código Penal, para el cumplimiento de Directivas o Decisiones Marco.

¹² Vid. más ampliamente ECHANO BASALDÚA, J.I.: “Líneas político-criminales de la reforma penal de 2010”, *Lección Inaugural del Curso 2010/2011*, Universidad de Deusto, y QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio preliminar: cambiar las leyes y cambiar el Derecho Penal. Sobre la última reforma del Derecho Penal”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Navarra, 2010.

cuatro a doce días; además, se incluye entre las organizaciones y los grupos criminales, los que tengan por objeto la comisión de faltas de hurto, de forma que la pertenencia a tales agrupaciones, aún cuando no se haya llegado a cometer falta alguna, da lugar a una responsabilidad criminal que puede ir de una pena prisión de un año a año y medio en los casos más leves hasta una pena de prisión de tres a cuatro años y medio en los más graves¹³.

B) En segundo lugar, la delincuencia individual grave violenta, -especialmente delitos sexuales y terroristas-, que conmocionan de forma especial el sentimiento social de inseguridad ante el temor de que el hecho se repita en el futuro, incluso, de ser víctima del mismo. Asimismo, no puede obviarse que se atribuye a estos delincuentes, características personales en virtud de las cuales, la pena no tiene capacidad intimidatoria ni resocializadora, de forma que su cumplimiento no permite excluir el riesgo que representan. De ahí que se solicite la neutralización de la fuente de peligro, la inocuización del delincuente, incluso, de por vida.

También son significativas a este respecto, las modificaciones que se han introducido en el Código Penal en cuanto a las penas. Ya la LO 7/2003 endureció de forma notable el acceso al tercer grado penitenciario al exigir que se hubiera cumplido la mitad de la pena, cuando ésta tuviera una duración superior a los cinco años, pudiendo el Juez, en su caso, acortar este periodo salvo en los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales. La reforma de 2010 vuelve a modificar esta materia, -en la misma línea de endurecimiento, extendiendo la imposibilidad de acceder al tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la pena a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando la víctima fuera menor de trece años (artículo 36).

Un paso más en esta orientación se produce con la introducción de la libertad vigilada, medida de seguridad no privativa de libertad de hasta cinco años, salvo cuando expresamente se disponga que sea de hasta diez años. Su fundamento radica en la

¹³ Puede observarse que esta reforma profundiza la línea seguida por la de 2003, cuyo objeto fue permitir y/o reforzar la aplicación de una pena privativa de libertad en estos casos.

dificultad constatada para hacer frente a determinados supuestos en los que el cumplimiento de la pena no ha eliminado la peligrosidad del penado, sometiéndole, en caso de que se considere necesario, a un control judicial mediante el cumplimiento de una serie de obligaciones, prohibiciones y reglas de conducta. Esta medida de seguridad sólo está prevista para los delitos de terrorismo (artículo 579.3) y sexuales (artículo 192), y tiene como finalidad fundamental neutralizar la posible peligrosidad de los autores de este determinado tipo de delitos.

En el marco de la sustitución de las penas privativas de libertad, se le da mayor protagonismo a la pena de localización permanente. El nuevo texto del artículo 37 señala que en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción (...), el juez podrá acordar que ésta se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. Además, se amplía su límite máximo de doce días a seis meses. En buena parte, ese protagonismo se debe a la respuesta que quiere dar el legislador a la presión política y mediática frente a las faltas de hurto y su reiteración. La presente reforma, -según se justifica en el Preámbulo del Proyecto-, opta por restringir su aplicación a las faltas reiteradas de hurto por un doble motivo. Por una parte, se trata del supuesto que, sobre todo en los núcleos urbanos más importantes, ha generado la mayor preocupación ciudadana y es que a día de hoy, realmente requiere la adopción de esta medida. Por otra, la restricción de esta modalidad de localización permanente a un supuesto puntual, permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario.

En correspondencia con lo anterior, se introducen cambios para endurecer la penalidad de la falta de hurto. De este modo, se reduce de cuatro a tres las faltas de hurto en un año para convertirse en delito; asimismo, se modifica el artículo relativo a la falta de hurto para introducir una pena mayor de la establecida hasta ahora, en el artículo 623, de localización permanente o de multa, cuando se produce la reiteración de esa falta, añadiendo, además, cómo se debe entender la reiteración. Para apreciarla, “se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas”.

C) En tercer lugar, la criminalidad organizada, que se presenta como una de las mayores fuentes de inseguridad ciudadana por su potencialidad delictiva. Basta tener presente el Preámbulo de la LO 5/2010, cuando afirma que *“dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”*.

No obstante, la amplitud con que se tipifican estos delitos no parece que responda a tal peligrosidad. El texto legal diferencia entre organizaciones y grupos criminales, debido a las dificultades que se han venido planteando en la práctica, en la prueba de los elementos propios de las organizaciones. Éstas, requieren la agrupación de dos o más personas con carácter estable que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas y funciones, con el fin de cometer delitos o llevar a cabo faltas de forma reiterada. En este sentido, sanciona la Ley, el promover, constituir, coordinar o dirigir una organización criminal, y con una pena inferior, también la pertenencia y la colaboración con las mismas. En unos y en otros casos, la gravedad de la pena difiere según la gravedad de la finalidad perseguida por la organización: la comisión de delitos graves o delitos leves y faltas. Asimismo, como agravantes se toman en consideración distintas circunstancias que les dotan de mayor peligrosidad (elevado número de personas, tenencia de armas, disposición de medios tecnológicos avanzados, etc.), pudiéndose imponer la pena superior en grado cuando concurren varias de estas circunstancias. En todos los casos, se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, si los delitos a cometer fueran contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos (artículo 570 bis).

En cambio, los grupos criminales son formas de concertación criminal que no encajan en las organizaciones, pero que otorgan un *plus* de peligrosidad a las acciones de sus componentes. El texto legal los define como la unión de dos o más personas, que no reúne alguna de las características de las organizaciones criminales, y tiene por finalidad, la comisión concertada de delitos o de faltas de forma reiterada. De este modo, se sanciona el constituir, financiar o integrar tales grupos, y las pena difiere según cuál sea el delito o delitos propuestos, distinguiendo hasta siete modalidades. Además, se prevé la agravación de las penas en los mismos casos que para las organizaciones criminales (artículo 570 ter).

También en el ámbito del terrorismo se tipifican expresamente las organizaciones y grupos terroristas, que se definen con los mismos elementos que en los artículos 570 bis y 570 ter, que hemos citado *supra*, si bien, requieren la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de los delitos previstos entre los de terrorismo (artículo 571), el cual prevé penas que pueden llegar hasta los catorce años de prisión, además de la correspondiente de inhabilitación de hasta 15 años.

La respuesta de que es objeto la criminalidad organizada, especialmente la terrorista, parece responder a las directrices que se atribuyen al Derecho Penal del Enemigo, dirigidas a inocular la peligrosidad de tales delincuentes: adelantamiento de las barreras de protección a la pertenencia a organizaciones o grupos criminales, radical incremento de las penas de prisión con un endurecimiento de la ejecución que dificulte o impida el acceso a determinados grados o beneficios que reduzcan la duración de la pena (permisos, tercer grado, libertad condicional, etc.), y la acumulación y cumplimiento sucesivo de la pena y medida de seguridad en el caso del terrorismo.

Otras modificaciones esenciales se concentran en las siguientes materias: por una parte, se otorga carta de naturaleza como atenuante a la circunstancia de la dilación indebida no atribuible a la persona imputada, ni a la complejidad de la causa, y cuando el retraso tenga carácter extraordinario; le sigue la regulación de manera pormenorizada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos

jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc.). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea, con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el apartado 2 del artículo 31 del texto legal¹⁴.

En este ámbito, se concreta un catálogo de penas para las personas jurídicas, añadiéndose, -respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)-, la multa por cuotas y proporcional, y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

De singular importancia resultan también, las modificaciones en relación con la prescripción del delito, ya que el nuevo texto legal ha optado por una regulación detallada de este instituto, -aumentando el plazo mínimo para la prescripción de los delitos de 3 a 5 años-, prestando especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, y a la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona. Como infracciones penales específicas se incorporan: la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos, -que con anterioridad a la reforma, sólo se trataba de manera colateral-, precisando, además, que el receptor de un órgano pueda ser inculcado si, conociendo el origen ilícito de ese órgano, consiente el trasplante; el acoso laboral y el llamado acoso inmobiliario, -haciéndose eco el legislador de las proporciones alcanzadas por la especulación urbanística-, y un tratamiento individualizado de los

¹⁴ Sobre ello, más detalladamente, Vid. MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, núm. 29, 2011, pp. 1 ss.

delitos de trata de seres humanos, -separándose de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros-, creándose a tal efecto, un nuevo Título VII bis (artículo 177).

En materia de delitos sexuales, se procede a la incorporación en el Título VIII del Libro II del Código Penal de un Capítulo II bis denominado “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”; de un nuevo artículo 183 bis, mediante el que se regula el internacionalmente denominado “child grooming”, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño¹⁵. Junto a ello, se crea la pena de privación de la patria potestad o de otras figuras similares cuando éstas tuvieran relación directa con el delito cometido contra un menor.

Entre las estafas descritas en el artículo 248 del Código Penal, -cuyo catálogo ya se había acrecentado en su momento con los fraudes informáticos-, ha sido preciso incorporar la cada vez más extendida modalidad consistente en defraudar, utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, realizando así operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o un tercero. Y así, un sinnúmero de reformas en los delitos de alzamiento de bienes, -en los que se han agravado las penas-, los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores, -incorporando como figura delictiva, la denominada estafa de inversores y la corrupción entre particulares y en el deporte-, sobre la ordenación del territorio y urbanismo, o los comportamientos relativos al maltrato de animales.

En lo que respecta a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, se ha producido un endurecimiento de las penas, al objeto de hacerlas más adecuadas y proporcionadas a la gravedad de las conductas, y también algún reajuste penológico se ha llevado a cabo en materia de tráfico de drogas, -de conformidad con las normas internacionales-, y en los delitos contra la seguridad vial, en la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico-penal a determinadas conductas de peligro abstracto.

¹⁵ Vid. PÉREZ FERRER, F.: “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *La Ley*, Año XXXIII, Semana 5, 2012, pp. 7 ss.

A todo ello, habría que sumar mejoras técnicas o cumplimiento de compromisos internacionales en numerosas figuras delictivas, como el comiso, completándose la regulación existente respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de que estos últimos se cometan en el seno de una organización o grupo terrorista. Asimismo, se prevé el comiso de los efectos o instrumentos en los delitos imprudentes castigados por la ley con pena privativa de libertad superior al año; en el marco de los denominados delitos informáticos, el acceso ilícito sin autorización y vulnerando las normas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo; en los delitos contra el medio ambiente, -agravando las penas en nuevos supuestos-, en los relacionados con la falsificación de certificados; los delitos de cohecho, o la introducción de la piratería, -modalidad delictiva ubicada en los delitos contra comunidad internacional-, entre otros¹⁶.

III. ANTEPROYECTO DE LO DEL CÓDIGO PENAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995

Más recientemente, -y cuando aún no se han cumplido ni dos años de la última reforma-, con fecha de 16 de julio de 2012 el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece en su Exposición de Motivos que *“la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”*. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de penas que se articula a través de tres elementos: 1. la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista; 2. el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de

¹⁶ Sin duda alguna, muchas de estas modificaciones traerán consigo problemas interpretativos y de aplicación práctica que irán resolviéndose por la Doctrina y Jurisprudencia en los próximos años.

aplicación de la libertad vigilada, e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos; y 3. la revisión de la regulación del delito continuado.

1. En lo que se refiere al primer elemento, el Anteproyecto introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta en los supuestos más graves de delincuencia terrorista¹⁷. En estos casos, la valoración de la especial gravedad de delitos que, además del extraordinario daño causado a la víctima, atentan contra el Estado y el orden constitucional, justifica una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena -35 años de prisión-, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, la confirmación del abandono de su relación con el grupo u organización a que pertenecía; y la adhesión al cumplimiento de su compromiso de reparación (moral y material) a favor de las víctimas de sus delitos.

2. Otra de las profundas reformas que se lleva a cabo en la Parte General es la que afecta a las medidas de seguridad, desarrollándose de un modo coherente el principio de que el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor, y culminando su evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales, tomando como punto de partida la distinción entre penas y medidas de seguridad¹⁸.

Entre los cambios más llamativos que se introducen, se ha de destacar la regulación de la custodia de seguridad, -incorporada por primera vez en la legislación española-, y la ampliación de los supuestos en los que, junto con una pena, puede

¹⁷ Esta institución tratará de compatibilizar la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.

¹⁸ Con el establecimiento del régimen dualista, las medidas de seguridad no se solapan ni se confunden con las penas, sino que ofrecen solución a supuestos que no pueden ser resueltos con la imposición y ejecución de una pena, dotando de mayor coherencia al sistema sancionador en su conjunto.

imponerse la libertad vigilada, -medida de seguridad introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la LO 5/2010-. Su contenido deberá ajustarse a las necesidades particulares del caso, según lo previsto actualmente en el artículo 104 bis del Código Penal, con algunas modificaciones que se incluyen en la presente reforma para mejorar la regulación y favorecer su aplicación en la práctica; además, se amplían los supuestos en los que ésta se puede imponer para cumplir después de la pena de prisión.

Así las cosas, la previsión de la denominada custodia de seguridad se reserva para los casos más graves, y cuando las medidas no privativas de libertad se revelen insuficientes para hacer frente a la peligrosidad del autor. Es decir, sólo podrá ser impuesta en supuestos excepcionales de reiteración de la comisión de delitos de especial gravedad y constatación de la especial peligrosidad del sujeto y, además, deberá ser cumplida con posterioridad a la pena de prisión que haya sido impuesta por el delito cometido¹⁹.

Con esta reforma, la Ley precisa en qué supuestos puede ser impuesta (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad e indemnidad sexual, delitos de tráfico de drogas, delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, delitos contra la comunidad internacional, de riesgo catastrófico o de terrorismo), y condiciona en todo caso su imposición a la confirmación de la constatación de la peligrosidad relevante del sujeto y a la inexistencia de otras medidas menos gravosas que puedan compensar suficientemente esa peligrosidad; se prevé su ejecución conforme a un plan individualizado orientado a la reeducación y reinserción del penado; y se incorpora un régimen de revisión judicial permanente para que la ejecución de la

¹⁹ Se trata de una medida utilizada en gran parte de los países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Francia...), y sobre la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, insistiendo en que la Ley debe precisar cuáles son las condiciones de imposición de las medidas de seguridad, y en el caso concreto de la custodia de seguridad, que debe ser aplicada solamente en casos de peligrosidad relevante y como medida únicamente aplicable cuando otras se revelen ineficaces; y en el que el sistema de cumplimiento de la custodia de seguridad debe mantener la perspectiva de recuperación de la libertad, por lo que la ejecución de la medida debe orientarse a la preparación de la vida en libertad.

medida pueda ser suspendida tan pronto cesen las circunstancias que determinaron su imposición.

3. En cuanto al tercero de los elementos, se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de continuidad delictiva y de concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, en la que la figura del delito continuado conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. Con esta finalidad, se limita la aplicación de la figura, que queda reducida a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el espacio y en el tiempo; y se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos, deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. Otra de las modificaciones relevantes que se prevén en el delito continuado es la exclusión de la aplicabilidad de esta figura a los delitos sexuales. Asimismo, se introduce una mejora técnica en el artículo 76, con la finalidad de fijar, con claridad, las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena a las que hayan sido impuestas en diversos procedimientos.

Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal; de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas u opciones posibles. De este modo, se pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los Jueces y Tribunales penales se ven obligados a resolver en los recursos de forma repetida sobre la procedencia de la suspensión o sustitución.

De otra, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien, algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que,

en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

Finalmente, en el Anteproyecto se acomete una revisión técnica de algunos aspectos de la Parte Especial del Código Penal, en concreto, de los delitos contra el patrimonio, -que tienen como finalidad fundamental ofrecer respuesta a los problemas de la multirreincidencia y de la criminalidad organizada-; del catálogo de agravantes de la estafa; delitos de atentado y desobediencia; alteraciones del orden público; incendios, detención ilegal e intrusismo, -incrementándose en estos últimos las penas de multa previstas en el tipo básico-, ocupándose también de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

IV. CONCLUSIONES FINALES

En definitiva, demasiadas reformas, demasiado significativas y en demasiado poco tiempo, nos han conducido de la pretensión de un Derecho Penal mínimo a un Derecho Penal en absoluta expansión, lo que en ocasiones puede significar una criminalidad excesiva de determinados comportamientos y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito. Intentar precisar las causas de este tan rápido fenómeno de expansión e involución en nuestro Derecho Penal, es en nuestra opinión, una tarea abocada al fracaso. Y ello, no obstante el hecho de que no faltan autorizadas voces que encuentran el origen de estos convulsos cambios en la Política Criminal española en causas más o menos concretas; desde quienes alegan a los puros cambios políticos en el Gobierno, a quienes encuentran la causa en la necesidad de superación del viejo Derecho Penal liberal que sería sustituido por los nuevos modelos del Derecho Penal de la Globalización, de la Sociedad del Riesgo o del Estado de Bienestar.

Todas estas consideraciones son, a nuestro juicio, insuficientes para ocultar el hecho que más evidente parece, si se toma en consideración la entidad de los cambios y

el ritmo con el que se han producido. Y tal hecho, no es otro, que la auténtica ausencia de una verdadera Política Criminal coherente y consolidada, que permita alcanzar el sueño de RADBRUCH: “(...) *que tengamos no más Derecho Penal, sino un mejor Derecho Penal*”. En este sentido, lo que se reclama desde los diferentes sectores implicados, es un Derecho Penal serio, alejado del populismo punitivo, un Derecho Penal garantista que funcione bajo el prisma del Principio de Intervención Mínima, -sin caer en un excesivo simbolismo-, bajo la cobertura de un absoluto respecto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, que crea en la persona y que haga uso de las penas privativas de libertad como *ultima ratio*, poniendo a disposición de la Justicia un verdadero sistema de alternativas a la prisión.