

EL AFÁN DE REFORMAR

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO*

Está visto que en España no hay Gobierno que se precie (o, mejor, su Ministro de Justicia) que no traiga, al menos, una reforma penal bajo el brazo.

Esa vorágine reformista, injustificable en la gran mayoría de los casos, supone que no hubiera pasado ni un año desde que entrara en vigor la macro reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, afectando en mayor o menor medida nada menos que a 161 de sus artículos, cuando ya estábamos informados por los medios de comunicación de que los nuevos Ministros de Justicia y de Interior habían establecido sendas comisiones (se supone que técnicas) para una rápida reforma (o contrarreforma) del texto punitivo, que sería la número 27 (ahora, la 28, tras la entrada en vigor de la LO 7/2012, de 27 de diciembre) en los apenas 17 años de vigencia del mismo. Si a esto unimos que la propia LO 5/2010 ya fue enmendada solo un mes después de su entrada en vigor, por la disposición final segunda de la LO 3/2011, del Régimen Electoral General, es evidente la improvisación, la precipitación y la ausencia de objetivos político-criminales trazados previamente con serenidad y sosiego¹.

A ello debe unirse que, ni siquiera, se aprovechara la ocasión para remediar el dislate que supone que se siga manteniendo en el art. 460 CP (dentro de los tipos sobre el falso testimonio) una inexistente pena de suspensión de *profesión u oficio* ya desde el texto original de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Tampoco, se procedió a realizar la pertinente supresión en el art. 517 (referido a las asociaciones ilícitas) de la referencia al número 6º del art. 515, suprimido por el apartado Centésimo quincuagésimo primero del artículo único de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y, finalmente, recordar respecto de esta última norma,

* Catedrático (acreditado) de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: julio.diazmaroto@uam.es

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. Prólogo a “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero” (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Madrid 2011, p. 15.

que, mediante una manifiestamente ilegal “corrección de errores” publicada en el BOE casi cuatro meses después, se “incorporó” al CP un segundo párrafo al art. 234, así como un segundo párrafo al apartado 1 del art. 244. La LO 5/2010 modificó el citado párrafo del art. 234, pero no el del art. 244, que ahí sigue pretendidamente en vigor.

Dado que este número de la RJUAM está dedicado monográficamente a publicar las ponencias, aunque no todas, defendidas en las XII Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, y cuyo título era, precisamente, “La reforma del Código Penal un año después”, me parece pertinente recordar que la mayor parte de las reformas operadas en nuestro texto punitivo (sobre todo desde el año 2003) responden a una evidente expansión del Derecho penal, esto es, crecimiento del ámbito de intervención del Derecho penal, agravación de las penas y flexibilización de las garantías político-criminales². Si sumamos esta constante expansión del Derecho penal material a un procedimiento criminal vetusto e inquisitivo y carente de medios (necesitado claramente de una reforma acorde con las reformas sustantivas penales), “el resultado es evidente: derechos individuales bajo mínimos”³.

También parece evidente, o debiera parecerlo, que antes de llevar a cabo una próxima reforma de nuestro Código Penal sería conveniente “establecer con claridad las líneas de Política Criminal a las que se quiere servir, y solamente después enzarzarse en la redacción de los nuevos preceptos”⁴. ¡Cómo se añora el Proyecto de 1980!, texto en el que se contemplaban nítidamente los principios informadores necesarios para una reforma penal acorde con los nuevos derroteros de la ciencia penal.

Sin embargo, no parece que sea esto lo que se ha tenido en cuenta, al menos de momento, pues los nuevos Ministros de Interior y de Justicia se han encargado de pregonar las deficiencias de nuestro texto punitivo, tan recientemente enmendado, amenazando con una nueva reforma, y eso nada más tomar posesión de sus cargos el día 22 de diciembre de 2011.

Un apresurado vistazo a las hemerotecas nos muestra que, ya en enero de 2012, el nuevo Ministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez compareció en la Comisión de Justicia del Congreso y allí manifestó que “La Justicia necesita adaptarse a los nuevos tiempos”. Y dicho esto, comenzó a desgranar sus propuestas: modificar la “ley del aborto” y también la “ley del menor”, e instaurar la pena de “prisión permanente revisable”, que se aplicará “exclusivamente a los delitos de terrorismo”, matizó. Con posterioridad, en mayo, se adelantó que se endurecerán las penas para los agresores sexuales y los reincidentes,

² SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario La Ley*, nº 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 2.

³ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos*, en “Comentarios a la reforma penal de 2010” (Francisco Javier Álvarez García/José Luis González Cussac, dirs.), Valencia 2010, p. 41.

⁴ ALVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, “Código penal y política criminal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Francisco Javier Álvarez García/José Luis González Cussac, dirs.), Valencia 2010, p. 38.

y así, los tribunales podrán imponer una nueva medida de seguridad privativa de libertad (la custodia de seguridad) en función de la peligrosidad del delincuente; desaparecerán los delitos continuados para que se castigue cada uno de los abusos sexuales cometidos, y se agravará el castigo para la detención ilegal con desaparición forzada.

Por su parte, y en su comparecencia en el siguiente mes de marzo en el Senado, el nuevo Ministro del Interior Jorge Fernández Díaz adelantó otras líneas de la reforma: cualquier hurto será delito, con independencia de la cantidad sustraída; se reformarán los delitos de desobediencia y resistencia para que “pueda operar una mayor disuasión en relación con comportamientos violentos o gravemente desobedientes de los mandatos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”; se aumentarán las penas para los robos con fuerza en las cosas y se establecerán agravantes específicas por el porte de armas y el uso de las de fogeo o simuladas, y para los casos en que un grupo de más de dos personas cometa el delito; se modificará (mejor debiera decirse que se suprimirá) la figura del delito continuado; también se establecerá la posibilidad de aplicar medidas cautelares (como la prisión provisional) en supuestos de multirreincidencia, y otras medidas procesales. Posteriormente, en abril y con la finalidad declarada de un mayor control del orden público, anunció en el Congreso el endurecimiento de las sanciones para los actos vandálicos de violencia callejera, equiparándolas con la legislación antiterrorista sobre la denominada *kale borroka*; la inclusión entre los delitos de atentado de “la resistencia pasiva o la activa grande” e, incluso, el castigo penal de convocatorias por internet o las redes sociales de concentraciones violentas, considerando a sus autores miembros de una organización criminal, y, en fin, incluir como delitos de desórdenes públicos los supuestos en los que se penetre en establecimientos públicos o se obstaculice el acceso a los mismos.

Algunas de estas pretensiones han sido matizadas en el texto del que, a propuesta del Ministro de Justicia, tomó conocimiento el Consejo de Ministros el 14 de septiembre de 2012. En la nota de prensa del Ministerio se hacía una lista de las novedades del Anteproyecto:

- Se introduce la prisión permanente revisable para los tipos agravados de asesinato;
- La custodia de seguridad se aplicará a los reincidentes en delitos peligrosos de especial gravedad;
- La detención ilegal con desaparición se castigará como homicidio;
- Los delitos sexuales serán computados individualmente y no como continuados;
- La libertad condicional será regulada como una suspensión de la pena;
- Se suprimen las faltas: se tipificarán como delitos leves o pasarán a ser sancionadas por la vía administrativa;

- Se agrava el delito de atentado cuando se utilicen objetos que conlleven peligro para la integridad del agente;
- Se endurecen las penas para los autores de incendios forestales;
- La administración desleal de fondos públicos se castigará como malversación; y, en fin,
- Se modifica la esterilización forzosa para adecuar el Código Penal al Convenio Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El texto del Anteproyecto, con algunas variaciones, fue aprobado en el Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012. En la nota de prensa facilitada por el Ministerio de Justicia se resaltaba como novedades en el Código Penal las siguientes:

- El matrimonio forzado se tipifica como delito agravado de coacciones;
- Se crea un nuevo tipo penal de acoso para castigar conductas que sin emplear la violencia coartan la libertad de la víctima mediante vigilancias o llamadas telefónicas reiteradas;
- Se castiga la divulgación de imágenes íntimas sin consentimiento de la víctima, aunque ella se las facilitase a alguien;
- Será delito cualquier acto sexual con menores de 13 años, y hasta los 16, se considerará abuso sexual cuando exista engaño o se abuse de una posición de confianza, autoridad o influencia;
- Se amplía el comiso, además de a los delitos de terrorismo y crimen organizado, a los de blanqueo, receptación, trata de seres humanos, prostitución y abuso de menores, tráfico de drogas, falsificación de moneda y corrupción; y
- Se agiliza la cancelación de antecedentes penales.

Es evidente que no es el momento procesal oportuno para hacer una reflexión de fondo sobre este catálogo de intenciones o esta “tormenta de ideas”, pues no se me ocurre otro término mejor para calificar la situación actual del asunto, ya que debe esperarse con prudencia (la que no han tenido quienes han realizado las propuestas anteriores) a que se presente formalmente el texto completo de la reforma proyectada para poder así enjuiciar la misma y comprobar, en su caso, cuales son las directrices político-criminales de la misma, si es que las tiene. Algo se vislumbra ya en el texto del Anteproyecto dado a conocer, pero ahora queda todavía un largo, o no, proceso de informes (no vinculantes) por parte del Consejo de Estado, del Consejo general del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, entre otros, que configurarán el texto del Proyecto de Ley a remitir por el Gobierno al Congreso de los Diputados. Y, después, su tramitación parlamentaria.

En todo caso, debe recordarse que el endurecimiento de las sanciones y la creación de nuevos tipos penales (innecesaria en gran medida, por lo dicho hasta ahora por los responsables políticos, pues la mayoría de las conductas mencionadas tienen encaje sin mucho esfuerzo en el vigente Código penal) ha de hacerse con la inexcusable observancia de los principios de proporcionalidad y de última *ratio*, así como de respeto a los derechos constitucionales de reunión, manifestación y libertad de expresión de los destinatarios de la norma, ciudadanos libres en fin, que no pueden ser tratados como elementos hostiles o enemigos frente a los que no cabe más que protegerse. La propuesta de introducir en nuestra legislación penal dos figuras novedosas, como son la pena de *prisión permanente revisable* y la medida de seguridad privativa de libertad que se denomina *custodia de seguridad*, no parece avalar, precisamente, el respeto de los mandatos constitucionales del art. 25 CE, por ejemplo.

El refranero español nos ilustra con que “más vale prevenir que curar”, pero el adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídico-penales suele desembocar en nefastas políticas de “ley y orden” en las que anclar las medidas de prevención general y especial, sin más, con el peligro de convertirse, como advirtió Roxin, en terror estatal. Es significativo que, desde las reformas introducidas en el Código penal a partir del año 2003, nuestro sistema penal se ha orientado decididamente hacia un Derecho Penal *de la seguridad* o, más bien, del control o aseguramiento del comportamiento futuro a través de la intimidación y la inoquización.

Por otra parte, y no es ocioso recordarlo aquí y ahora, no siempre la respuesta penal, la “huida al Derecho penal”, es la más adecuada, y menos en un país como España que, pese a que tiene uno de los índices de criminalidad más bajos de la Unión Europea, su tasa de personas en prisión (actualmente en torno a las 70.000) es la más alta de los países de nuestro entorno cultural.

A todo lo expuesto debe añadirse que también el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, Cristóbal Montoro Romero, ha querido poner su granito de arena propugnando, además con perentoriedad, unas modificaciones de cierto calado en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, al socaire de la crisis económica y, supongo, con la finalidad de combatir el cotidiano fraude fiscal imperante, utilizando mecanismos premiales en los supuestos de regularización de su situación tributaria por parte de los sujetos obligados tributarios. Otra cosa es que dichas modificaciones sirvan a tales fines. El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, fue presentado en la Cámara legislativa el 03/08/2012, calificado el 04/09/2012, y aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 15/11/2012. Continuó su tramitación en el Senado con la nueva denominación de “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, siendo aprobado en su Pleno de 13 de diciembre

con la incorporación de dos enmiendas de poco calado del Grupo Parlamentario Popular relativas a la nueva redacción del artículo 311 del Código Penal y a la disposición final primera del proyecto de ley, por lo que el texto debió volver al Congreso, donde, finalmente fue aprobado en el Pleno celebrado el 20 de diciembre de 2012. El BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, publica ya la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, con el título antedicho.

A falta de un análisis pormenorizado de la misma, pues tampoco es éste el lugar pertinente, sólo cabe señalar que, contrariamente al objetivo aparentemente perseguido, esta reforma del Derecho Penal Tributario (llamémoslo así) lo que ofrece es, paradójicamente, nuevas oportunidades para el fraude fiscal⁵. A esta conclusión se llega tras contemplar la extraordinaria atenuación facultativa de la pena, inferior en uno o dos grados, prevista en el art. 305.6, y la nueva configuración conceptual de la regularización.

⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, “La reforma del Derecho Penal Tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”, en *Iuris*, diciembre 2012, pp. 12-16.