

LA CONTRAREFORMA PENAL DE 2003: NUEVA Y VIEJA POLÍTICA CRIMINAL.

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Jaume I (Castellón)

1. PANORÁMICA GENERAL DE LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA.

Este trabajo pretende fundamentalmente ofrecer un panorama descriptivo de la evolución de la legislación penal española, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el 24 de mayo de 1996, hasta la actualidad. Pero en especial pretende examinar los proyectos de reforma del citado texto pendientes de aprobación a fecha de hoy.

Varias son las razones que justifican el análisis de este periodo. Primero, porque justamente en 1996 se produjo la alternancia de gobierno, de suerte que todas las reformas y proyectos posteriores han venido impulsados por la nueva mayoría conservadora. Segundo, porque en todo este periodo hemos asistido a un goteo incesante de modificaciones de la legislación penal. Tercero, porque en los últimos meses se ha acentuado esta tendencia con la presentación de varios proyectos de reforma de gran importancia que ahora mismo se discuten en el Parlamento. Y cuarto, el periodo analizado conforma dos legislaturas completas, lo que permite evaluar suficientemente la política criminal impulsora de estos cambios. Todo ello nos brinda pues, una magnífica oportunidad para reflexionar acerca del sentido, fines y justificación político criminal de tan abundantes transformaciones.

Alguna advertencia me veo en la obligación de hacer. Una elemental sobre el instante en que escribo estas líneas, primera quincena de junio, subrayando que la mayoría de proyectos todavía están en fase de tramitación y por consiguiente son susceptibles de variaciones. De aquí la necesidad de abundar en el carácter provisional y temporal de los textos manejados, así como consecuentemente de las opiniones vertidas sobre los mismos.

Segunda, insistir en que más allá de prematuras observaciones técnicas y de pretensión alguna de exhaustividad, mi objetivo no es otro que ofrecer un panorama global para alentar el debate, para lo cual apporto algunas consideraciones críticas al respecto.

No obstante, mi escepticismo natural, exacerbado por la experiencia, me impide albergar ingenuas esperanzas de su utilidad o consideración por quienes están llamados a decidir. Así lo demuestra el nulo impacto que hasta la fecha se ha otorgado a las varias críticas muy fundamentadas, que la mayoría de colegas han lanzado contra reformas ya vigentes y sobre todo contra la gran reforma del 2003, que se está sirviendo en dosis, y no en un único texto, como sería deseable, más aun si este goteo de reformas parciales presenta una cadencia casi mensual. Y tercera advertencia, un examen completo del periodo que reflejara el estado de nuestra “administración de justicia criminal”, debería incluir también las importantes reformas procesales, orgánicas y policiales, así como el balance de la aplicación por la jurisprudencia del Código Penal de 1995 y de las reformas ya efectuadas, al tiempo de una analítica de la estadística criminal. Pero razones de espacio y tiempo limitan el alcance de este trabajo a la materia acotada.

Para nuestro objetivo, distingamos las reformas que ya son derecho positivo, y sobre las que no haré más que recordarlas, y los proyectos que están en la actualidad en fase de tramitación, sobre los que me centraré.

A). Reformas del CP 1995 ya en vigor. Para tener presente el volumen de reformas ya realizadas y constatar tanto su impacto como su ideología, basta con enumerarlas indicando las materias afectadas: **1)** LO 2/1998 de 15 junio (amenazas, terrorismo); **2)** LO 7/1998, de 5 octubre (servicio militar obligatorio); **3)** LO 11/1999, de 30 abril (delitos sexuales); **4)** LO 14/1999, de 9 junio (violencia doméstica); **5)** LO 2/2000, de 7 enero (armas químicas); **6)** LO 3/2000, de 11 enero (corrupción funcionarios extranjeros); **7)** LO 4/2000, de 12 enero (extranjería: tráfico ilegal de mano de obra); **8)** LO 5/2000, de 12 enero (responsabilidad penal menores); **9)** LO 6/2000, de 4 octubre (ratificación Corte Penal Internacional: Estatuto de Roma); **10)** LO 7 y 9/2000, de 22 diciembre (reorman ley responsabilidad penal de menores: terrorismo); **11)** LO 8/2000, de 22 diciembre (reforma la ley de extranjería); **12)** LO 3/2002, de 22 mayo (delitos relativos al servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria: insumisión); **13)** LO 6/2002, de 27 junio (partidos políticos: terrorismo); **14)** LO 9/2002, de 10 diciembre (sustracción de menores); **15)** LO 1/2003, de 10 marzo (terrorismo, atentados: seguridad y protección de concejales).

B). Proyectos de reforma en tramitación. Seguimos centrados en el Derecho penal sustantivo, ahora en los proyectos de reforma en tramitación parlamentaria, con indicación somera de su situación actual: **1)** Ley concursal (en Pleno del Senado); **2)** Proyecto de LO para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (ya en el Senado); **3)** Proyecto LO de reforma de la prisión provisional (Ponencia del Congreso); **4)** Proyecto LO de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los

extranjeros (Ponencia del Congreso); 5) Proyecto LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 Diciembre del Código Penal (en fase de presentación de enmiendas en el Congreso).

A la vista de un panorama tan abundante en reformas penales, nace de inmediato la pregunta acerca de su necesidad. Y más aún si éstas son tan próximas a la aprobación de un Código Penal completo y nuevo¹. La respuesta a este interrogante no es unívoca y considero que coexisten varios motivos. En primer lugar, los cambios derivados de acuerdos internacionales suscritos por España, lo que sucede con la Corte Penal Internacional, con la introducción de una figura específica de corrupción de funcionarios extranjeros, y con la reforma relativa a armas químicas. De inmediato se observa que el impacto de estas reformas es sumamente restringido. En segundo término, deben mencionarse las reformas que traen causa en exigencias de modernización, actualización y revisión, entre las cuales podemos citar la LO Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y todas las relativas al servicio militar obligatorio. Y un tercer grupo que podemos calificar de motivos estrictamente “ideológicos”, que admite a su vez ciertos matices.

Así, no hay que olvidar que la aprobación del CP de 1995 contó con el voto afirmativo de todos los grupos parlamentarios a excepción del Grupo Popular, que se abstuvo. Y la razón de este rechazo fue esencialmente el sistema de penas y medidas de seguridad, escenificado por su entonces portavoz de Justicia, Sr. Trillo-Figueroa, con la admonitoria y mágica referencia a la excarcelación de más de 13.000 presos; lo que desgraciadamente –en mi opinión– jamás sucedió ni por aproximación. Pero nunca se abandonó la referencia al manido “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. Por ello se explica su rechazo “ideológico” a este texto y su deseo de modificarlo radicalmente, cuanto menos en este ámbito. Y en efecto, la concepción conservadora de las consecuencias jurídicas del delito, queda ahora plasmada en varios proyectos de reforma que apuntan a la demolición de la esencia misma del sistema de penas del CP de 1995. En concreto, al aumento del techo de las penas de prisión (hasta cuarenta años), la limitación prácticamente absoluta del juego de beneficios y libertad provisional en delitos graves (cumplimiento íntegro), la supresión de la pena alternativa de arresto fin de semana, el regreso a las penas de prisión inferiores a seis meses, la reintroducción de la multirreincidencia como agravante cualificada, la habitualidad y reiteración de algunas faltas, etc, evidencian esta involución, por lo que puede hablarse sin reservas de “contrarreforma”.

¹ TIEDEMANN calificó al CP español de 1995 como el único texto europeo reciente que merece ser conceptualizado de auténtico *Código*, pues a su vocación de generalidad sumaba el mínimo recurso a leyes especiales, en “Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee” (Juristenzeitung 13, 1996). Al respecto de interés el trabajo de TERRADILLOS BASOCO, J.: “Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta”, en “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Homenaje al prof. Dr. D. José Cerezo Mir), Madrid, Tecnos, 2002, p. 511.

Otro asunto de máxima carga ideológica, y que también la mayoría conservadora no compartía, fue el relativo a los delitos contra la libertad sexual, que bajo medias excusas tomó cuerpo en la denominada “contrarreforma sexual” de 1999². Y por fin, el tercer ámbito que ha caracterizado particularmente la política criminal del Gobierno ha sido la relativa a extranjería, con sucesivas modificaciones y con expresión de toda la gama posible de vinculaciones de este fenómeno a la delincuencia e inseguridad ciudadana.

El último grupo de materias ideológicas lo encontramos en el ámbito de terrorismo y, en una escala inferior en el campo de la violencia doméstica. En ambos, pero singularmente en el primero, es donde también el Gobierno ha centrado su política criminal con continuas reformas, cambios y modificaciones, que han provocado un evidente endurecimiento del ordenamiento jurídico y desde luego un creciente clima de tensión institucional. No obstante, se trata de ámbitos ideológicos compartidos, al menos en la tendencia básica, con los otros grupos parlamentarios mayoritarios. Ciertamente en materia de terrorismo se rea-

² Esta reforma se opuso frontalmente a la evolución del Derecho penal sexual en los ya casi veinte años de régimen constitucional y democrático, que ha venido marcada por su progresiva transformación, en sucesivas reformas parciales (1978, 1984 y 1989) y en la gran reforma de 1995. En este sentido, se ha pasado de unos delitos que durante el régimen franquista pretendían proteger una determinada moral sexual, a una nueva configuración que aspira exclusivamente a garantizar la libertad en el ejercicio de la sexualidad, con absoluta independencia de las diferentes opiniones sobre cuáles sean los comportamientos libremente asumidos por cada uno (DÍEZ RIPOLLÉS, “Los delitos sexuales”, EL PAIS, 26 Junio 1992, p. 36). En consonancia con este tránsito desde la protección de la moral a la libertad sexual, había desaparecido la vieja idea de la honestidad como eje interpretativo de estos delitos. Y con la desaparición del concepto de honestidad, quedaban también lejos los tiempos en que la “mujer perdía su valor de mercado” en cuanto había tenido una relación sexual irregular, (o sea extramatrimonial), aunque hubiera sido sin su consentimiento. De ahí, que también paulatinamente, se fuera graduando la gravedad de los comportamientos sexuales en atención mas que a la tradicional presencia de los órganos genitales masculinos, en la mayor o menor intensidad de los medios utilizados para quebrar la voluntad de la víctima. De igual modo, el legislador había huido en esta materia de propuestas superficiales y oportunistas, que recurren a un Derecho Penal simbólico como moneda para obtener una rápida rentabilidad electoral, por la vía de mostrar a la opinión pública la presteza y eficacia con la que se actúa frente a ciertos hechos que han alcanzado especial notoriedad en los medios de comunicación social. Pues bien, la “contrarreforma” del Gobierno del Partido Popular, rompe y quiebra esta breve tradición democrática, liberal y modernizadora de nuestro Derecho penal sexual y, acudiendo al ingenioso instrumento de la máquina del tiempo, nos devuelve al pasado. Pero no se conformó con un viaje retrospectivo de cercanías (esto es, a la regulación franquista inmediatamente anterior a la Constitución de 1978), sino que nos sumió en un viaje de largo recorrido hasta conducimos, siempre hacia atrás claro, hasta el Código penal de la Dictadura del General Primo de Rivera (CP 1928). Y ello, por varias razones: trata de imponer a través del instrumento público mas poderoso y gravoso del que dispone, la pena, una determinada moral sexual, que aunque respetable en lo privado, no puede, mediante la amenaza de la cárcel, obligarnos a compartir a toda la sociedad., lo que especialmente ocurre con la reintroducción del delito de corrupción de menores. Otra muestra de esta tendencia la encontramos en la desorbitada ampliación de los delitos de exhibicionismo y provocación. También en la nueva tipificación de los abusos sexuales se puede constatar esta confusión. Y de este panorama y de la novedosa ampliación del acoso sexual, no se puede extraer sino una reintroducción de la vieja idea de la honestidad, y por tanto de una visión paternalista y virginal de la mujer. ¿Se ajusta el contenido de la Reforma a las recomendaciones, informes y defectos que según su Exposición de Motivos se concretaban en esa media docena de sentencias exageradas?.

firma una constante en nuestra historia legislativa y judicial, que es su carácter excepcional en todos los sentidos de la expresión. Porque como ha destacado la doctrina, “*desde el siglo XIX hasta nuestros días, la política criminal en España ha cumplido fielmente con las tesis de la estrecha conexión entre política y Derecho Penal; a cada cambio político de carácter liberal ha seguido una política criminal liberal y las involuciones autoritarias se han visto acompañadas por una producción legislativa del mismo carácter*”³. Lo que se confirma ahora justamente con las contrarreformas conservadoras a las anteriores reformas progresistas. Sin embargo, como advierte VIVES ANTÓN, esta regla general mantiene siempre una excepción: “*el castigo de la apología que, ciertamente con diferente amplitud, tiene una presencia constante en la legislación penal de la democracia española*”⁴. Esta excepcionalidad se confirma con la *contrarreforma* del CP 1995 en esta materia, a través de la L.O. 7/2000, de 22 diciembre, con la ampliación extrema del art. 578, que unida al ya existente art. 607, deja muy en evidencia el castigo genérico de la apología como forma de provocación del art. 18 CP. Régimen éste que trataba de mantenerse fiel a los postulados básicos de un Derecho Penal liberal en materia de incriminación de los actos preparatorios. Pero sin lugar a dudas, la lucha contra el terrorismo parece justificarlo todo, incluso aunque, y no sólo, se haga a costa de aplastar hasta extremos intolerables el derecho fundamental a la libertad de expresión⁵. Ilustra esta naturaleza excepcional, la atribución absoluta y total de competencias a la Audiencia Nacional, que ha devenido en una auténtica *vis atractiva* hasta alcanzar incluso la ejecución de las sentencias en esta materia. Pero luego, ante este incremento de competencias, este órgano se encuentra tan bloqueado que no puede resolver en tiempo todos los procedimientos, lo que origina la caducidad de los plazos de prisión provisional con la indeseable puesta en libertad de presuntos terroristas.

Por último, dentro de esta panorámica también resulta elocuente el silencio. Es decir, la ausencia de iniciativas legislativas en otras materias muy sensibles, y que curiosamente han sido objeto de importantes reformas legislativas en países de la UE, de los EE.UU, Canadá y en otros Estados europeos. Me refiero fundamentalmente a iniciativas para endurecer la

³ ARROYO ZAPATERO, L.: “*La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo*”. Cuadernos de Política Criminal 15, p. 379.

⁴ VIVES ANTÓN, T. S.: “*Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión*”. En “Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo” (coord. L. López Guerra). TLB, Valencia 2001, p. 278.

⁵ Sobre este grave problema ver ya los trabajos de MIRA BENAVENT, F. J.: “*El caso del Diario Egin*” (ADPCP, XI, 1987, p. 506; CUERDA ARNAU, M^a. L^a. CUERDA ARNAU: “*Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*” (Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, 1757, 1995, p. 87); MAQUEDA ABREU, M^a. L^a.: “*Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*” (Poder Judicial, 9, 1988, p. 27); Del ROSAL BLASCO, B.: “*La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995*” (en “Estudios sobre el Código Penal de 1995”, CGPJ 1996, p. 189); CUERDA ARNAU, M^a. L^a.: “*El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales*” (en Revista del Poder Judicial, 56, 1999, p. 117).

lucha contra la delincuencia socioeconómica, la tutela penal del *medio ambiente*, la seguridad y derechos de los trabajadores, ciertos avances hacia la despenalización de la eutanasia, etc. Por ejemplo, mientras medio mundo, el desarrollado económicamente, aumentaba su presión punitiva en el ámbito socioeconómico, con nuevos tipos más precisos, en estos ocho años el Gobierno únicamente ha pretendido despenalizar el delito de quiebra, el más grave de las insolvencias, como se comprueba al leer el Anteproyecto original; ha insistido en la tutela de los derechos de los trabajadores extranjeros conforme a recomendaciones de la UE; y ahora, en el último gran Proyecto, pretende elevar el mínimo del fraude en el delito fiscal de los arts. 306 y 309 (de 50.000 ahora hasta 65.000 euros), así como elevar la cuantía del delito fiscal de los 90.000 hasta los 120.000 euros; y también la inclusión de discutibles medidas patrimoniales a las personas jurídicas. Por último, ante la creciente siniestralidad vial, denominada por un experto “gozosas matanzas”, tampoco se han emprendido medidas penales ni administrativas en materia de seguridad vial. Indudablemente estas ausencias y estas iniciativas contribuyen a una evaluación completa y global de la política criminal desarrollada a lo largo de estas dos últimas legislaturas⁶.

En resumen, y a mi juicio, la política criminal de la nueva mayoría conservadora se caracteriza por estos grandes rasgos. Primero, en el marco general, de conformidad a su alineamiento con las políticas *neoliberales*, ha recurrido a las reformas penales como el instrumento más acorde con su objetivo de déficit público cero, es decir, que sin invertir en administración de justicia, ha conseguido convencer a los ciudadanos mediante la propaganda, que los problemas se resolvían con sólo cambiar las leyes, mientras en paralelo las cifras de criminalidad se disparaban. Segundo, se han venido justificando los cambios no en legítimas convicciones ideológicas, sino en razones técnicas, de mayor eficacia y garantía de derechos. Y siempre sobre la base añadida de la ineficacia de las leyes “socialistas”: por eso, ante el continuo incremento de la delincuencia, incluida la violenta, siempre se repite que la culpa es del CP de 1995. Pero se olvidan que la mayor crítica razonada y unánime que se le hizo fue justamente su dureza. Tercer rasgo general, los Ministerios de Justicia e Interior, que aunque ahora orgánicamente separados nunca antes habían operado de forma tan indiferenciada, se han centrado casi exclusivamente en dos áreas: terrorismo y extranjería, relegando el resto al mero trámite: el incremento geométrico de la pequeña delincuencia, del crimen organizado, de la delincuencia violenta, de las cifras de siniestros en nuestra red vial, y de la violencia de género, es decir, de todas las especies de criminalidad, excepto terrorismo, no admiten discusión. A ello hay que añadir la carencia de medios materiales y personales, la desorganización de la administración de justicia que

⁶ En este sentido, G. PORTILLA CONTRERA señalaba: “*Los recientes anteproyectos de reforma del CP y de la LECrim. Publicados por el Gobierno responden a la construcción de un Estado penal de control social –política de tolerancia cero- que reprime con dureza a los sectores no productivos de la sociedad. El origen de estas modificaciones legales –algunas de las cuales son meramente simbólicas- reside en la quiebra del pacto social, la desaparición del Estado asistencial y la flexibilización del mercado laboral*”. En el diario “El País”, martes 18 febrero, p. 26.

llega a extremos de grosería, el auge del corporativismo, en particular del cada vez más poderoso pero obediente “poder judicial” y desde luego el aumento “natural” de la criminalidad, que eso sí, se ha encontrado en terreno propicio por todas estas circunstancias.

2. DÉFICIT DE PROCEDIMIENTO Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Antes que nada y a mi juicio, existe un grave defecto que lastra todo el movimiento reformista del Derecho Penal en este periodo. Se trata de un déficit metodológico, o si se prefiere, que afecta a la forma seguida en el procedimiento de tramitación. En efecto, lo que a mi juicio es más grave y previo a cualquier otra valoración, es la carencia de debate, de planificación, de rigor, de estudio y de análisis⁷. Lo que se demuestra con las continuas reformas y contrarreformas sobre las mismas materias: así ha ocurrido y sigue sucediendo en terrorismo; violencia doméstica y la guinda se la llevan extranjería y responsabilidad penal de menores, ambas modificadas ya incluso en periodo de *vacatio*, lo que sin duda resulta por si mismo elocuente de esta precipitada carrera de reformas “por necesidades técnicas”. Pero además, nótese que estas vacilaciones reformistas no recaen precisamente en ámbitos secundarios de la incriminación, sino justamente en los que más importan a la sociedad según encuestas de opinión constantes⁸.

Pero tampoco merece menor preocupación la significativa ausencia de debate parlamentario, pues a diferencia de etapas anteriores, algunos de estos proyectos han sido, y son en estos momentos, consensuados por los dos grandes partidos políticos antes de su entrada en las Cortes y escenificados ante los medios de comunicación⁹, especialmente en delitos de terrorismo y cumplimiento íntegro de las penas. Con este método, unido a nuestro disciplinado como mediocre sistema de partidos y de instituciones que informan preceptivamente los anteproyectos, la discusión parlamentaria se acorta y reduce a mínimos, pues los aspectos esenciales ya están previamente pactados. A ello hay que sumar el escaso y superficial seguimiento que hace la mayoría de medios de comunicación después de la foto del consenso previo, incluida la evaluación de su eficacia aplicativa. Desde luego, no es

⁷ Por eso, a pesar de algunas desafortunadas críticas, la reforma que alumbró el CP de 1995 fue modélica en comparación a la forma en que se ha desarrollado ahora. Puede verse “*Reflexiones en torno al Código Penal*”, (coord. C. Conde-Pumpido Tourón) especial monográfico (Tapia), Octubre 1997.

⁸ De interés el trabajo de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “*Un modelo dinámico de legislación penal*”, en “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Homenaje al prof. Dr. D. José Cerezo Mir), Madrid, Tecnos, 2002, p.291.

⁹ Si la tramitación del CP 1995, modélica en comparación a la actual, ya suscitó aceradas críticas por estas carencias, habrá que esperar ahora la opinión de los especialistas en prólogos, que como en el ciclismo, también los tiene la ciencia penal española.

posible alardear de transparencia, al menos en el extendido sentido *habermasiano* de la “acción comunicativa”¹⁰.

Al sumar todos estos factores –continuas reformas, precipitación y escaso debate público-, inevitablemente el proceso en su conjunto desemboca en la confusión entre lo que se inicia y lo que ya está en vigor; se trasmite la creencia de que la ley por sí misma y sólo ya con anunciarla, resolverá los conflictos; y en definitiva se provoca la superposición motorizada de normas, con la consabida inflación e hipertrofia del sistema penal, que aturde igualmente a ciudadanos y juristas¹¹. Y todavía otro efecto perverso: lo que se ha llamado el “abuso del Derecho penal y la *banalización* de la legalidad”¹².

Pues bien, antes de adentrarnos en cotejar la *ideología material* de estas reformas, conviene ya presentar la *ideología formal* de las mismas. Y la primera conclusión es constatar un cierto déficit democrático, en la medida que al hurtarse considerablemente el debate público y sosegado acerca del contenido y necesidad de las reformas penales (en especial en sede de las Cortes Generales), la formación de la voluntad general no alcanza el nivel deseado, al menos el de una sociedad democráticamente desarrollada¹³.

La segunda conclusión a extraer de este periodo, y todavía en el marco de la *ideología formal*, cae de lleno en lo que genéricamente se viene llamando *Derecho Penal simbólico*¹⁴. Esto es, en el “efecto escaparate”, en la huida al Derecho Penal, y regularmente en la pos-

¹⁰ En otro trabajo ya traté de mostrar la imprescindible conexión del Derecho penal con la idea de democracia: “*Derecho penal y teoría de la democracia*” (en *Historia y Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Arcadi Gracia Sanz*), TLB 1995, p. 449. También publicado en *Cuadernos Jurídicos*, 30, 1995, p. 10.

¹¹ Ver por ejemplo FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “*La actual reforma del Código Penal: ¿cierto o confusión?*”, en “El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad” (coords. M^a. R. Diego Díaz-Santos y E. A. Fabián Caparrós), Colex, Madrid 2003, p. 29.

¹² Así se expresa CARBONELL MATEU, J. C.: “*Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad*”, en “Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos”, vol. I, Cuenca 2001, p. 129.

¹³ Por ejemplo, en la comparecencia del Ministro de Justicia en defensa de la propuesta ante el Pleno del Congreso de Diputados, del pasado 29 de Mayo, al explicar la propuesta de desaparición de la pena de arresto fin de semana, adujo como toda explicación que no se “habían podido ejecutar mas de cuarenta mil penas de esta naturaleza”, lo que a su juicio justificaba su desaparición. Es más, adujo que el 55% de los “hechos delictivos” tenían actualmente lo que denominó “pena cero”, pues al no poderse aplicar la pena de arresto fin de semana “entraban por una puerta y salían por la otra”. Hacía tiempo que no asistía a una petición tan sutil de cese, pues supongo que la responsabilidad por la inexistencia de medios materiales y personales sigue siendo exclusivamente del Ministerio de Justicia y en general del Gobierno. También obvió explicitar que el 55% de los que llamó “hechos delictivos”, corresponden a faltas, no a delitos. Sin embargo, a pesar de mi estupor, probablemente desde otras perspectivas que no alcanzo, quizás de naturaleza *animista*, la culpa es de la misma pena en sí, y no de los responsables en garantizar los medios para su cumplimiento.

¹⁴ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS; J. L.: “*El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*” (*Actualidad Penal*, 1, 2001, p. 6).

terior aplicación nula, mínima y desigual de las normas. De esta forma se transmiten mensajes o contenidos valorativos en la conciencia social y se traslada al campo jurídico todas las posibilidades sociales de resolución de conflictos. También comporta un doble lenguaje, donde los fines manifiestos y los fines latentes coexisten peligrosamente, pues los fines realmente perseguidos son diferentes a los fines aparentes. Tal vez porque los objetivos no son necesarios para ordenar la convivencia o porque su contenido no guarda relación con necesidades sociales auténticas. O simplemente porque las normas y los medios para su cumplimiento, son sencillamente insuficientes¹⁵.

Pero lo que resulta indudable es que las reformas de estas dos legislaturas bordan e ilustran la noción de Derecho Penal simbólico¹⁶. Hasta el punto que resulta sencillo identificar llamativos supuestos de *leyes reactivas, activistas, aparentes, gratuitas, autoritarias, apaciguadoras e identificativas*. Es decir, aquellas leyes rápidamente aprobadas para calmar a la población, que mostrando la capacidad de reacción y de coacción del Estado, persiguen esencialmente conformar la creencia social de que éste actúa y resuelve. Así mismo tratan de exhibir una total identificación del legislador (y del Gobierno que es quien lo explota) con problemas de los ciudadanos, aunque muchas veces adolecen de graves defectos técnicos y son aprobadas sin recursos materiales. Muchos son los ejemplos de esta naturaleza que encontramos a lo largo de este periodo: delitos sexuales; terrorismo; seguridad ciudadana; extranjería; violencia doméstica y de género; responsabilidad penal de menores; habitualidad y reincidencia; sistema de penas y cumplimiento íntegro, etc.

Sin perjuicio de lo que mas adelante pueda añadirse al respecto, basta ahora para ilustrar esta tendencia, citar algunos ejemplos que la evidencian. La lucha antiterrorista, con continuas reformas, muchas de ellas al hilo de acontecimientos concretos (contramanifestaciones, amenazas, ilegalización partidos, asociación ilícita, apología), ponen de manifiesto la ausencia de una política criminal planificada, la finalidad de aparentar que ya se ha resuelto el problema, la búsqueda de identificación con las víctimas, a la vez que mostrar una reacción rápida y contundente. Otra cuestión es la eficacia y los costes democráticos de las medidas adoptadas. Igual sucede con la violencia doméstica y de género, pues a pesar de ruidosos anuncios y cambios constantes, no hay forma de atajar su incremento. Y tampoco parece que el Derecho Penal sea la panacea para resolver un fenómeno como la inmigración, a pesar de lo que aquí se nos quiere hacer creer. En definitiva, mucho cambio y más propaganda, pero prácticamente nula utilidad de las reformas. Pero adviértase también, que algunos de los problemas son simplemente provocados o al menos agravados, por el

¹⁵ Como reflexión de fondo sobre esta tendencia puede verse: MENDOZA BUERGO, B.: “*El Derecho penal en la sociedad del riesgo*”, Civitas, Madrid 2001.

¹⁶ Ver DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “*Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*”, DOXA, 24, 2001, p. 491.

caótico funcionamiento de la administración de justicia, así como por líneas jurisprudenciales contradictorias o ciertamente extravagantes¹⁷.

2. PROYECTO DE LO PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

En la Exposición de Motivos de este Proyecto del Gobierno, sorprendentemente consensuado con el Partido Socialista que confirma así su deriva en política criminal, y ampliamente denostado por la doctrina, se puede leer que frente a la discrecionalidad judicial actual, el “derecho a conocer la penalidad” obliga a tomar medidas para garantizar la certeza. Otro objetivo es luchar con mayor eficacia contra la criminalidad. Por ello, se advierte que el mayor freno a los delitos “no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad”. De suerte que para una protección más eficaz frente a los delitos más graves (terrorismo, crimen organizado, y los que revisten una gran peligrosidad), “debe evitarse que la resocialización sea un instrumento en manos de los delincuentes”.

Pues bien, a pesar de lo dicho en la Exposición de Motivos acerca de dureza e infalibilidad, el contenido de la reforma consiste fundamentalmente en un aumento de la penalidad, tanto en lo que se refiere a su techo máximo, como a la restricción para disfrutar, en un sentido amplio, de cualquier beneficio penitenciario. Nada se aporta en la dirección de apuntalar la infalibilidad de su aplicación. A su vez, al objetivo fijado en el derecho a conocer la penalidad y a la loable idea de certeza, sigue no una mayor precisión en el sistema de determinación de las penas, sino otra vez su endurecimiento. De suerte que para los grupos que apoyan este Proyecto, el concepto de certeza y legalidad penal es equivalente, o al menos se alcanza, mediante el aumento de las penas de prisión. Y eso sí, se evita que la resocialización sea un instrumento en manos del delincuente, algo que hasta ahora nadie había advertido, pero que parece ser así en la mente del legislador. Pero también se logra de paso que tampoco sea un instrumento en manos de los jueces, y que su peso en el sistema legal descienda muchos enteros. Como veremos, lo que realmente importa como fin superior es apartar a los delincuentes de la sociedad: que no molesten.

A continuación expongo esquemáticamente los cambios propuestos.

A). Art. 36. Se introduce el llamado “periodo de seguridad” en los delitos graves (castigados con pena superior a cinco años de prisión), que impide acceder al tercer grado hasta que no se haya cumplido la mitad de la pena. Excepcionalmente el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede concederlo antes, pero siempre que en cualquier caso haya cumplido la cuarta parte de la condena.

¹⁷ De interés la aportación sobre racionalidad legislativa y racionalidad judicial de ATIENZA, M.: “*contribución a una teoría de la legislación*”, Madrid (Civitas), 1997, p. 60.

B). Art. 76. Elevación del máximo de la pena de prisión hasta cuarenta años, en dos casos: concurso de dos o mas delitos de terrorismo cuando uno de ellos al menos esté castigado con pena de prisión superior a veinte años; y segundo, concurso de dos o mas delitos de especial gravedad y dos de ellos al menos estén sancionados con penas superiores a veinte años. El resto del artículo continúa igual.

C). Art. 78. Modificación radical, pues en supuestos de concurso, si la pena resultante es inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el cómputo para acordar los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, se referirá a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia. Y este acuerdo será preceptivo, dispone ahora el apartado segundo del art, 78, en los supuestos a). b), c) y d) del nuevo apartado primero del art. 76 (especial gravedad). En el apartado tercero por su parte, se permite regresar al sistema de cómputo ordinario, salvo en delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, con informes del Ministerio Público, Instituciones Penitenciarias y demás partes.

D). Arts. 90 y 91. Para la concesión de la libertad condicional obliga a valorar todas las circunstancias, y no sólo como determinante el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. También introduce la exigencia, en el ámbito del art 72, 5º y 6º LOGP, de haber satisfecho la responsabilidad civil. Y además, explicita requisitos especiales que han de considerarse para alcanzar la libertad condicional en delitos de terrorismo y criminalidad organizada: abandono de fines y medios terroristas, así como la colaboración activa.

E). Otras modificaciones. Se circunscriben en tres órdenes: en la LOPJ (Disposición Adicional Quinta) al admitir el efecto suspensivo en el recurso contra resoluciones sobre clasificación de penados y libertad condicional en delitos graves, tratando de evitar la excarcelación sin que intervenga el juez “*ad quem*”. También en el art. 72 de la LOGP ya mencionado, al exigir para la progresión al tercer grado el pago de responsabilidad civil y muestras inequívocas de abandono de la actividad terrorista y la colaboración con las autoridades. Y por último, modifica el art. 989 LECrim con el fin de dotar de medios más eficaces en la ejecución de las sentencias: los jueces podrán encomendar a la Administración Tributaria la investigación patrimonial necesaria hasta la satisfacción de la responsabilidad civil de la sentencia.

La doctrina se ha mostrado muy crítica con este Proyecto. En especial con el aumento de la pena de prisión hasta lo cuarenta años y con la restricción del disfrute de beneficios penitenciarios. Con razón se ha dicho que supone un retroceso al sistema de penas del siglo XIX, anclado en la dureza y en el recurso único a la pena de prisión, eliminando las penas alternativas (arresto fin de semana). Se aparta de la finalidad de resocialización reconocida expresamente en el art. 25,2º de la CE. Igualmente se aparta de las convenciones internacionales acerca del carácter inhumano y degradante de las penas de prisión de larga duración, que con esta máximo rozarían la “muerte civil”. Así mismo cuestionan su eficacia,

alertan del peligro de incremento de la población reclusa, con establecimientos ya saturados y ahora con el recorte para acceder a los beneficios penitenciarios, lo que al ahogar las perspectivas de futuro, ahondará en la conflictividad penitenciaria¹⁸.

Como ya advertía al inicio, esta reforma estaba anunciada desde hace mucho tiempo, comprobada la total discrepancia de la mayoría conservadora con el sistema de penas y la atribución de la culpa de todos los males al CP 1995. Los arts. 33, 76 y 78 son los más afectados consecuentemente por esta obsesión de la política conservadora¹⁹. Lo que no se comprende ni explica tan claramente es el cambio de posición del partido socialista y de otros grupos que impulsaron el texto vigente, porque a pesar de sus intentos de dulcificar el impacto de estas modificaciones, lo cierto es que contribuyen al giro involucionista de nuestra legislación penal²⁰. Y este giro, en mi opinión, más que a ideas retributivas, o a finalidades de prevención general, obedece singularmente a una tendencia de prevención especial entendida como *inocuidación* del delincuente. Pues las reformas expuestas no tratan de intimidar mediante la pena a la generalidad de ciudadanos, ni tampoco de reforzar las valoraciones contenidas en las normas, pues para ello harían falta otros instrumentos normativos. Lo que se persigue es mantener alejado de la sociedad al delincuente, bien mediante la creación del “periodo de seguridad” o bien mediante el incremento de las penas de prisión y su duración. Todo ello se ve reforzado con la vuelta a las penas cortas de prisión, con la eliminación de la pena alternativa de arresto fin de semana y con la restricción de toda clase de beneficios penitenciarios. El objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible, sin importar demasiado su evolución. Para corroborar este entendimiento de la de la *ideología material* de la reforma, no hace falta sumergirse en arduas disquisiciones de la literatura penal, bastando con leer a un autor cuyo nombre lo dice todo: KAFKA, que encontró entre sus pesadillas una referida a la finalidad de la pena y a los sistemas penitenciarios²¹. De aquí la referencia en el título de este trabajo a “nueva y vieja política criminal”.

¹⁸ Confrontar las opiniones de GARCÍA VALDÉS; QUINTERO OLIVARES; PORTILLA CONTRERAS; y, MAPELLI CAFFARENA, en el diario “El País”, martes 18 febrero 2003, p. 26. En el mismo sentido LAURENZO COPELLO; y, GONZÁLEZ CUSSAC en el diario “La Opinión de Tenerife”, jueves 20 febrero 2003, p. 23. También crítico FERNÁNDEZ GARCÍA, mientras que en su defensa se expresaba BAJO FERNÁNDEZ, ambos en el diario “El País”, domingo 16 febrero 2003, p. 17.

¹⁹ Sobre la tramitación parlamentaria en su referencia al sistema de penas y al art. 78, puede verse como orientación: LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: “*El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*”. Madrid 1996; VVAA: “*Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*”. Cortes Generales, 3 vols., Madrid 1996; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*Comentarios al Código Penal de 1995*” (coord. T. S. Vives Antón), vol. I, Valencia 1996 (TLB), p. 446; del mismo: “*Un Código Penal en democracia*” (en “reflexiones en torno al Código Penal” (coord. C. Conde-Pumpido Ferreiro), 1997 (Tapia), p. 25.

²⁰ Ver el artículo de DÍEZ RIPOLLÉS “*El aumento de la criminalidad y la izquierda*”, en el diario “El País”, jueves 9 mayo 2002, p. 14.

²¹ KAFKA, F.: “*En la colonia penitenciaria*” (trad. J. R. Wilcock), Madrid 1995 (Alianza).

Naturalmente estas modificaciones chocan con los principios de proporcionalidad (en especial de necesidad de pena) y resocialización, ambos con reconocimiento constitucional, y presentan signos de contradicción con la noción de dignidad de la persona y con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, así como con la idea constitucional de integridad moral (arts. 10 y 15 CE)²². Y de otra parte, se amplía el máximo de la pena de prisión hasta los cuarenta años, cuando todavía no se ha verificado la eficacia del límite de treinta años, que introdujo el CP 1995, sin posibilidad de recorte por la desaparición de la redención de penas por el trabajo. Es decir, todavía no hemos comprobado si el “cumplimiento efectivo” de las penas instaurado en este texto es suficiente. De suerte que pasamos sin solución de continuidad a un sistema de “cumplimiento íntegro” y en ciertos delitos graves resulta además preceptivo, sin posibilidad prácticamente de su apreciación discrecional.

4. PROYECTO DE L.O. DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS.

Este Proyecto se subdivide en tres grandes bloques, muy diferentes, y que no guardan relación sistemática alguna entre sí. De ahí que los exponga por separado, siguiendo el mencionado orden del Proyecto. No obstante advertir que este Proyecto no está consensuado con los principales grupos de la oposición.

4.1. Seguridad ciudadana: delincuencia profesionalizada

Su referencia es el “Plan de lucha contra la delincuencia” presentado por el Gobierno ante el Congreso el 12 de septiembre de 2002. Sus rasgos esenciales son los que siguen:

1. Conversión de la agravante de reincidencia en cualificada por el número de delitos cometidos. Renace de este modo la agravante de “multirreincidencia”, derogada en la Reforma Parcial y Urgente de 15 Junio 1983. La condena anterior por tres o más delitos comprendidos en el mismo Título de este Código, obliga a apreciar esta agravante cualificada legalmente y aplicar la pena superior en grado en toda su extensión.

2. Se introducen más cambios en el actual art. 66, pues se diferencia entre la aplicación de estas reglas a delitos dolosos e imprudentes, ya que respecto a estos últimos se regresa al sistema anterior de desconexión absoluta de este precepto. A su vez, se vuelve otra vez a limitar la discrecionalidad judicial en supuestos de concurrencia de agravantes y atenuantes.

3. Habitualidad: hechos anteriores aun no condenados, se castigan como un único delito. Aparece de este modo la “reiteración” en la comisión de faltas, siempre que la frecuen-

²² De gran interés en esta materia la STC 91/2000, de 30 marzo.

cia sea de cuatro conductas de falta en un plazo de un año, y el montante de lo acumulado supere el mínimo exigido por el delito patrimonial correspondiente. Es de aplicación en infracciones de lesiones, hurto y sustracción de vehículos (arts. 147; 234 y 244).

4. En el art. 66, cuando concurren dos o más circunstancias agravantes y no concurra ninguna atenuante, podrá aplicarse la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5. En consecuencia se modifican los arts. 13, 33, 66, 147, 234, 244 y 638 del CP.

Tras esta descripción de esta parte del Proyecto, estimo conveniente efectuar algunas consideraciones para enmarcar el impacto de la reforma.

A). Aplicación de la pena²³. El sistema español de determinación de la pena está pensado desde un triple presupuesto, que requiere consiguientemente de tres operaciones: **a)** determinación *legal abstracta* de la pena, que lleva a cabo la propia ley al establecer en cada figura delictiva de la parte especial, una pena entre un límite máximo y un mínimo; se completa con las operaciones relativas a autoría y participación (*iter criminis*) y de consumación y tentativa; **b)** determinación *legal concreta* de la pena, una vez establecido el marco penal (límite máximo y mínimo), el juez en consideración de las circunstancias genéricas (arts. 21, 22 y 23 CP), señala la extensión de la pena, esto es, en su mitad inferior o en su mitad superior; **c)** individualización judicial de la pena, aquí el juez de acuerdo a la “gravedad del hecho” y a la “personalidad del delincuente”, y a la concurrencia, compensación y naturaleza de las circunstancias, fija la pena exacta, individualizada.

Por consiguiente, en el modelo español, las circunstancias genéricas (a diferencia de las específicas de una figura delictiva de la parte especial), poseen como única función, servir de criterio legal al juez para concretar la pena dentro del marco previamente determinado. Es decir, despliegan su eficacia en lo que tradicionalmente se conoce como “marco penal concreto”, determinando el “grado” a imponer. Otorgar una eficacia distinta a las circuns-

²³ En la determinación de la pena existen varios modelos en el derecho comparado: **A)** Países anglosajones: no existe en la parte general un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes de la pena. La ley establece un límite máximo de la pena aplicable, pero no un mínimo. Gran arbitrio judicial y sus consecuentes problemas de desigualdad, especialmente en USA, con intervención del Tribunal Supremo Federal, que en las últimas décadas ha impuesto unas reglas estrictas y un modelo prácticamente aritmético. **B)** Alemania, Austria, Suiza, Francia, Portugal y Suiza: reformas desde 1974 hasta la actualidad. No contienen tampoco circunstancias en la parte general. Estos sistemas ofrecen una serie de reglas generales o principios orientadores de la individualización judicial de la pena. Siempre la ley contiene un límite máximo, y generalmente un límite mínimo, y dentro de ese espacio el juez se mueve libremente, de acuerdo a las reglas y principios generales. **C)** Italia, España, países latinoamericanos: catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes en la parte general. Junto al mismo también coexisten reglas generales para la individualización judicial de la pena (“gravedad del hecho” y “personalidad del culpable”) y desde luego la ley fija un límite máximo y otro mínimo.

tancias genéricas supone su desnaturalización. En efecto, conceder a una simple circunstancia eficacia extraordinaria, en el sentido de rebasar el límite máximo o mínimo de la pena legalmente abstracta, *desnaturaliza* a una simple “circunstancia” del delito, por naturaleza accesoria, transformándola en algo esencial, puesto que esencial es su efecto sobre la pena. En este sentido, se le haría equivalente con las llamadas “circunstancias especiales”, con subtipos agravados o con tipos cualificados, provocando una gran confusión de categorías y de técnicas legislativas. Por ejemplo, no es ni debe ser igual (dentro de nuestro modelo) la alevosía como agravante genérica que como circunstancia especial del asesinato; ni el prevalimiento del carácter público del culpable en un hurto, que el abuso de función de un juez al dictar sentencia (prevaricación); ni de cualquier agravante del art. 22 con las “agravaciones” de la estafa, apropiación indebida o hurto.

Esta idea, coherente con el modelo español de determinación de la pena, sólo acepta una excepción históricamente consolidada, y lo hace en materia de circunstancias atenuantes. Así, las eximentes incompletas y la minoría de edad (antes naturalmente de la LORRPM) poseían, por disposición legal expresa, una eficacia extraordinaria. Pero si se repara en su naturaleza y fundamento, se observa que en ambos casos están próximas o inciden en categorías esenciales de la infracción; lo que explica indiscutiblemente sus excepcionales efectos penológicos. Y el segundo grupo, al amparo de la regla cuarta del art. 66, descansa o bien en idénticas razones a las anteriores (generalmente menor imputabilidad, culpabilidad o motivación) en caso de atenuantes muy cualificadas, o sea, de intensidad superior a la ordinaria; y el segundo grupo en caso de concurrencia de varias atenuantes (más de dos o dos o más), que permiten explicar en la menor necesidad y merecimiento de pena la atenuación extraordinaria.

¿Pero es adecuado conceder esta eficacia extraordinaria a las agravantes?. Desde la reforma de 1983 del CP, se ha dicho que existían dos grandes diferencias entre atenuantes y agravantes: una, que las primeras se regulaban con un sistema de “*numerus apertus*” (atenuante analógica), mientras que las segundas era “*numerus clausus*”; y dos, que las atenuantes podían rebasar el límite inferior de la pena, mientras que las segundas nunca podrían hacerlo con el límite máximo. La doble diferencia de tratamiento entre atenuantes y agravantes se razona tanto en consideraciones de legalidad como de proporcionalidad (necesidad): se puede justificar una rebaja del marco legal, pero nunca un aumento.

No obstante, históricamente sólo una agravante ha tenido eficacia extraordinaria, y justamente ha sido la reincidencia. Pero sólo en los CP de 1928, 1932 y 1944; en este último hasta la reforma de 1983.

B). Reincidencia, reiteración y habitualidad. Un poco de historia nos será de utilidad. Los CP de 1828, 1848/50 y 1870 distinguían entre reiteración y reincidencia, las configuraban como circunstancias agravantes y no permitían en ningún caso que su concurrencia conjunta superara el límite máximo de la pena abstracta. Además se facultaba al juez para apreciar o no la reiteración.

El CP de la Dictadura de 1928 fue el primero en permitir que la concurrencia de dos o más reincidencias (no la reiteración) aumentara la pena por encima del límite. Pero también contenía la facultad discrecional del juez de aplicarla o no la reincidencia; no era pues obligatoria. El mismo sistema mantuvo el CP republicano de 1932. Y naturalmente el CP de 1944 mantuvo el régimen excepcional de la reincidencia pero sin la facultad de aplicación discrecional. Pero tras la confusa reforma de la LO/81 1978 de 28 diciembre, aunque desapareció la reincidencia excepcional, se creó la multirreincidencia (art. 61,6º). Sin embargo la Reforma de la LO 8/1983 de 25 junio eliminó esta circunstancia y con ella todo efecto extraordinario a las agravantes. En la Exposición de Motivos se puede leer la justificación: es intolerable *“mantener una regla que permita llevar la pena más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad de un Estado de Derecho”*. También se aclara que la Reforma obedece a la necesidad de eliminar *“la exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio non bis in idem, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión, que además se ha mostrado como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva”*.

Los Proyectos aparecidos tras la CE de 1978 también pueden ser de gran utilidad para calibrar los cambios aquí proyectados. Repárese que todos son por iniciativa de gobiernos socialistas, lo que evidencia todavía más el giro involucionista de los gobiernos conservadores y una posición en cierta forma ambigua, tibia y difusa del partido socialista en la defensa de un modelo progresista²⁴.

Por su parte, las principales alternativas doctrinales al tratamiento del reincidente pueden resumirse diciendo que existe unanimidad al reclamar su desaparición²⁵, atendiendo al

²⁴ Así por ejemplo: A) **Anteproyecto NCP 1983**. Desaparece reincidencia como agravante. Se sustituye por habitualidad, relacionada con peligrosidad criminal y combatida con medidas de seguridad (Centros de terapia social). Igual en el Proyecto de CP 1990. B) **Anteproyecto CP 22 abril 1992**. Aunque no se contenían entre las circunstancias, tenían efectos idénticos: mitad superior de la pena. Se diferenciaba entre reincidencia genérica y específica. Ésta última no se podía compensar con otras atenuantes. C) **Proyecto CP 23 septiembre 1992**. Sistema clásico reforzado: reincidencia como agravante ordinaria, pero sólo específica (mismo capítulo e igual naturaleza). D) **Anteproyecto CP 20 mayo 1994**. Reproduce fórmula del Proyecto de 1992. E) **Proyecto CP 26 septiembre 1994**. Repite anterior propuesta pero elimina requisito de “la misma naturaleza”. F) **Proyecto CP 20 julio 1995**. Fórmula de 1994, pero con dos novedades: suprime reincidencia genérica y en la específica vuelve a requerir “misma naturaleza”.

²⁵ Pueden sintetizarse estas opiniones en los siguientes grupos, que proponen diversas alternativas: A) Suprimir la circunstancia agravante de reincidencia. Su mantenimiento conduce a un “derecho penal de autor” (MIR PUIG; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO; MANZANARES SAMANIEGO; QUINTERO OLIVARES; GARCÍA ARÁN; COBO/VIVES). B) Mantenerla pero como potestad facultativa del juez, eliminando su carácter obligatorio (QUINTERO; ASÚA BATARRITA; JAEN VALLEJO; ZUGALDÍA; DíEZ RIPOLLÉS). C) Sustitución de la reincidencia por la figura de la habitualidad (QUINTANO RIPOLLÉS; GARZÓN REAL/MANJÓN CABEZA).

absoluto fracaso del sistema actual de tratamiento punitivo del delincuente reincidente, y más allá de las dudas de constitucionalidad que despierta²⁶.

En cuanto a la reincidencia y habitualidad también encontramos referencias de interés en el Derecho comparado. Por ejemplo, en los países de nuestro entorno, salvo Francia, se establecen modelos en los que la reincidencia no se considera agravante y su apreciación es facultativa como elemento de individualización de la pena por el juez. Junto a la reincidencia “simple”, se regulan diferentes supuestos, más o menos complejos, en los que se pueden distinguir varias categorías, como se lleva a cabo en Italia: “reincidencia agravada”, reiteración, habitualidad, habitualidad en las faltas (contravenciones), profesionalidad, delincuencia por tendencia. También el modelo portugués diferencia varias clases. O por el contrario, un sistema más sencillo, como el alemán, donde simplemente se permite imponer una medida de seguridad además de la pena, al delincuente habitual (varios antecedentes en un periodo, con sentencia firme), si además de ello el juez aprecia peligrosidad criminal²⁷.

En resumen, podemos exponer, con calibre grueso, algunas críticas al modelo propuesto en este Proyecto: **1)** Rompe el modelo de histórico de determinación de la pena, al permitir que dos o mas agravantes superen el límite legal establecido en la figura legal (pena legal abstracta). Desnaturaliza las circunstancias y las confunde con subtipos agravados. Así por ejemplo, una figura básica con dos agravantes podría resultar más castigada que su figura agravada sin agravantes genéricas (v. gr. en hurto, estafa, daños, apropiación indebida, drogas, medio ambiente, etc). **2)** Además de estos efectos, ¿cuál es el fundamento dogmático o político criminal que justifica este salto cualitativo de la pena?. Porque obsérvese que se impondrá una “nueva pena”. **3)** Idénticos argumentos respecto a la reintroducción de la “multi-reincidencia”. Cón qué fundamento se justifica que permita imponer la pena superior en

²⁶ No obstante, ver STC 150/1991, de 4 julio; STS 23-07-99; e Informe del CGPJ de 27 Febrero de 2003.

²⁷ Una propuesta alternativa, de acuerdo a las orientaciones del Derecho comparado europeo, a nuestros precedentes históricos (CP 1870) y también a nuestros proyectos de 1980, 1983 y 1990, permite delinear el tratamiento a la reiteración delictiva, conforme a los siguientes rasgos: **a)** Desaparición de la agravante de reincidencia. En su lugar, con el actual concepto legal o incluso uno más amplio, posibilitar al juez a que tome en consideración los antecedentes del culpable dentro de la individualización judicial de la pena. Así, dentro del art. 66, introducir cláusula general que permita valorar los antecedentes como una circunstancia personal. Eficacia en la pena: ni cambia la pena (límite superior) ni tampoco el grado (mitad superior). No sería una agravante. **b)** Definición en la Parte General de la habitualidad. Puede servir la actual del art. 94; al respecto sólo se ha cuestionado que el plazo de cinco años es corto, pero debido seguramente a la lentitud proverbial de nuestra administración de justicia. El número de tres condenas es el habitual en nuestra tradición legislativa y en la jurisprudencia. **c)** Junto a la habitualidad básica, sería conveniente introducir, si se quiere, hasta tres modalidades: una agravada (profesionalidad o tendencia) y otra referida a delitos de riesgo e imprudencias (en especial mediante vehículos a motor y ciclomotores) y otra para las faltas. **d)** Si de los antecedentes, el juez estima que existe peligrosidad criminal, podría además de la pena, imponer una medida de seguridad. Su régimen, en principio, debería ser idéntico al ya fijado para los semi-inimputables. **e)** Naturalmente, y como enseña el derecho comparado, al hablar en Derecho penal de antecedentes, se entiende la exigencia de condena judicial firme.

grado (nueva clase de pena) y en toda su extensión. **4)** Vuelve a un sistema todavía más complejo que el anterior a 1995; es más, vuelve a un sistema anterior a la reforma de 1983. El actual, como toda la doctrina ha reconocido, es mucho más sencillo. **5)** Los artículos décimo y undécimo que modifican los arts. 234 y 244 CP, convierten cuarto infracciones leves en infracciones menos graves; y esta mutación tan sólo porque se hayan ejecutado en el plazo de un año. El injusto de una falta es el mismo y la culpabilidad también, luego la transformación en delito sólo se hace por la reiteración de acciones y la suma de las cuantías, quizás pensando subliminalmente en la peligrosidad. Pero esto choca con el delito continuado y con el delito masa (art. 74), puesto que contempla presupuestos idénticos. Salvo un detalle: aquí sólo se precisa la existencia de “cuatro acciones”, que si se interpreta literalmente no haría falta sentencia firme, lo que abre toda suerte de dudas de constitucionalidad, fundamentalmente por presunción de inocencia, proporcionalidad y legalidad. Salvo que en realidad estamos pensando en una suerte de acumulación procesal de todas las faltas, enjuiciamiento y pena única. En este caso chocaría con las reglas concursales básicas, en especial las del art. 76 CP (concurso real). Pero si no se entiende así, sino que precisa sentencia, volvemos a la confusión con el delito continuado. **6)** Pero las reglas anteriores plantean una seria inconsistencia: porque si pensamos en la acumulación de cuatro o más faltas, encontramos los problemas antes descritos. Pero podemos pensar también en hipótesis de acumulación de “acciones” constitutivas de delito y de falta (v. gr. tres faltas y un delito); y entonces al aplicar esta regla sale beneficiado el infractor en relación a la aplicación de las reglas generales, ya sean el enjuiciamiento por separado o la aplicación del concurso real. **7)** Y si no se acepta esta posibilidad de delitos y faltas, entendiendo que sólo se extiende a faltas, aparece otra contradicción de fondo: se crea una regla de habitualidad para las faltas, pero no se hace en caso de habitualidad de delitos. En cualquier caso, el nuevo modelo es caótico, puesto que para hacer frente al fenómeno de la reiteración delictiva, se limita a acumular sin sentido, ni orden, ni coordinación, mecanismos múltiples: reincidencia como agravante con efectos varios; habitualidad de faltas sólo en algunos delitos; confusión con delito continuado, con concurso real y con las normas procesales de conexidad.

4.2. Violencia doméstica.

La reforma afecta fundamentalmente a los arts. 23, 147, 173, 617 y del modo que sigue:

A). Se amplía el círculo de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23: “haber sido cónyuge”; “haya estado ligada de forma estable” y al “conviviente”. Con esta ampliación se persigue extender el círculo de víctimas y agresores, así como su utilidad a los efectos de la habitualidad exigida ahora en el único delito de violencia doméstica.

B) Se deroga el apartado segundo de la falta contenida en el art. 617, de modo que si la conducta se realiza dentro del círculo de personas descrito en el art. 23, se castigará como delito de lesiones del art. 147,º, siempre que en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617.

C) Nueva redacción del art. 153, con mayor penalidad, incluida privación de tenencia y porte armas, para los casos de mal trato de obra habitual en el ámbito familiar.

D). Reforma del art. 173 en su segundo apartado, ahora referido a los ataques a la integridad moral en el ámbito familiar.

Es evidente que este segmento de criminalidad debe ser reformado, pero a mi entender, el camino seguido por este Proyecto ni es el adecuado ni será desgraciadamente eficaz. Y ello porque problemas tan específicos como la imposibilidad de apreciar en las faltas medidas preventivas desde el primer instante, o la diferenciación con el delito, por citar los más conocidos, no se solucionan derogando la falta, sino configurando un sistema armónico a través de una Ley Integral contra la Violencia de Género. Para avalar esta tesis solo hace falta estudiar el Derecho comparado²⁸, y recordar el fracaso de tan seguidas reformas legis-

²⁸En el Derecho comparado se observan tres rasgos muy importantes : a) mayor preocupación por la protección a la víctima, que alcanza un verdadero criterio central, incluso en el procedimiento penal, del que se derivan los demás ejes legislativos; b) como el fin es la protección de la víctima, se crean procedimientos específicos, nada formalizados y muy ágiles, que generalmente son de naturaleza civil, incluidas las medidas a adoptar; y c) en atención a la complejidad de las materias afectadas por este fenómeno, se han aprobado leyes especiales e integrales. En este sentido pueden citarse, a título de ejemplo las siguientes leyes Inglaterra y Gales (1976); desde los años 80 medidas federales y leyes en la inmensa mayoría de los Estados norteamericanos; Austria (1997); Irlanda y Suecia (1998); Alemania (1998); Italia se tramita actualmente y por ejemplo en Argentina (Buenos Aires) del año 2000. Otra característica común es la creación de la medida de “expulsión del agresor”, incluso aunque la víctima haya decidido acudir a un establecimiento de acogida (recordar caso del Juez de Instrucción de Granada, que no adopta medida de alejamiento porque la agredida ya no se encontraba en el lugar). Se observa la existencia de medidas cautelares análogas a las ya existentes en nuestro CP y en nuestra LECRIM. Sin embargo, en los sistemas de Derecho comparado si se observa la existencia de medidas no contenidas actualmente en España. Por ejemplo, la medida de expulsión se acompaña con la atribución de la custodia de los hilos a la víctima, sin necesidad de esperar a procedimientos de divorcio. Incluso se articula la intervención judicial de los bienes gananciales. Pero sin lugar a dudas, ha de destacarse la creación de procedimientos especiales, con las siguientes características: 1. La iniciación de esta clase de procedimiento es distinto, previo e inmediato a la iniciación de procedimientos penales o civiles, que podrán discurrir en paralelo. 2. Estos procedimientos especiales son muy ágiles y rápidos (entre 48 horas y 10 días). 3. Basta la denuncia de la víctima o de terceros para iniciar el procedimiento y para adoptar medidas. Por razones de urgencia y sobre todo si existe riesgo para la integridad de la víctima, se pueden adoptar las medidas oportunas sin necesidad de la comparecencia del agresor. Ello exige una posterior comprobación y ratificación con todas las garantías. Incluso en algunos sistemas (v. gr. Austria) la medida de expulsión no la adopta el juez competente sino directamente la Policía. 4. En la mayoría de estos procedimientos se impide todo contacto entre víctima y agresor, incluida la comparecencia en audiencias separadas. Esto debe conformarse con las exigencias del principio de contradicción. 5. Un problema resuelto de formas muy diversas, es el relativo a la solución en casos de incumplimiento del agresor de la medida impuesta, y en especial de la medida de alojamiento. Así, en varios países anglosajones los jueces civiles pueden decretar el arresto. En Argentina (Buenos Aires) se decreta el cumplimiento de trabajos sociales. En Puerto Rico el incumplimiento se califica como agravante del delito. En Irlanda se tipifica expresamente como delito de desobediencia. Esta quizás debería ser la fórmula a seguir en España, con una expresa llamada en la Ley Integral. 6. En la mayoría de los países europeos, estas leyes poseen naturaleza civil, mientras que los delitos se contemplan en los respectivos Códigos Penales. En unos casos se sistematizan dentro de los delitos de lesiones (Alemania, Francia y Portugal) que es también nuestra tradición; en otros no, como en Italia, donde se regulan dentro de las infracciones contra la familia. Sin embargo, debe adver-

lativas, informes y circulares²⁹. Para evidenciar la cultura de la improvisación de nuestra política criminal, el pasado 12 de junio, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, en lectura única y a propuesta de todos los grupos parlamentarios, una “*Proposición de Ley Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de violencia doméstica*”, que contiene medidas civiles y habilita la aplicación de medidas cautelares ya existentes en nuestra LECrim. Pero a mi juicio, como demuestra la triste realidad, no basta con reformas parciales, sino que parece necesaria una Ley Integral especial, de naturaleza mixta civil y penal, con un procedimiento urgente, competencia quizás de los Juzgados de Familia, que contenga un catálogo amplio y abierto de medidas (entre ellas, pero no sólo, el alejamiento del agresor). Y desde luego, que el procedimiento por faltas, permita la adopción de cualquier medida cautelar.

4.3. Protección de los extranjeros.

Bajo esta rúbrica tan sugerente, no obstante se contienen varias medidas de escasa sensibilidad con los derechos humanos, incluidos los de los inmigrantes extranjeros indocumentados, así como otras cuya justificación funde la inutilidad con el esperpento. Veamos a continuación un breve resumen.

A). Extranjeros no residentes legalmente. Modificación apartados 1, 2 y 3 de los arts. 89 y 108 CP: sustitución de la pena de prisión inferior a seis años, por expulsión del territorio nacional. Si la pena es superior a seis años de prisión, podrá también decretarse la expulsión pero sólo tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, o cuando el condenado alcance el tercer grado. Idéntico régimen para medidas de seguridad privativas de libertad (art. 108 CP).

B). Delincuencia sobre inmigrantes. Modificación de los arts. 318, 318 bis y 188 CP. De acuerdo al Consejo Europeo de Tampere, se persigue combatir el tráfico ilegal de personas.

tirse, en contra de lo que en ocasiones sostiene nuestro TS que habla de la “paz familiar”, que lo fundamental de estas infracciones es la violencia y el consiguiente peligro para la vida y la salud; de ahí la importancia del concepto de habitualidad. En Europa, actualmente se discute la utilización de medios o instrumentos electrónicos de control de los agresores. Plantea dudas de constitucionalidad (intimidad), especialmente si se permite adoptarlas antes del proceso.

²⁹ En la actualidad estas conductas pueden concretarse esencialmente en la figura del art. 153 CP (violencia habitual en el ámbito familiar) y la falta correspondiente del art. 617,2 *in fine* del CP; y la segunda, la relativa al delito de acoso sexual del art. 184 CP. Ambas figuras fueron reformadas en el reciente CP de 1995, pero a pesar de ello, volvieron a ser reformadas respectivamente por LO 14/1999 de 9 de Junio y por LO 11/1999 de 30 de Abril. Circular 1/98 de 24 Octubre de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Instrucción 3/88 de 1 de Junio de la Fiscalía General del Estado, sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en procesos matrimoniales. Informe del CGPJ de 2001.

Para lograrlo se procede a un aumento generalizado de las penas en esta materia y especialmente en determinados supuestos agravados por peligro para la vida o la salud, y si existe explotación sexual. Además, se autoriza como posibilidad la aplicación de las medidas o consecuencias contenidas en el art. 129 CP.

C). Nuevas formas de delincuencia como consecuencia de la integración social. Modificación del art. 149,2º CP: delito de ablación o mutilación genital. Añade privación patria potestad.

D). Adecuación instituciones civiles a nuevas culturas. Modificaciones arts. 9 y 107 Código Civil: eficacia de la separación o divorcio por encima de “leyes nacionales” (de origen) del extranjero.

E). Adaptación de la Ley de Extranjería a la realidad delictiva y procesal existente. Así, se modifican los arts. 57,4º y 7º y 62,1º de la LO 4/2000, modificada a su vez por la LO 8/2000, para acomodarlas al nuevo régimen penal de expulsión.

De entre todas las modificaciones, destaca la relativa a la expulsión, que al extender su uso, deja ver el predominio de la idea del inmigrante como infractor en lugar de cómo víctima, y en consecuencia la asimilación de inmigración con delincuencia. El aumento de penas para abusos cometidos contra ciudadanos extranjeros no parece ser tampoco una solución eficaz para este problema, si no va acompañada de otras políticas y medidas sociales y policiales. Por último, pretender hacernos creer que la mutilación de órganos genitales “ahora si se castigará”, resulta tan burdo como desconocer el ámbito tradicional del delito de lesiones.

5. PROYECTO DE L.O. POR LA QUE SE MODIFICA LA L.O 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

La amplitud de esta reforma (más de 160 artículos del CP vigente afectados), así como su estadio de tramitación, más retrasado que los anteriores (todavía en fase de presentación de enmiendas), invita en estas páginas a exponer exclusivamente los cambios de contenido más trascendentes y reservarnos nuestra evaluación –salvo la ya expresada con carácter general-, hasta el momento en que se encuentre más avanzada y consolidada. Más teniendo presente la discrepancia de los grupos de la oposición con el grueso del texto.

En la Exposición de Motivos se recogen las líneas fundamentales que justifican tamaño reforma: la experiencia aplicativa desde 1995; nuevas realidades; Informe del CGPJ de 12 julio 1999; discurso de Investidura del Presidente del Gobierno de 2000; y dictamen de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia para la Reforma del Sistema de penas. Se trata de una reforma parcial pero sistemática del CP, manteniendo su estructura y principios,

salvo en materia de penas, como reza la citada Exposición de Motivos. Siguiendo el propio orden del Proyecto, podemos agrupar las propuestas según afecten a la Parte General y a la Parte Especial.

A). Modificaciones a la Parte General.

1) Duración mínima de la pena de prisión: se reduce de los seis meses actuales a tres meses (art. 33). El objetivo declarado es que la pena corta de prisión “cumpla la función de prevención general”, y también favorecer el contenido y estructura de la penalidad de las faltas.

2) Nueva frontera entre delitos graves y delitos menos graves en penas de prisión: a partir de ahora cinco años. Así, se pretende armonizar con las competencias entre Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales (art. 33).

3) Se suprime la pena de arresto fin de semana, “porque su aplicación práctica no ha sido satisfactoria”. Su hueco se cubriría con la pena de prisión de tres meses, la pena de multa, los trabajos en beneficio de la comunidad, y con la nueva pena que se crea de “localización permanente” (art. 35).

4) En efecto, se crea una nueva pena: la “localización permanente”. Comporta la obligación de permanecer en el domicilio u otro lugar designado por el Juez, durante el tiempo que determine, que no podrá exceder de doce días. Esta pena sólo se contempla para sancionar las faltas (art. 35).

5) Se potencia la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, debido a su función resocializadora. Aparece impuesta directamente en varias figuras delictivas y se incorpora el régimen de su cumplimiento (arts. 33 k y 49).

6) Se mejora técnicamente la regulación de la pena de alejamiento, para mayor utilidad en la prevención y represión, en especial de los delitos de violencia doméstica. Así, se establecen por separado tres modalidades: prohibición de acudir y residir; prohibición de aproximarse a la víctima; y prohibición de comunicarse con la víctima (arts. 39, 40, 42, 48 y 49). Se amplía el tiempo de duración máxima (hasta diez años), así como su cumplimiento simultáneo con la pena de prisión, incluso cuando ya está cumplida (beneficios, permisos, etc). En caso de apreciar esta pena, queda en suspenso el régimen de visitas (penas accesorias, arts. 55 y 56).

7) Se amplía el límite máximo de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de diez a quince años (art. 33).

8) Una modificación de gran alcance es la que afecta a la “reiteración de las conductas delictivas”. Así, se aumenta la penalidad en el delito continuado, permitiendo la imposición

de la pena superior en grado (art. 74,1º); y, el incremento de la penalidad en determinadas faltas “habituales” contra el patrimonio (v. gr. en receptación).

9) En materia de suspensión de la ejecución de penas, no entra en el cómputo de los dos años la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 81). Igualmente, para drogodependientes, el máximo de la pena de prisión para poder suspender, pasa de tres a cinco años (art. 87,1º).

10) La sustitución de las penas se adapta al nuevo régimen de las penas de “localización permanente” y trabajos en beneficio de la comunidad, así como a la desaparición del arresto fin de semana. Otra novedad, es la posibilidad de sustitución en penas que no excedan los dos años y en reos no habituales, por multa y trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88).

11) Cambios en la aplicación de la pena de multa (arts. 50, 51 y 52). Equilibrio con la duración de la pena de prisión: un día de prisión será igual a dos días multa. Se afirma una mejora el sistema de días multa, así como una mejor adaptación en el sistema de multa proporcional. El mínimo será de diez días y el máximo dos años. En cuanto a las cuantías, se actualizan: mínima diaria 2 euros y máxima 400 euros.

12) Se modifica el sistema de abono de la prisión preventiva (art. 58).

13) En la medida de internamiento para tratamiento médico o educativo, el Ministerio Público debe ser informado de su vencimiento por si estima necesario solicitar la declaración de incapacidad (art. 60,1º).

14) Se modifica el apartado primero y se añade un nuevo tercero al art. 66. Así, se refiere a las circunstancias que “consistan en cualquier causa de naturaleza personal”, limitando su eficacia a los sujetos en quienes concurren. Y el nuevo tercer apartado introduce una regla de comunicabilidad para los partícipes, de suerte que si no concurren en ellos las condiciones, cualidades o relaciones exigidas en la figura legal, los jueces podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada.

15) Variación del régimen penológico de las eximentes incompletas del art. 68, puesto que una vez determinada la rebaja en uno o dos grados, los jueces quedarán ahora sujetos al resto de las reglas del art. 66.

16) En el art. 70, entre otros cambios, para la determinación de la pena superior e inferior en grado, se juega con “el día”, que pasa a recobrar su papel de frontera entre la pena superior e inferior.

17) En la determinación de la pena inferior, los jueces no quedarán limitados por las cuantías mínimas fijadas por la Ley, pudiendo rebajarlas en la forma que resulte, pero sin “que ello suponga la degradación a falta”.

18)). Se modifica el régimen de la libertad condicional, tratando de dificultar el automatismo actual en su concesión, con la introducción de la valoración de la dificultad para delinquir y la peligrosidad del reo (art. 93).

19) Ampliación del concepto legal de “reo habitual”, puesto que también deberán considerarse de una parte, el momento de posible sustitución o suspensión de la pena, y de otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de habitualidad (art. 94).

20) Se modifica el catálogo de medidas de seguridad del art. 96, así como el régimen de ejecución y compatibilidad con las penas (arts. 97 a 105).

21) Cambio en el ámbito y alcance del comiso, que se extiende también a los medios de preparación del delito y a sus ganancias. Se incorpora el comiso “por valor equivalente”. Y se podrá acordar aunque exista declaración de exención de responsabilidad criminal (art. 127).

22) Introduce cambios en el apartado primero del art. 129, especialmente exigiendo audiencia del Ministerio Público.

23) En cuanto a la extinción de la responsabilidad criminal, se añade la remisión por cumplimiento de la suspensión de la pena (art. 130).

24) Se acomodan los plazos de prescripción del delito y de la pena, conforme a la nueva clasificación de las infracciones por su gravedad (art. 131, 132 y 133).

25) En la cancelación de antecedentes penales se suprime la sección dedicada a penas suspendidas, así como se crean nuevos requisitos relativos a la responsabilidad civil (art. 136).

B). Modificaciones de la Parte Especial.

Según se dice en la Exposición de Motivos, los cambios obedecen a dos grandes causas: una, adaptación a las modificaciones contenidas en la Parte General, a criterios de proporcionalidad y de coherencia. Y dos, a la necesidad de creación de nuevos tipos penales. Ya advierto que aunque algunos de estos cambios son más bien de Parte General, opto por seguir la ubicación señalada por el propio Proyecto. Ahora todavía con una selección mayor si cabe y sin ninguna pretensión de exhaustividad (sobre todo no aludo a los numerosos cambios de penalidad), las principales variaciones pueden resumirse en las siguientes:

1) La más importante, por sus múltiples y extensas consecuencias, es la modificación de las cuantías que determinan la frontera entre delitos y faltas, y en otros casos, la frontera entre infracciones penales e infracciones administrativas. Para este cambio, en ambos

grupos de casos, se ha tomado como regla general aplicar un incremento de aproximadamente el 33%, es decir de un tercio. De modo que de las 50.000 pesetas actuales que se erigen en la línea divisoria entre delitos y faltas de hurto propio e impropio, sustracción vehículo a motor, estafa, apropiación indebida, defraudaciones de energía, fluidos y análogas, alteración de lindes, daños (arts. 623, 624 y 625), se pasaría ahora a la cuantía de 400 euros (o sea, de unas 66.400 de las antiguas pesetas). Pero idéntico criterio se ha seguido también para establecer el límite entre ilícitos penales e ilícitos administrativos, lo que resulta discriminatorio, inmotivado y a la vez elocuente. Así ocurre con la nueva cuantía del delito fiscal (art. 305), que pasa de los actuales 15 millones de pesetas (90.000 euros), hasta los 120.000 euros (20 millones de pesetas). Y algo muy semejante se hace en el delito de abuso de información privilegiada, que de los 75 millones hoy exigidos (en torno a los 430.000 euros), se aumenta ahora hasta los 600.000 euros (aproximadamente 100 millones pesetas), o sea, aquí un incremento del 25%.

2) Delitos contra la salud pública: incremento de la represión con nuevas agravaciones, determinación de supuestos y descripciones, y aumento sobresaliente de las penas.

3) Régimen más beneficioso a toxicómanos autores de delitos de tráfico de drogas de escasa cantidad, siempre que admitan tratamiento de desintoxicación.

4) Proyección de la responsabilidad penal sobre las sociedades: se establece la obligación del pago directo y solidario de la pena de multa a todos los administradores de la sociedad. Así mismo, los bienes de la sociedad podrán ser objeto de comiso (art. 31,2º).

5) Modificación de la regulación de la pornografía infantil, de acuerdo a recomendaciones europeas. Así, se castigará la tenencia para uso propio, aumento de la penalidad, y se perfeccionan las figuras contra la libertad e indemnidad sexual.

6) Se crea una nueva falta dentro del ámbito del abandono de familia, para sancionar las conductas menos graves sin contenido económico.

7) En propiedad intelectual e industrial, de acuerdo a la normativa europea, se adapta la tipificación y se aumenta la penalidad. También se modifica ligeramente el requisito de perseguibilidad de oficio.

8) En el delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, la pena de privación del derecho a al tenencia y porte, tendrá una duración de tres años superior a la pena de prisión.

9) Creación del delito de maltrato de animales, manteniendo la falta en casos menos graves. Pero no se con que clase de relación lógica, se rebaja de los actuales tres a ochos de inhabilitación, a la nueva pena propuesta de uno a tres años de inhabilitación, para los delitos relativos a la flora y fauna, en especial aquí los tradicionales de caza (art.337). Sin comentarios.

10) Incorpora figuras relacionadas con el acceso a servicios de radiodifusión sonora o televisiva, y servicios interactivos por vía electrónica. También conductas de manipulación de terminales de equipos de telecomunicación.

11) Nuevo delito que castiga emitir, liberar o introducir radiaciones ionizantes en el agua, tierra o aire.

12) Modificaciones en los delitos de falsificación de moneda, adaptándose a la vigencia del euro. Además, las tarjetas y cheques son considerados como medio de pago.

13) Alteraciones del orden con ocasión de celebración de eventos o espectáculos con asistencia de un gran número de personas. Se añade la pena accesoria de prohibición de acudir durante tres años añadidos a la duración de la pena de prisión.

14) Introducción, conforme al principio de complementariedad, de todas las nuevas conductas contenidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

15) En cuanto a las faltas, destaca la desaparición de la pena de arresto fin de semana, y su sustitución por la nueva pena de prisión inferior a seis meses, localización permanente y trabajo en beneficio de la comunidad. También se sustituye en la multa la referencia a las pesetas por euros.

Para finalizar, llamar la atención que la Disposición Final Única, contempla que su entrada en vigor será al día siguiente de su publicación en el BOE. Lo que no deja de sorprender dada la pretendida envergadura de la reforma. ¿Alguien ha evaluado el coste de la revisión de sentencias y nueva aplicación a asuntos todavía en curso, tan sólo como consecuencia de la aplicación de la ley posterior más favorable (esta reforma) simplemente por el incremento generalizado de un tercio de las cuantías?. Se implanta la nueva revisión rápida de asuntos judiciales: antes de un día; para que luego digan.