

NOTAS AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE OCTUBRE DE 2012

Alfonso Serrano Gómez

Profesor Emérito de Derecho Penal. UNED

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-r1, p. r1:1-05:18. Disponible en internet:
<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-r1.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-r1 (2013), 15 sep]

RESUMEN: En el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012, se introducen 200 modificaciones. Se mantiene la pasión legislatora en materia penal que vienen mostrando sin excepción todos los gobiernos de España en las últimas décadas. De ser aprobada, sería la reforma número 28 del Código de

1995. En estas reflexiones se comentan algunas de las numerosas modificaciones propuestas, las cuales ponen de manifiesto, a juicio del autor, una falta de coherencia del legislador acompañada de indeseables efectos de inseguridad jurídica. Se argumenta que algunas de las reformas son imprecisas, confusas o innecesarias.

PALABRAS CLAVE: Reforma penal, prisión, reincidencia, penas privativas de libertad, medidas de seguridad, libertad vigilada, derogación de las faltas.

Fecha de publicación: 15 septiembre 2013

SUMARIO: I. Comentarios a temas puntuales de la reforma. II. Derogación del Libro III. III. Consecuencias penales y procesales que se derivan de la derogación de las faltas. IV. Consideración final.

Nota previa: Con anterioridad a la aprobación del Anteproyecto en octubre de 2012 se publicó otro texto fechado el 16 de junio del mismo año. Entre ambos hay diferencias notables. En alguna ocasión a lo largo de estas notas se hace referencia puntual al texto precedente, pero es la excepción. Por regla general, cuando no se especifica de cuál de aquellos dos textos del Anteproyecto se trata, nos referimos al segundo, que fue el formalmente aprobado por el Consejo de Ministros.

I. Comentarios a temas puntuales de la reforma

El Anteproyecto es muy extenso, con unas 200 modificaciones, por lo que me limitaré a tratar algunas de las cuestiones que considero de mayor interés.

Prisión permanente revisable

Es constitucional pero no recomendable.

Hay cambios de los populares en las tres fases que se contemplan a continuación. En las enmiendas al Proyecto de 2009, que daría lugar a la reforma del Código de junio de 2010, se pedía la adición a determinados artículos para que el delito fuera castigado con la pena de “prisión perpetua revisable”, plazo para su revisión, etc. en el homicidio con agresión sexual, homicidio del Rey o la Reina, homicidio en atentados terroristas, homicidio de un jefe de Estado extranjero, genocidio y delitos de lesa humanidad¹. En los dos textos del Anteproyecto se sustituye la “prisión perpetua revisable”, por “prisión permanente revisable”, aunque en el definitivo se olvida incluir esta pena en el artículo 33. No obstante, en su apartado 2. a) dice que “Son penas graves : la prisión superior a cinco años, donde podría estar incluida la “prisión permanente revisable”, lo cierto es que la penas en el Código tienen un límite máximo definido, lo que no sucede con la prisión permanente. En el artículo 35 se recoge: “Son penas privativas de libertad la prisión”, sin hacer referencia a la prisión permanente revisable. En las enmiendas presentadas por los populares al Proyecto de 2009, si se pedía su inclusión en el artículo 33².

La constitucionalidad se fundamenta en que España ratificó el Estatuto de Roma, donde se contempla la reclusión a perpetuidad, la Constitución no limita la extensión de la penas privativas de libertad, y al ser revisable elimina la perpetuidad.³ Esta cuestión ya se ha tratado en otro lugar, al que me remito⁴.

Si partimos de que las penas con internamiento en prisión pueden durar hasta 40

¹ Los delitos para los que se pedía *la prisión perpetua revisable* se tipificaban en los arts. 140 bis, 485, 572.2, 605, 607 y 607 bis (enmiendas núms. 385, 390, 392, 394, 396 y 397).

² El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la enm. 384 al Proyecto de reforma del Código penal, proponía la modificación del art. 33, la letra a) del apartado 2 debía figurar con el siguiente tenor literal: “La prisión permanente revisable por el Código es, así como la prisión superior a cinco años”. En el Proyecto de reforma del Código penal, proponía la modificación del art. 33, la letra a) del apartado 2 debía figurar con el siguiente tenor literal: “La prisión permanente revisable”, reordenándose el resto de las letras.

³ La constitucionalidad de la prisión permanente revisable en nuestro sistema se acredita por lo siguiente: a) Ratificación por España del Estatuto de Roma donde figura la reclusión a perpetuidad. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 ratificado por España el 27 de mayo de 2002, en el apartado 7º.1.b) establece como una de las penas: “la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. En su artículo 110, que trata del examen de una reducción de pena, en el apartado 3 recoge: “Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos”. b) En la Constitución no hay ningún precepto que impida el establecimiento de penas privativas de libertad por el legislador, ni que limiten su extensión. c) Penas indeterminadas. La prisión permanente, como sucede con la cadena perpetua en otros países, al ser revisables eliminan la perpetuidad, el término de la pena depende del comportamiento del condenado, pues en la primera revisión de la misma puede quedar en libertad. d) Tampoco se vulnera el art. 15 de la CE donde se establece que nadie puede ser sometido “a penas o tratos inhumanos o degradantes”. *El trato inhumano degradante no depende de la pena, sino de su forma de ejecución*. A este respecto, entre otras, la STC 91/2000, de 30 de marzo.

⁴ Vid. SERRANO GÓMEZ, “Sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en *Constitucionalidad y democracia: ayer y hoy*, Libro homenaje al Profesor Antonio Torres del Moral, Universitas, Madrid, 2012, II, págs. 1813 y ss.

años, su implantación no sería conveniente por los efectos negativos de la privación de libertad, pues difícilmente concurrirá “un pronóstico favorable de reinserción social”, que es uno de los requisitos exigibles. La revisión para decidir si procede la suspensión de la ejecución del resto de la pena, y conceder la libertad condicional, será después de haber extinguido el penado un mínimo de 25 años de prisión – o en su caso 28, 30 o 32⁵. Después de todos estos años en prisión tendrá muy pocas posibilidades de poder reintegrarse a la sociedad. Si el sistema de revisión es riguroso será muy probable que se deniegue la suspensión de la ejecución de la pena en la primera revisión, y en las sucesivas, con lo que la pena se convertirá en perpetua⁶. No hay que olvidar que los efectos de la prisión cerrada son más negativos que positivos⁷.

El Partido Popular no consiguió, a pesar de sus pretensiones, introducir la prisión perpetua revisable en la indicada reforma del Código penal de 2010. Insiste en su programa electoral en las elecciones generales de noviembre de 2011. En el primer texto del Anteproyecto solamente se contempla en un supuesto de terroris-

⁵ Recoge el art. 78 bis del Anteproyecto: “2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido: a. un mínimo de veinticinco años de prisión [...]. b. Un mínimo de treinta años [...]. 3. Si se trata de delitos referentes a las organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en el supuesto a que se refiere la letra a) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero. En estos casos la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión en el supuesto a que se refiere la letra a) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero”. Se observa que en todos los supuestos, salvo en el último, es superior el plazo para la suspensión respecto del establecido para pasar al tercer grado; en el último no varía, pues se establecen 32 años para ambas situaciones. Sin embargo, en el apartado V de la exposición de motivos se dice: “Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre 25 y 35 años de condena, el Tribunal deberá revisar de oficio...”. *Vid.* arts 76, e) y 92.

⁶ Se recoge a continuación cuáles son los factores favorables y desfavorables según uno de los estudios realizados por la Central Penitenciaria de Observación, en el área penal, pedagógica, sociológica y psicológica para determinar si el interno debe pasar a tercer grado, progresión al tercer grado fue denegada, con lo cual no se le podría conceder la libertad condicional. Edad que tenía en el momento de hacer el estudio: 44 años. Tiempo ininterrumpido en prisión: 22 años y dos meses. a) Factores que facilitan su adaptación: sólo el apoyo familiar. b) Factores que dificultan su adaptación: disfrute de permisos con incidencias negativas. Carrera delictiva consolidada. Responsabilidad civil no satisfecha. Ausencia de hábitos laborales y de cualificación profesional. Inicio precoz de la actividad delictiva. Antecedentes de ingreso en centro de reforma. Baja o nula colaboración en actividades organizadas en la actualidad. Marginalidad social. Sistema de actitudes prosociales deficiente. Inmadurez personal e inconsistencia. Drogodependencia no superada, sin tratamiento. Consumo de cocaína al reingreso de un permiso en junio de 2008. c) Probabilidad de reincidencia: alta. De lo anterior se desprende que si a los 22 años de prisión ininterrumpida una persona no está en condiciones de reinserción, lo más probable es que se encuentre en peor situación cuando la estancia en prisión se haya prolongado más 25 o incluso de 30. En todo caso, los problemas que presentaba el penado al que se hace referencia, concurren en muchos con periodos de prisión ininterrumpida notablemente inferiores. Otros supuestos similares se recogen en SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, M.I. *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social* Dykinson, Madrid, 2012, págs. 277 y ss.

⁷ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, en ob. cit., págs. 109 y ss. nos ocupamos de los problemas de los internos en prisión y las dificultades con las que se encuentran al quedar en libertad a efectos de resocialización.

mo⁸ y como “prisión indeterminada permanente”. La terminología que utiliza no es uniforme: “prisión de duración indeterminada revisable”⁹, “prisión de duración indeterminada”¹⁰, “prisión permanente revisable”¹¹. Esto indica que no se había cuidado la redacción.

En el segundo texto, el definitivo, tuvo que rectificar, pues no solo estaban los antecedentes de la reforma de 2010, sino que existía una promesa electoral del Partido Popular en la que se había insistido. Por ello resultaba ilógico que la prisión indeterminada revisable solamente se hubiera contemplado en un supuesto. Se retoman las enmiendas al Proyecto de reforma de 2009, volviendo a los delitos para los que se proponía esta pena¹², aunque, salvo en uno, se modifica el contenido de todos los artículos¹³. Además de sustituir prisión “perpetua”, por “indeterminada”,

⁸ Recoge el art. 572: “2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán: 1. En la pena de prisión de duración indeterminada revisable si causaran la muerte de una persona”. En el texto definitivo del Anteproyecto se mantiene esta fórmula, aunque sustituyendo “prisión de duración indeterminada revisable”, por “prisión permanente revisable”.

⁹ Recogía el texto del Anteproyecto de junio de 2012 en su art. 572: “2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán. 1. En la pena de prisión de duración indeterminada revisable si causaran la muerte de una persona”.

¹⁰ Recoge el art. 92: “1. El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de duración indeterminada cuando se cumplan los siguientes requisitos...”

¹¹ Recoge el Anteproyecto en el párrafo primero de su apartado I de la exposición de motivos “la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista”. Se reitera varias veces.

¹² *Vid. infra* nota 18.

¹³ El art. 140 bis, cuya adición se proponía en la enmienda núm. 390 al Proyecto de reforma del Código penal de 2009, rezaba: “El que matare a otro concurriendo alguna agresión sexual de las descritas en el art. 179 de este Código, será castigado con la pena de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable”. En el art. 140 del Anteproyecto, que se modifica: “1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental. 2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. 3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal. 2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2 b”.

La reforma que se proponía con respecto al art. 485, en la enmienda núm. 392, era: “1. El que matare al Rey o a la Reina será castigado con la pena de prisión perpetua revisable”. En el Anteproyecto se sustituye “Reina” por “Príncipe heredero de la Corona”.

El art. 572,2 no varía: Muerte en atentado terrorista. *Vid. supra* nota 8.

Art. 605. En la enmienda 396 se proponía modificar la pena en su apartado 1, a “quien matare a un Jefe de Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España...” La pena máxima podía llegar a prisión de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable”. En el Anteproyecto queda como sigue: “... será castigado con la pena de prisión permanente revisable”.

En los *delitos de genocidio* del art. 607.1.º se proponía la siguiente redacción. “Con la pena de prisión de quince a veinte años, si matare a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión perpetua revisable”. En el Anteproyecto queda como sigue: “1. Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros. 2. Con la prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a uno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones prevista en el artículo 149”.

En los *delitos de lesa humanidad*, en la enmienda núm. 385, se proponía para el núm. 1º del apartado 2 del art. 607 bis la siguiente redacción: “Con la pena de prisión de quince a veinte años, si causaran la muerte

lleva a cabo un endurecimiento de las penas en algunos supuestos; incluso en tipos penales para los que en las enmiendas se proponía pena alternativa de prisión o prisión perpetua revisable, se establece como pena única en el Anteproyecto la “prisión indeterminada revisable”¹⁴.

Otro aspecto en el que se aprecia inseguridad es el tiempo que el condenado tendría que estar en prisión antes de revisar la pena. En la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2009, los populares pedían 20 años¹⁵. En el primer texto del Anteproyecto el cumplimiento efectivo de la pena para ser revisada sería a los 35 años¹⁶. En el texto definitivo del Anteproyecto se requiere que el penado haya extinguido, para la suspensión de la ejecución del resto de la pena, un periodo 25, 28, 30 o 32 años, según los delitos por los que fue condenado¹⁷. Esta notable variación de los plazos de cumplimiento efectivo de la pena, para revisar la misma, ponen de manifiesto la inseguridad del legislador. Se aprecian dudas, sobre todo si se tiene en cuenta que para fundamentar la enmienda pidiendo que se incorporara la prisión perpetua permanente, y su revisión a los 20 años, se apoyaban en países europeos que la contemplan, y cuya revisión oscila entre los 7 y 26 años¹⁸. Dentro del Derecho comparado los 20 años era un plazo razonable, pero no los que figuran en el Anteproyecto.

La reincidencia

Debe erradicarse del Código penal, pues la recaída en el delito no supone una mayor culpabilidad.

También aquí se aprecia inseguridad. Si nos remontamos a la reforma del Código en 2003, llevada a cabo por los populares, se aprecia una agravación de la pena¹⁹. En las enmiendas presentadas a la reforma de 2010 se proponía agravar las

de alguna persona. Si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139, se impondrá la pena de prisión perpetua revisable”.

¹⁴ La pena de prisión o alternativamente de prisión perpetua revisable, que en las enmiendas figuraba para los delitos previstos en los arts. 140 bis y 605.1, en el Anteproyecto es pena única: prisión permanente revisable. *Vid. supra* nota anterior.

¹⁵ Se pedía la incorporación de un nuevo artículo, el 35 bis, en cuyo párrafo segundo se recogía: “cumplidos veinte años de internamiento, el Tribunal sentenciador decidirá si procede la revisión de la condena, conforme a lo previsto en el artículo 90 bis de este Código”.

¹⁶ Dispone el art. 92.1 del primer texto: “El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de duración indeterminada cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya extinguido de forma efectiva treinta y cinco años de su condena”.

¹⁷ *Vid. supra* nota 13 y arts. 76.1,e), 78 bis y 92 del Anteproyecto.

¹⁸ Se detalla en las enmiendas al Proyecto la situación de Italia donde la prisión perpetua se revisa a los 26 años, en el Reino Unido a los 20 y 25, en Grecia es a los 20, en Francia a los 15, lo mismo que en Alemania, Austria y Suiza, en Dinamarca son 12 y en Irlanda 7.

¹⁹ En la reforma del Código penal por LO 11/2003, de 29 de septiembre se incorpora una nueva circunstancia al art.66, la 5.^a en la que se permite elevar la pena en grado por reincidencia cuando concurra “la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza”.

penas para los reincidentes al introducir la *reiteración*²⁰, que estaba erradicada del Código, y permitiría elevar la pena en grado²¹. Ahora, en los dos textos del Anteproyecto, se da un paso importante hacia la desaparición de la agravante de reincidencia, pues permite dejarla al arbitrio del juez. No obstante, es una incongruencia que esta agravante pueda tener los efectos de una atenuante o no contemplarla, pues si la concurrencia de una circunstancia agravante conlleva imponer la pena en su mitad superior, en el caso de reincidencia cabe aplicarla en toda su extensión, del mismo modo que cuando no concurren atenuantes o agravantes²². En estos casos puede imponerse la pena en su mitad inferior, teniendo los mismos efectos que una atenuante.

También en la línea de suavizar los efectos de la reincidencia se modifica el apartado 2 del art. 66, que reza ahora: “En los delitos leves y en los delitos imprudentes los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

Sobre la necesidad de que la reincidencia desaparezca del Código penal, pues recaer en el delito no supone mayor culpabilidad²³, así como que la prisión cerrada

²⁰ En la enmienda núm. 334 se pide añadir un nuevo ordinal al art. 22 del Código, con el contenido siguiente: “9.º Ser reiterante. Hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado mediante sentencia firme por la comisión de otro delito doloso comprendido en distinto título de este Código...”

²¹ En la enmienda 341 se propone añadir un nuevo apartado al art. 66.5ª, con el siguiente contenido: “Cuando concorra la circunstancia de reiteración y el sujeto hubiere sido condenado por sentencia firme al menos por tres delitos dolosos en los cuatro años anteriores, se le impondrá la pena superior en grado a la prevista en la ley para el delito de que se trate”.

²² Recogen ambos Anteproyectos en el art. 66: “4. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en su mitad superior de la que fije la Ley para el delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el número siguiente. 4. Cuando concorra la agravante de reincidencia, aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente, sus antecedentes y a la mayor o menor gravedad del hecho”. La circunstancia 6 del art. 66 tiene el mismo contenido, sin mencionar la reincidencia: “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

²³ Son muchos los factores de riesgo que pueden haber influido en la conducta criminal que debilitan la libertad de decidir. Nos encontramos con personas pertenecientes a clase social baja, con los consiguientes problemas económicos, deficiente formación escolar, falta de hábitos laborales, carencia de formación profesional, etc. Ante la falta de ingresos y de ayuda muchos se verán abocados a tener que delinquir para poder subsistir, pues el instinto de conservación es más potente que el respeto a las leyes, aunque habrá excepciones. Surge entonces la pregunta: ¿se les puede exigir a éstos que respeten la ley con el mismo baremo que a quienes no tienen esos problemas?. En principio parece que no. Por ejemplo, los que se encuentran en una situación económica desahogada no tiene mérito que no cometan delitos contra el patrimonio; la falta de medios económicos es un factor de riesgo importante, pues la mayor parte de los reincidentes ha cometido delitos de este tipo. La concurrencia de factores de riesgo limitan el autocontrol en muchos delincuentes; ello les afecta a su capacidad de resistencia frente al delito; pierden parte de la libertad de decisión, libertad que afecta a la culpabilidad. Por tanto, entendemos que la agravante de reincidencia debe de erradicarse del Código penal, pues vulnera el principio de culpabilidad.

GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA CABRERA, P.J., RÍOS MARTÍN, J.C. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en *Andar 1 Km en línea recta, La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Madrid, 2012, pág. 249, escriben: “Radiografía del preso español: Varón (90,4%), relativamente joven (36,81 años de edad media), sin trabajo fijo o con trabajo de muy escasa cualificación (56,2%), hijo, a su vez, de trabajador poco cualificado, con bajo nivel educativo y procedente de familia numerosa. Casi una tercera parte tiene o ha tenido familiares en prisión. Y un 35% son extranjeros, mitad por mitad en situación regular o irregular”.

tiene más efectos negativos que positivos²⁴, me remito a otro trabajo en el que se trata con mayor extensión²⁵.

Agravación de las penas privativas de libertad

Es necesario terminar con esta política gubernamental.

Esa ha sido la tónica, desde hace años, tanto de socialistas como de populares²⁶. En ambos casos con criterios electoralistas. Piensan que el temor de los ciudadanos de ser víctimas de un delito es menor cuanto más tiempo pasen los delincuentes en prisión. No hay argumentos suficientes que justifiquen el aumento de las penas. Se piensa que elevándolas mejora la eficacia la prevención general, lo que no es cierto²⁷, pues el efecto intimidatorio tiene escasa incidencia en la criminalidad²⁸.

En el Anteproyecto, además de los delitos para los que se establece la prisión permanente revisable, se elevan las penas en bastantes casos. Se hace referencia supuestos específicos, no de las penas que se elevan como consecuencia de modificaciones importantes de algunos artículos o por la incorporación al Código de otros nuevos²⁹.

Tratamos de demostrar como el legislador es cada vez más punitivo. Se introduce la prisión permanente revisable para el asesinato, cuando concurren determinadas circunstancias (art. 140), como matar al Rey o Príncipe heredero (art. 485.1),

²⁴ REDONDO, S., FUNES, J., y LUQUE, L., en *Justicia penal y reincidencia*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994, en pág. 150 dicen que “para nuestra muestra, encontramos una alta relación entre medidas favorecedoras de la incorporación social de los sujetos —régimen abierto y libertad condicional— y su menor reincidencia posterior. Ello nos permitió argumentar la conveniencia de incrementar las medidas de excarcelación progresiva: abrir más las prisiones, en lugar de cerrarlas, así como de la construcción de más centros de régimen abierto, más baratos y, según hemos visto, más efectivos penalmente”.

²⁵ Vid. SERRANO GÓMEZ, “La reincidencia”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, ed. Constitutio Criminalis, Oviedo, 2013, págs. 675 y ss.

²⁶ En el Código penal de 1995 hubo un incremento importante de las penas, especialmente en los delitos contra la propiedad. Los populares también elevaron para algunos delitos en la reforma del Código por LO15/2003, de 1 de octubre, y lo mismo hicieron los socialistas en la reforma por LO 5/ 2010, de 3 de marzo, que afectó a 33 delitos. Vid. SERRANO GÓMEZ, “Endurecimiento de las penas de prisión en la reforma del Código penal de 2010”, en *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs 227 y ss.

²⁷ SERRANO MAÍLLO, A., “Punitivität und Gesetzgebung: Die Situation in Spanien”. En *Kriminalität und Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs*(H. Kury y E. Karimov eds). Bochum: Universitätsverlang Dr. N. Brockmeyer, 2006. SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO, “El aumento de la firmeza en la respuesta al delito a nivel legislativo en España (1995-2007)”, en Kury, H., y Serrano Maíllo, *Punitividad y victimación en la experiencia contemporánea. Estudios*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 293 y ss.

²⁸ KURY, H., “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Facultad de Derecho, 2001, en págs. 304 y s.: “Como muestran los ejemplos de Alemania, Estados Unidos y Finlandia, no resulta probado un efecto de la pena privativa de libertad, la sanción más grave en la mayoría de los países, de forma que disminuya la tasa de criminalidad con la imposición de sanciones cada vez más duras”.

²⁹ Por poner un ejemplo: En el vigente art. 557.1 para los desórdenes públicos se establece la pena de prisión de seis meses a tres años, y en su apartado 2 se puede elevar en grado para determinados supuestos agravados. En el Anteproyecto se modifica este artículo, con una redacción bastante diferente, manteniéndose la pena de prisión de seis meses a tres años. Se incorpora un nuevo art., el 557 bis, donde se tipifican una serie de supuestos agravados: “Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con la pena de uno a seis años cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes...”

causar la muerte de una persona por miembro o colaborador de organizaciones o grupos terroristas (art. 572.2.1), matar a un Jefe de Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que halle en España (art. 605.1), homicidio, agresiones sexuales o lesiones del art. 149 del Código penal en delitos de genocidio (art.607.1 y 2), causar la muerte de una persona en delitos de lesa humanidad (art. 607 bis,2.1). Se agravan las penas en el asesinato³⁰; abusos sexuales, mediante engaño, con persona mayor de trece años y menor de dieciséis³¹; prostitución³²; propiedad industrial³³; robo con violencia o intimidación en casa habitada o sus dependencias³⁴; provocación al odio, la violencia, discriminación contra grupos por motivos racistas ...³⁵

La tendencia de los populares, lo mismo que los socialistas, de elevar las penas en todas las reformas del Código penal, para algunos delitos, se confirma de nuevo en la reforma del pasado mes de diciembre de 2012 para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Los populares habían presentado enmiendas al Proyecto socialista para esos delitos, que contemplaba elevar las penas de prisión que era de uno a cuatro años, hasta los seis, con lo que la prescripción sería a los diez años. Las enmiendas fueron estimadas en parte³⁶, pues en la reforma del Código 2010 no se elevó el límite de las penas hasta los seis años, pero sí a los cinco. Sin embargo, dos años después se cambia de criterio, justificándose de nuevo las dudas y deficiente política criminal del legislador. En la reforma de diciembre de 2012, la pena en los delitos contra la Hacienda Pública, para determinados supues-

³⁰ En el texto del actual art. 140 pasa a ser el apartado 2 que se añade al art. 139. La diferencia es que el actual art. 140 establece que “Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”, mientras que este inciso final en el apartado 2 del art. 139 modificado reza: “Se impondrá la pena en su mitad superior”, con lo que sería prisión de veinte a treinta años, que es la superior a la pena de quince a veinte años que establece el vigente art. 139 para el tipo básico del asesinato (“Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años...”).

³¹ En el art. 182.1 la pena establecida es prisión de uno a dos años, se propone en la reforma que sea de uno a tres años.

³² En el art. 188 que se contempla la prostitución de mayores y menores de edad, menores de 13 años o incapaces, mediante violencia, intimidación, engaño [...] en algunos supuestos se elevan las penas.

³³ La pena establecida en el art. 174, cuyo contenido se modifica, en el Código vigente es prisión de seis meses a dos años, en el Anteproyecto es de dos a seis años. Para otros supuestos, que parte se contemplan en el texto actual, y otros se introducen la pena de prisión es de uno a tres años. No se modifica la pena en los delitos contra la propiedad intelectual.

años; en el Anteproyecto de tres años y seis meses a seis años.

³⁴ La pena prevista en el vigente art. 242 es prisión de tres años y seis meses a cinco años.

³⁵ La pena establecida en el Código es prisión de uno a tres años; en el Anteproyecto de uno a cuatro.

³⁶ El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó varias enmiendas al Proyecto de reforma del Código penal de 2009, que daría lugar a la reforma de 2010, en delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social. Se oponía a la elevación de la pena de prisión de uno a cuatro años a uno a seis en los arts. 305, 306, 307, 308 y 309 (enms. 359 a 364). La justificación se sustentaba, entre otras razones, en que la “prescripción pasaría a ser de diez años. Se estima totalmente incongruente el que en el ámbito administrativo la prescripción haya bajado de los tradicionales cinco años a cuatro y que en el ámbito penal se eleve al doble el plazo de prescripción”. En el mismo sentido presentó enmiendas el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió, enms. 180 a 183).

tos agravados, es prisión es de dos a seis años³⁷, con lo que la prescripción del delito será a los diez; la misma pena se establece para los delitos contra la Seguridad Social, en supuestos agravados³⁸. Se elevan las penas de prisión en los delitos contra los derechos de los trabajadores³⁹.

También se derogan los artículos 627 y 628, donde se tipificaban como faltas las defraudaciones a la Hacienda de la Comunidad Europea (Unión Europea) y a sus presupuestos generales⁴⁰. La defraudación debía superar en ambos casos los 4.000 euros, siendo la pena multa de uno a dos meses. Estos supuestos se incorporan como delitos en el artículo 305.3 y 306, respectivamente, cuando la cuantía defraudada exceda de 4.000 euros, pero no supere los 50.000. La pena en ambos casos se eleva ahora a prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triple de la cuantía.

No obstante, también hay algún caso en el que se considera que la pena privativa de libertad resulta excesiva y se rebaja. Sucede esto, por ejemplo, en determinados supuestos de tráfico ilegal de personas⁴¹.

Endurecimiento de las medidas de seguridad

Se incorpora la *custodia de seguridad*, que obligatoriamente han de imponer jueces o tribunales, además de la pena que corresponda, a los autores de delitos contra la vida, integridad física, libertad, libertad o indemnidad sexual, terrorismo, etc.⁴² Se trata de una medida de privación de libertad que se llevará a cabo en un establecimiento especial, o incluso en uno de cumplimiento de penas, con duración de diez años, y una posterior medida de libertad vigilada que puede durar hasta cinco años⁴³. Esto puede afectar a la punitividad, pues aunque se trate de medidas

³⁷ En la reforma del Código penal por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, se mantiene la pena de prisión de uno a cinco años para el tipo básico (art.305.1). Se añade el art. 305 bis donde se castiga “con la pena de prisión de dos a seis años [...] cuando la defraudación se cometiera concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros. b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal...”

³⁸ La pena de prisión de uno a cinco años se mantiene en el tipo básico (art. 307.1). Recoge el nuevo art. 307 bis, que se incorpora: “1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años [...] cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros. b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal”.

³⁹ La pena privativa de libertad establecida en el párrafo primero del art. 311 del Código penal era “prisión de seis meses a tres años”, en la reforma de 2012 pasa a ser de “seis meses a seis años”. No se había presentado ninguna enmienda al Proyecto de 2009.

⁴⁰ *Vid. infra* nota 58.

⁴¹ En el art. 318 bis 1, donde se establece la pena de cuatro a ocho años de prisión, en el Anteproyecto es de seis meses a dos años para algunos supuestos.

⁴² La custodia de seguridad se regula en el art. 101 del Código penal, que se modifica. En apoyo de la misma se recoge en la exposición de motivos: “Se trata de una medida utilizada en gran parte de los países de nuestro entorno (Alemania, Austria, Suiza, Italia, Francia, Dinamarca, Liechtenstein, San Marino, Eslovaquia o Reino Unido)”.

⁴³ Dispone el art. 101.6 del Anteproyecto: “La custodia de seguridad tendrá una duración de diez años. Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años”.

de seguridad, en algunos supuestos cabe la posibilidad de que puedan ir más allá de la peligrosidad, con lo que se conculcaría el principio de culpabilidad. La situación que se crea por esta duración y cumplimiento, muestra inseguridad jurídica y sería necesario modificar la legislación penitenciaria.

La libertad vigilada

Se incorpora esta medida en la reforma del Código de junio 2010. En principio es el sometimiento del condenado al control judicial a través del cumplimiento de alguna o algunas medidas. Para determinados supuestos su cumplimiento es posterior al de la pena privativa de libertad⁴⁴, y su efecto, difícil de verificar en la práctica⁴⁵. Para algún autor supone reconocer el fracaso resocializador de las penas privativas de libertad⁴⁶. A pesar de que no disponemos de una estructura aceptable para el control de las medidas de seguridad, y que en la actualidad la libertad vigilada obligatoria se limita a dos delitos - contra la libertad sexual y terrorismo⁴⁷-, se amplía notablemente, pues se modifican 11 artículos⁴⁸ y se añaden otros 13. La fórmula: “Se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”, se incorpora en el homicidio y asesinato; malos tratos de obra en el ámbito familiar; detenciones ilegales y secuestros; trata de seres humanos; hurtos; robos; extorsión; robo y hurto de uso de vehículos de motor; receptación y blanqueo de capitales; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros estafas⁴⁹; delitos contra la seguridad vial; terrorismo⁵⁰. Es decir, se puede aplicar esta medida a la mayoría de los delincuentes⁵¹, lo que parece poco meditado si tenemos en cuenta, como se ha

⁴⁴ Dispone el art. 106. 2 del Código penal: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”. Se contempla esta medida, que oscila entre uno a cinco años o de cinco a diez, para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.1) y de terrorismo (art. 579.3).

⁴⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada”, en *La Ley*, núm. 7386, de 22 abril 2010, pág. 8 escribe: “Repárese, por último, en el escaso control a que hoy están sometidos aquellos penados que por una u otra razón legal abandonan de forma más o menos prolongada el establecimiento penitenciario antes de la extinción total de su pena”.

⁴⁶ NISTAL BURÓN, J., “La ‘libertad vigilada’. La dificultad de su aplicación práctica”, en *La ley*, núm. 7368 de 24 de marzo 2010, pág. 4 escribe: “La implantación de esta nueva medida de ‘libertad vigilada’ supone reconocer que el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad ha fracasado durante el cumplimiento de la misma para algún tipo de internos [...] en la práctica la ejecución de esta medida en su nueva modalidad postpenitenciaria tendrá como única finalidad un objetivo meramente asegurativo, en vez de la orientación rehabilitadora que la naturaleza de esta medida demanda, porque es difícil pensar que lo que no se consiguió con la pena se vaya a conseguir con la medida de ‘libertad vigilada’”.

⁴⁷ *Vid. infra* nota 54.

⁴⁸ Los artículos del Código penal que se modifican y que afectan a la libertad vigilada son: 103.1,c), 104, 105, 106, 107, 153, 177 bis, 192, 243, 244, 318 bis.

⁴⁹ Dice el Anteproyecto: “El artículo 251 bis pasa a numerarse como artículo 251 ter y se introduce un nuevo artículo 252 bis con la siguiente redacción: A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”.

⁵⁰ Además del supuesto previsto en el art. 579.3, se incorpora el art. 580 bis.

⁵¹ Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, págs. 162 y ss., en el año 2011 se incoaron 5.290.617 procedimientos penales, de los que 2.076.847 fueron contra el patrimonio y el orden socio-económico. La mayor representación estuvo en los hurtos, con 816.334.

dicho, que prácticamente carecemos de una mínima estructura de control⁵². Se incrementa el catálogo de medidas de libertad vigilada, que pasa de 11 a 16⁵³.

Salvo para los delitos de terrorismo, pues en el Anteproyecto se elimina la obligatoriedad de la medida en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual⁵⁴, en los demás supuestos es potestativa para el Juez o Tribunal. La fórmula que aparece en casi todos los supuestos es: “A los condenados por la comisión de uno o más delitos [...] se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”.

II. Derogación del Libro III⁵⁵

Supone un endurecimiento del sistema penal -sobre lo que se volverá después. Aunque las penas para los supuestos que pasan a tipificarse como delitos leves (atenuados), en su mayoría son multa de uno a tres meses⁵⁶, se encuentran sometidas a la posible aplicación de otros preceptos del Código penal, así como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que conllevan una mayor victimización. En la actualidad el límite máximo de la pena de multa en las faltas es de dos meses. Son muy pocas las faltas que se derogan, pues en realidad la mayoría pasan al Libro II.

En el Anteproyecto, de los 23 artículos que en este momento configuran el Libro III, y salvo algún pequeño matiz⁵⁷, se derogan 8 (621, **627**, **628**, 633, 634, 636, 638 y 639), aunque en realidad se reducen a 4 (621, 633, 634 y 636)⁵⁸; 10 se incorporan como delitos leves al Libro II (arts. 617, 620, 623, 624, 625 629, 631, 632, 635 y 637), que se insertan en 24 artículos⁵⁹; y en 5 cabe la posibilidad en algunos supuestos de incorporarse a tipos de delito recurrir a la vía civil o administrativa

⁵² Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en *Libro homenaje al Profesor Rodríguez Ramos*, Titant lo Blanch, Valencia, 2013, págs 247 y ss.

⁵³ Las medidas que contempla el art. 106.1 son 11, que en el art. 104 bis del Anteproyecto pasan a 16.

⁵⁴ En el art. 192.1 texto vigente se establece: “A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos se les comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad”(Tít. VIII, Lib II). En el Anteproyecto: “A los condenados por la comisión la uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”.

⁵⁵ Recoge la Disposición Derogatoria Única: “1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

⁵⁶ Hay alguna excepción a la multa de uno a tres meses. Es de uno a dos meses, por ejemplo, en los supuestos de los arts. 147.3; de uno a cuatro en el art. art. 332.2.

⁵⁷ En las faltas contra el patrimonio, por ejemplo, el supuesto contemplado en el art. 623.3, sustracción o utilización indebida de un vehículo de motor o ciclomotor ajeno, sin ánimo de apropiárselo, cuyo valor no exceda de 400 euros, no pasa como delito de forma específica al art. 244. No obstante, tras la reforma de su apartado 1, tales conductas quedarían comprendidas en el mismo.

⁵⁸ Los arts. 627 y 628 se derogan en la LO 7/2012. En cuanto a las faltas de los arts. 638 y 639 quedarían sin contenido, al desaparecer el resto, por tratarse de disposiciones comunes.

⁵⁹ Las faltas comprendidas en los 10 artículos que se derogan se incorporan como delitos leves en los siguientes artículos del Libro II: 147.3, 171.7, 172.3, 172 ter, 173,2, 203.2, 234.2, 236, 244.1, 246.2, 247.2, 249.2, 253.2, 254.2, 255.2, 256.2, 263.1, 270.1, 274.2, 332.2, 337.4, 385 quáter, 386 párrafo tercero, 389, 402 bis.

(arts. 618, 619, 622, 626 y 630)⁶⁰. Ninguna de las faltas que pasan a ser delitos leves se castigan con pena privativa de libertad. Se incrementa la pena de multa en todos los supuestos, que suele ser de uno a tres meses.

Los artículos 627 y 628 se derogan en la reforma del Código penal de 27 de diciembre de 2012. Pasan como delitos a los artículos 305.3 y 306, con penas de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de citada cuantía.

Dentro de los delitos contra las personas se suprimen las faltas de lesiones⁶¹, en cambio se eleva la pena para los malos tratos de obra sin causar lesión⁶², así como en las amenazas y coacciones⁶³.

El límite entre el delito y falta contra el patrimonio, en la actualidad de 400 euros, se eleva a 1000 en los delitos en los que se incorporan como figura atenuada (delitos leves). La fórmula que se suele utilizar es la siguiente: “Si el hecho [...] resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de [...]. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes [...] fuera superior a 1000 euros”⁶⁴. El incremento de la cuantía supone un beneficio para los supuestos comprendidos entre 401 y 1000 euros, que ahora son constitutivos de delito. De todos los supuestos tipificados en el art. 623 del Código⁶⁵ se

⁶⁰ En el apartado XXVIII de la exposición de motivos se recoge: “Se suprimen las faltas de abandono previstas en los artículos 618. 1 y 619 del Código penal. Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a un incapaz pueden subsumirse en el delito de omisión del deber de socorro . Y lo mismo sucede con la conducta del artículo 619 ”. “ También se derogan los arts. 618.2 y 622 del Código penal sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificados como delito en los artículos 226 y siguientes”. “ Desaparece la infracción consistente en el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles del artículo 626 que puede reconducirse a la figura de los daños cuando revista cierta entidad o acudir a un resarcimiento civil ”. “ En cuanto a las faltas contra los intereses generales, “se deroga el actual artículo 632.1 para incluirlo como delito leve en el apartado 2 del artículo 332 cuando no cause un grave perjuicio para el medio ambiente”. “ No se aprecian razones suficientes para justificar el mantenimiento de la infracción penal del artículo 630, pudiendo acudirse a la sanción administrativa, o a otros delitos si finalmente causan daños ”.

⁶¹ Recoge la exposición de motivos del Anteproyecto en su apartado XXVIII : “Desaparecen las faltas de lesiones, y con ello el problema de distinción delito-falta por la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. Las lesiones de menor gravedad, en atención al medio empleado y el resultado producido, se van a sancionar en el subtipo atenuado del artículo 147.2, aumentando el margen de apreciación para la imposición de la pena de tal forma que sea el Juez o Tribunal el que fije y gradúe la pena en función de de la concreta gravedad” (este apartado 2 del art. 147 no se modifica). Se tipifican como delito leve el que golpear o maltratare de obra a otro si causarle lesión, esto es, la falta del actual artículo 617.2 [...]. En cuanto al homicidio y lesiones imprudentes se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la jurisdicción civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículos 142 y 152 del Código penal) ”.

⁶² La falta se castiga con pena de localización permanente (art. 617.2), en el delito con multa de uno a dos meses (art. 147.3).

⁶³ La falta de amenazas y coacciones se castigan como falta con pena de multa de 10 a 20 días (art. 620. 1º y 2º). Como delito con multa de uno a tres meses (arts. 171.7 y 172.3).

⁶⁴ En algunos supuestos se utiliza otra fórmula: “ Cuando no se cause un grave perjuicio” (art. 332.2, la misma que en la falta del 632.1); “resulte de escasa gravedad” (arts. 386 y 389).

⁶⁵ En el art. 623 del Código se contemplan como faltas contra el patrimonio, cuando la cuantía no supere los 400 euros: hurto; sustracción de cosa propia; sustracción de vehículo de motor o ciclomotor; estafa, apropiación indebida; defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación; los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274. 2.

incorporan como delito el hurto, estafa, apropiación indebida, defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, etc⁶⁶. La pena en el Anteproyecto es multa de uno a tres meses para todos los supuestos. La pena base establecida en el artículo 623 del Código para las faltas contra el patrimonio es “localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses”. En el Anteproyecto se eliminan como penas leves la localización permanente y los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 33.4, g) y h).

También se eleva la pena en otras faltas contra el patrimonio al incorporarlas como delitos. Sucede esto en la alteración de términos o lindes⁶⁷, uso sin consentimiento del titular de cualquier equipo terminal de comunicación⁶⁸, distraer agua de uso público o privativo⁶⁹, daños⁷⁰.

En los supuestos de faltas contra el patrimonio que pasan a tipificarse como delitos la pena es multa de uno a tres meses.

Dentro de las faltas contra los intereses generales expender billetes o sellos de correos recibidos de buena fe conociendo su falsedad⁷¹; maltrato cruel a los animales domésticos⁷².

En las faltas contra el orden público se derogan los supuestos previstos en los artículos 633, 634 y 636. Pasan a delito el allanamiento de domicilio social, despachos profesionales y establecimientos abiertos al público⁷³; también el uso indebido de uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales⁷⁴. En ambos supuestos se eleva la pena⁷⁵.

⁶⁶ Hurto (art. 234.2); sustracción de cosa propia (art. 236.2); distracción de aguas (art. 247.2); estafa (art. 249); apropiación indebida (art. 252, ahora 253 .2); defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua [...] (art. 255.2). No se incorpora de forma expresa el hurto de uso de vehículo de motor o ciclomotor (art. 623.3), que en el Anteproyecto hay que incluirlo en el art. 244.1, que se modifica.

⁶⁷ En el art. 624.1 se castiga como falta con multa de 10 a 30 días. Como delito, en el Anteproyecto, a multa de uno a tres meses (art. 246.2).

⁶⁸ En el art. 623.4 se castiga como falta con multa de 10 a 30 días. Como delito a multa de uno a tres meses (art. 256.2).

⁶⁹ En el art. 624.2 se castiga como falta a la pena de multa de 10 días a dos meses. Como delito multa de uno a tres meses (art. 247.2).

⁷⁰ Los daños como falta se castigan con localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días. Como delito con multa de uno a tres meses (art. 263.1).

⁷¹ Se castiga en el art. 629 con pena de localización permanente de dos a ocho días o multa de 20 a 60 días. En el Anteproyecto (arts. 386 y 389) no se hace referencia a los 1.000 euros. Se utiliza la fórmula: “ resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.

⁷² Como falta se castiga en el art. 632.2 con pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 20 30 días o multa de 20 a 60 días. Como delito a pena de multa de uno a seis meses (art. 337.4).

⁷³ Estos supuestos del actual art. 635 pasan al 203. 2 del Anteproyecto como delito.

⁷⁴ Estos supuestos, contemplados en inciso primero del art. 637, pasan a ser delito en el art. 402 bis del Anteproyecto. En el inciso segundo se recoge: “o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea”, se contempla en el art. 403.2,a).

⁷⁵ La pena de multa ahora es de localización permanente de dos a 10 días o multa de uno a dos meses en el art. 635, y de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días multa de uno a tres meses en ambos supuestos.

III. Consecuencias penales y procesales que se derivan de la derogación de las faltas

Tanto en el terreno penal como en procesal surgen diversas cuestiones que afectan de forma negativa a quien es juzgado por un delito por los mismos hechos que ahora son constitutivos de falta. Son muchas las situaciones por lo que, a título de ejemplo, solamente se recogen algunas.

Derecho penal

1. *Punibilidad.* Solamente se castigan las faltas consumadas, a excepción de las intentadas contra las personas y el patrimonio. En el Anteproyecto, las que pasan a delito, se castiga la tentativa⁷⁶

2. *Reincidencia.* Ahora no juega en las faltas. Sí en los supuestos que se incorporan como delitos leves al Libro II, aunque su estimación queda al arbitrio judicial⁷⁷.

3. *Prescripción.* Las faltas prescriben ahora a los seis meses⁷⁸. En el Anteproyecto, al pasar a delitos, la prescripción es al año⁷⁹.

4. *Cancelación de antecedentes penales.* Según el Código vigente la cancelación⁸⁰ tiene lugar cuando han transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: “seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes”. Hoy es pena leve la multa es de diez días a dos meses, y menos grave la multa de más de dos meses; en el Anteproyecto es leve la multa inferior a dos meses, no se modifica la menos grave. Ya hemos visto que la pena de las faltas que pasan a delito en casi todos los supuestos es multa de uno a tres meses.

5. *Aplicación de las penas.* El arbitrio que tienen los Jueces y Tribunales para resolver sobre las faltas, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72, no la tienen al dictar sentencia en procedimientos por delito⁸¹.

Derecho Procesal

1. *Procedimiento.* Hoy si las faltas se transformaran en delito, aunque sean leves,

⁷⁶ En el Anteproyecto se deroga el apartado 2 del art. 15 del Código penal, que recoge: “Las faltas sólo se castigan cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio”.

⁷⁷ En Anteproyecto definitivo, tras recoger el nuevo texto que se da al art. 66., al final figura: “2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

⁷⁸ Según al art. 131.2 del Código penal: “Las faltas prescriben a los seis meses”.

⁷⁹ Dispone el art. 131.1 en su párrafo último: “los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año”. Establece el Anteproyecto en el inciso final de su art. 13.4: “Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve, y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.

⁸⁰ Art. 136.2º del Código penal. Los mismos plazos se establecen en el Anteproyecto, aunque se prorroga a 5 años para las penas menos graves iguales o superiores a 3 años y a 10 para las penas graves

⁸¹ Art. 638 del Código penal. Normalmente este arbitrio se utiliza en beneficio del autor, aunque a veces les resulte desfavorable.

su tramitación procesal sería normalmente por el “procedimiento abreviado”⁸² o por juicio rápido⁸³, aunque puede haber alguna excepción en procedimientos especiales. Se trata de una tramitación mucho más compleja, y de mayor duración, que el actual sistema que rige para las faltas⁸⁴.

2. *Competencia.* Para intentar salvar temporalmente la competencia que lleva consigo un cambio de procedimiento, y que el Anteproyecto no lo resuelve de forma definitiva, en el párrafo primero de la Disposición transitoria cuarta, recoge: “Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley y tipificados en los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 234.2, 249, 263, 274.2 párrafo 2º, y 270.1 párrafo 2º, tendrán la consideración de faltas penales a efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Hoy las faltas son juzgadas por los Jueces de Instrucción⁸⁵, también en algunos supuestos tienen competencia los Jueces de Paz⁸⁶.

Son muchos los intentos que se han realizado para una reforma en profundidad de esta Ley o elaborar una nueva. Han pasado décadas y no llega. Hay un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2011, que se sigue retocando. Aquí se sigue contemplando el enjuiciamiento de las faltas, así como las competencias de los Juzgados de Paz⁸⁷. Hay que tener en cuenta que este Anteproyecto es anterior al penal y de otro gobierno de distinta ideología.

No se incluyen otras faltas que se incorporan al libro segundo del Código, como sucede con los arts 236, 246. 2, 247, 252, 253.2, 255.2, 337.4, 386, 389, 556.2, con lo que el procedimiento a seguir será el de los delitos⁸⁸.

3. *Necesidad de abogado y procurador.* En el procedimiento sobre las faltas no

⁸² El procedimiento abreviado se regula en el Tit. II del Lib. IV de la LECrim. arts. 757 y ss.

⁸³ El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, se contempla en el Tit. II del Lib. IV de la LECrim., arts.795 y ss.

⁸⁴ El procedimiento para el juicio sobre faltas se regula en el libro VI de la LECrim., arts. 962 y ss.

⁸⁵ Art. 14.1º de la LECrim.

⁸⁶ Dispone el art. 14.1º de la LECrim.: “ Conocerá de los juicios de faltas tipificados en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal el Juez de Paz del lugar en que se hubieren cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1º y 2º del Código Penal excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código”. Según *La Justicia Dato a Dato 2010* (Consejo General del Poder Judicial), pág. 75, los Juzgados de paz resolvieron el año 2010, 25.202 casos penales en juicio de faltas, y en 2011, 26.119 (datos de *La justicia.. 2011*, pág 75).

⁸⁷ En el art. 10 del Anteproyecto se ocupa de la competencia para el conocimiento de delitos y faltas. Los Jueces de paz conocerán “de los juicios por faltas comprendidos en los Títulos III y IV del Libro III del Código penal y por las faltas del artículo 620 del mismo Código”.

⁸⁸ En el último párrafo de la exposición de motivos se recoge: “Se ha incluido una disposición transitoria para adecuar la regulación procesal actual en tanto no se reforme la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal. Con ello, los delitos leves que sustituyen a las faltas penales de más frecuente comisión, seguirán sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley [...], manteniendo los Juzgados de instrucción la competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos”.

es necesario, aunque se puede estar asistido por letrado. En los procedimientos por delito se exige la asistencia de letrado. En el procedimiento abreviado, si el acusado no designa procurador desde un principio necesariamente tendrá que hacerlo cuando el juez decreta la apertura del juicio oral⁸⁹. Estos nombramientos conllevan unos gastos, salvo que se designe de oficio.

4. Imputación. Trauma que produce la tramitación del procedimiento por delito a veces con graves consecuencias psicológicas. Sobre esta cuestión, la pena de banquillo, de telediario y otros medios de comunicación, se ha publicado mucho⁹⁰. En las faltas no existe la condición de imputado, el traumático suele ser muy bajo o incluso nulo.

5. Volumen de trabajo para jueces de lo penal. Retraso en la Administración de Justicia. Hoy un juez de instrucción puede ver hasta quince o más juicios de faltas en una mañana. Se reduciría a menos de una tercera parte en los juzgados de lo penal, lo que supondría un importante retraso que se reflejará a nivel nacional. La tramitación procesal por delito es más compleja y lenta que en las faltas. Por tanto, se incrementará el trabajo de jueces, fiscales y demás personal de la Administración de Justicia⁹¹, aunque disminuya el número de procedimientos penales.

6. Litigiosidad. En la exposición de motivos del primer texto, que no recoge en el definitivo de octubre de 2012, en el párrafo segundo de su apartado XV dice que se despenalizan “ciertos comportamientos tipificados como faltas penales como medida adecuada para reducir los elevados niveles de litigiosidad, los cuales son especialmente acusados en el orden jurisdiccional penal [...] los Juzgados de Instrucción que conocen del enjuiciamiento de las mayorías de las faltas (3.448.548 asuntos de los 6.639.356 ingresados en el orden penal”)). Utiliza datos de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial⁹². Sin embargo, se limita a recoger cifras

⁸⁹ Art. 784.1 de la LECrim.

⁹⁰ Vid. SERRANO GÓMEZ, “La condición de imputado en el proceso penal”, en *La Ley*, 20 de julio 1999, págs. 1 y ss.

⁹¹ El número de procedimientos judiciales penales en España por delitos y faltas, según las Memorias de la Fiscalía General del Estado, entre 2002 y 2011, pasan de 4.064.618 a 5.290.617. Las plantillas de personal, que ya eran deficientes, debieron incrementarse en la misma proporción, lo que no ha sucedido. El número de jueces o magistrados en España por 100.000 habitantes era de 9,21 en 1999 y del 10,69 en 2010. En 2.004 las plazas constituidas eran 4.146 y de 4.984 en 2010 (además estaban los sustitutos que suponían un 20% más). En 2010 los fiscales eran 2.407 más 509 sustitutos (Memoria de la Fiscalía General del Estado 2.011, págs. 69 y 96).

⁹² En *La Justicia Dato a Dato de 2010 (Consejo General del Poder Judicial)*, Madrid 2011, en pág. 36 se recoge el resumen de la Jurisdicción Penal con 6.639.356 asuntos ingresados. No se distingue entre delitos y faltas. En pág. 64 se indica el número de juicios de faltas resueltos: 984.904; resueltos como rápidos 113.647 (11, 5%). En 2011 (*La justicia...2011*), los resultados fueron: Jurisdicción penal 6.542.545, delitos y faltas (pág.33). Faltas resueltas: 1.007.533 (pág. 63), resueltos como rápidos 115.553 (15%). En los datos relativos a la jurisdicción penal la Memoria del Consejo General del Poder judicial recoge más datos que las Memorias de la Fiscalía General del Estado. La del Consejo en los datos correspondientes a 2011 (pág. 35) recoge asuntos ingresados en los Juzgados de Instrucción, 3.494.296: 1ª instancia e Instrucción, 2.193.405 (total entre ambos, 5.687.701); Violencia contra la Mujer, 191.194; Vigilancia Penitenciaria, 266.759, Juzgados de lo Penal, 181.841; Audiencias Provinciales, secciones penales, 138.019, secciones mixtas, 28463; Juzgados de Menores, 31.408...

generales sin hacer más valoraciones. Sin entrar en la dudosa fiabilidad de las estadísticas españolas sobre la Administración de Justicia en sus diferentes esferas⁹³, así como las policiales⁹⁴, se indica que según la Memoria de la Fiscalía General del Estado el total de procedimientos incoados por los juzgados de instrucción en 2010 fueron 4.474.042, que con las faltas se eleva a 5.219.196; en 2011, fue de 4.477.380 por delito y y 812.086 por faltas, en total 5.290.617⁹⁵. El Ministerio del Interior los presuntos delitos y faltas conocidos en el año 2010 fueron 2.297.484⁹⁶.

En cuanto a disminuir la litigiosidad en el procedimiento penal, va a tener poco efecto, si lo tiene, pues las faltas que pasan a delito son las de mayor representación numérica. Posiblemente disminuya ligeramente el volumen de asuntos penales, pero la justicia será más lenta. Resulta difícil encontrar datos estadísticos detallados sobre el número de faltas incoadas, juicios celebrados y condenas⁹⁷. No obstante, en los que ofrece el Instituto Nacional de Estadística, solo las faltas de hurto y de lesiones representaban el 32,30% del total de infracciones penales registradas en 2009⁹⁸, porcentaje similar al de las estadísticas policiales⁹⁹. Hay otras faltas que pasan a delito como las estafas y otras defraudaciones, daños, amenazas y coacciones, que también dan un elevado número de procedimientos. Por el contrario, desaparecen faltas que apenas tienen representación, como sucede con algunas contra el orden público que no suelen perseguirse, pues la mayoría tienen lugar en

⁹³ Recoge la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2003, en su págs. 65 y s. recoge: “ Al igual que en años anteriores casi todos los Fiscalías andaluzas, a la hora de llevar a cabo la evolución cuantitativa de la delincuencia, ponen de manifiesto las dificultades de elaboración de unos datos fiables [...] La disparidad de criterios advertida en los registros de asuntos judiciales, la utilización de las diligencias previas como un auténtico *cajón de sastre* [...] *empobrecen* la estadística ”.

⁹⁴ AEBI, F. y LINDE, A., “ El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas ”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16 agosto 2010, en pág. 1 escriben: “ Se analizan en detalle las estadísticas publicadas por el Ministerio del Interior y las fuerzas policiales autonómicas, llegándose a la conclusión de que todas éstas suelen ser incompletas, demasiado generales y presentan serios problemas de fiabilidad ”. *Vid.* trabajo cit. en *infra* nota 97.

⁹⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2011, págs. 218 y 249. Las faltas incoadas directamente por la fiscalía fueron 745.154. Hay que tener en cuenta que la Fiscalía no interviene en la tramitación de muchas faltas. Tampoco asiste a muchos de los juicios; en 2010 asistió a 260.058, pág. 245 de la Memoria; en 2011 a 303.022 (Memoria de 2012, pág.157). *Vid.* art. 969 de la LECrim. Datos generales en Memoria de 2012, págs. 146 y ss.

⁹⁶ Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2011, pág. 184. Los datos son a nivel nacional. No hace una clasificación detallada, por lo que no se puede hacer una evaluación por delitos, ni entre delitos y faltas. Son estadísticas muy incompletas. *Vid.* SERRANO GÓMEZ, “Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre la criminalidad en España”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, 2011.

⁹⁷ Recoge la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2003 en su pág. 42: “ En cuanto a los juicios de faltas, subsisten las dificultades que se vienen comentando en la últimas Memorias respecto a la obtención y contabilización de datos fiables acerca de los juicios de faltas”.

⁹⁸ INE. Estadísticas Judiciales de España 2011. Ofrece datos de 2002 a 2009, pág. 201. Con respecto a 2009 las infracciones penales registradas fueron 1.777.465; faltas de lesiones 79.057 y de hurto 495.146 (total 574.203), que representan el 32,30% del total de infracciones.

¹⁰⁰ Según las estadísticas del Ministerio del Interior de 2011, pág. 184, en 2010 las infracciones penales registradas fueron 2.297.484, de las eran faltas de lesiones 94.781 y de hurto 641.070 (735.851 en total), que representaban 32% de las infracciones penales.

huelgas y manifestaciones de contenido político donde los gobiernos prefieren pasar de puntillas. Como se apuntó, son pocas las faltas que se derogan.

Estadística criminal

Al pasar muchas de las faltas a delito las estadísticas reflejarán un mayor índice de criminalidad por este tipo de infracciones, lo que tendrá efectos negativos a nivel nacional e internacional al considerarse nuestro país más inseguro por el incrementarse del número de delitos. Dentro de las infracciones penales desconocidas en las estadísticas es frecuente que no se denuncien muchas faltas, por ser el perjuicio pequeño, molestias en los trámites; posiblemente no se recuperará nada si se trata de hurtos, estafas, etc. La situación seguirá siendo similar para las faltas que se conviertan en delito.

IV. Consideración final

El sistema procesal penal está restando importancia a la teoría jurídica del delito. Sucede esto en el “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”¹⁰⁰ y sentencia de conformidad¹⁰¹. La situación se da en otros supuestos, como sucede en el procedimiento abreviado¹⁰². La justicia negociada no es algo nuevo, pues hace tiempo que se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se tiende a consolidar la conformidad para agilizar el proceso penal¹⁰³. Los penalistas tienen que irrumpir en todos los intentos de modificar el Código penal y no esperar a que se aprueben las reformas para comentarlas. En el momento que se publique el Proyecto, o incluso ahora al Anteproyecto, deben hacer al legislador la observaciones que consideren oportunas para mejorar el texto.

¹⁰⁰ Se regula este procedimiento en el Tit. III, Lib.IV de la LECrim., arts. 795 y ss. Sobre sentencia de conformidad Vid. art. 801.4 de la LECrim. Según los datos que ofrece el Consejo General del Poder Judicial en *La Justicia Dato a Dato 2010*, pág. 64, en los juicios rápidos, diligencias urgentes en 2010 se instruyeron 227.129 y hubo conformidad en 104.574 (46%). Se pretende ampliar este sistema para agilizar la justicia en España.

¹⁰¹ Vid.,J.L., GÓMEZ COLOMER,J.L., “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, en *Revue Internationale de Droit Penal*,núm. 83, 2012, págs. 17 y ss. En este número de la Revista se publican diversos estudios sobre la justicia negociada en otros países .

¹⁰² Sobre sentencias de conformidad Vid. arts. 655, 779, 784, 787, 795, 800, y 801 de la LECrim.

¹⁰³ Con fecha 1 de abril de 2009 se firmó un Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española que “tiene por finalidad actualizar los medios de solución consensuada del proceso penal para que se orienten prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia”.