



Fiscalía General del Estado



Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Diálogos del Observatorio de la Justicia del ICAM.

LÍNEAS MAESTRAS DE LA REFORMA PENAL.

Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado, presentado por el Excmo. Sr. D. Antonio Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Salón de Actos. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
c/ Serrano, nº 9 -1ª planta.-



INTERVENCIÓN DEL EXCMO. SR. FISCAL GENERAL DEL ESTADO EN LA JORNADA ORGANIZADA POR DIÁLOGOS DEL OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA DEL ICAM, CON OCASIÓN DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, L.O. 5/2010, CON LA PONENCIA “LÍNEAS MAESTRAS DE LA REFORMA PENAL”

*Salón de Actos. ICAM.
Madrid, 22 de diciembre de 2010.-*

Debo comenzar diciendo que me resulta especialmente grato este encuentro. Como ya he explicado muchas veces, a diferencia de lo que ocurre en otros países, sobre todo del ámbito anglosajón, en los que la organización del mundo del Derecho se basa en un alto grado de permeabilidad entre las diferentes profesiones jurídicas, la tradición española responde a un modelo mucho más rígido de organización funcional de las carreras judicial y fiscal. Ese hecho tiene sin duda ventajas en el aspecto de la especialización, la experiencia y la garantía de imparcialidad, al reducir notablemente el riesgo de colisión o incompatibilidad de intereses. Sin embargo, también plantea problemas, en especial cierta endogamia conducente al aislamiento, que a mi juicio produce un efecto empobrecedor.

Por eso en la Fiscalía General del Estado procuramos, sobre todo en el plano de la formación, pero también en otros terrenos, mantener abierto un espacio de encuentro con quienes contribuyen, desde cualquiera de las posiciones de la sala de vistas -por emplear una imagen gráfica- a la realización del valor de la Justicia. Esta visión permeable e integradora de nuestra condición compartida de juristas, permite sobre todo aclarar dudas y resolver desencuentros sobre sencilla la base del estudio y de la militancia activa en la idea del Derecho como método de solución pacífica de conflictos.



Incluso, o especialmente, en la frontera misma de las vacaciones navideñas, deduzco que como consecuencia de la cuestionable decisión del Legislador de hacer coincidir un hecho tan importante como la entrada en vigor de la reforma del Código Penal con el día de Nochebuena.

Dicho esto, añadiré que situado ante el desafío de compartir con ustedes algunas ideas en torno a esa cambio normativo, temo defraudar algunas expectativas, en la medida en que ni el tiempo que podría dedicarle a la cuestión haría posible un examen mínimamente riguroso de la materia, ni, dada la responsabilidad que me corresponde en el Ministerio Fiscal, puedo prescindir de una elemental cautela frente al riesgo de que los juicios personales puedan confundirse con criterios de la institución. En ese sentido, debo destacar que la Fiscalía General del Estado no es ajena a algunos contenidos de la ley, porque al margen de nuestra disposición a colaborar en todo aquello que conduzca a la mejora del ordenamiento jurídico, en el plano estrictamente institucional nos compete la importante tarea de informar, a través del Consejo Fiscal, los anteproyectos de ley. Puedo decir con orgullo que buena parte de las sugerencias contenidas en el informe emitido respecto de la reforma que hoy se consuma, como puede fácilmente comprobarse en nuestra página web www.fiscal.es, fueron atendidas en el texto enviado por el Gobierno las Cortes y aprobado como Ley Orgánica. Este esfuerzo también forma parte de un compromiso para ubicar al Ministerio Fiscal en el lugar y en la función institucional que la Constitución le asigna, en el eje mismo del Estado de Derecho.

A partir de esa posición de ventaja facilitada por los antecedentes y el contexto, me permitiré por tanto apuntar tan solo, con la superficialidad que requiere el uso razonable del tiempo, algunas cuestiones que me parecen merecedoras de reflexión.

Para empezar la reforma aborda, entiendo que como auténtico eje estructural, una serie de consecuencias de nuestro compromiso global y creciente con el proyecto de construcción europea. Se incorporan a nuestro ordenamiento penal, en la línea que apertura a la realidad global que he apuntado, una decena de instrumentos de armonización -básicamente, *Decisiones-Marco*- que afectan a las más diversas materias: decomiso de los productos bienes y efectos relacionados con el delito, explotación y pornografía infantil, delincuencia informática, tutela de la



propiedad intelectual e industria, información privilegiada y manipulación del mercado, corrupción del sector privado, protección del medio ambiente, tráfico de drogas, terrorismo o cohecho.

Los que tenemos más años sabemos que hace un par de décadas cualquiera que dijera que las instituciones europeas acabarían legislando en materia penal podía ser tomado por visionario o por loco. Hoy, en cambio, desde el Ministerio Fiscal español nos esforzamos en colocar la idea de la Fiscalía Europea, que como saben se contempla en el Tratado de Lisboa, en la agenda y en el horizonte no muy lejano de eso que llamamos espacio de libertad y justicia europeo.

Pues bien, esta reforma legal demuestra que no estamos haciendo un esfuerzo caprichoso o inútil. Si vivimos en una comunidad de intereses, cuya fuerza integradora ha llegado a penetrar en el núcleo de la soberanía, no podemos seguir aplazando *sine die* la acción verdaderamente europea frente a delitos que tienen, ya, dimensión europea. Esa es, en mi opinión, una de las líneas clave, de hecho *la* línea clave de la reforma del Código Penal que entra en vigor hoy; o mejor dicho, a las cero horas del día de mañana.

Sentada esa primera apreciación, podríamos decir que el segundo rasgo definidor de este cambio normativo es el de su gran longitud de onda. Alcanza no sólo a un número importante de tipos de la parte especial, sino también a una serie de categorías jurídicas básicas, e introduce algunas novedades estructurales de mucho fondo en el esquema trazado por el Legislador en 1995. Sin perjuicio, en algún caso, de recuperar algunos aspectos de la filosofía original del Código Penal de la democracia que habían quedado diluidos en reformas o aplicaciones posteriores.

La influencia jurisprudencial se deja ver en distintas manifestaciones, sea para dar solución a problemas surgidos sobre la marcha, por ejemplo como consecuencia de posiciones del Tribunal Constitucional que, afectando al ámbito de la legalidad ordinaria, habían alterado la línea aplicativa marcada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como ocurrió con el tema de la interrupción de la prescripción, o con el modo de computar el abono de la prisión provisional, que ahora lleva a modificar el artículo 58 del Código Penal.



También al hilo de la interpretación jurisprudencial, pero en este caso haciéndose eco de su función renovadora del Derecho, se hacen algunas reformas en materia de tráfico de drogas, en particular para flexibilizar el régimen de persecución penal de las conductas menos graves que redundan inequívocamente en beneficio de la proporcionalidad de la pena, en un contexto –esta última reforma no es una excepción, ni España un caso aislado- de continua y reiterada tendencia a la exacerbación punitiva.

Un segundo bloque de novedades podría venir definido por lo que podríamos identificar como respuestas al surgimiento de nuevos problemas –o a la agravación de los ya existentes- como consecuencia, precisamente, del profundo cambio social y económico experimentado por el mundo en las últimas décadas, y, por tanto, de las patologías específicas subsiguientes a esa espectacular evolución. Evolución de las relaciones económicas, pero también profunda transformación de valores y del marco de las relaciones sociales.

Por ejemplo, el progresivo aumento de la sensibilidad social en torno a la protección de valores como la libertad y la indemnidad sexual obtiene su reflejo en esta reforma a partir, como es sabido, de una proposición no de ley que aprobó el Parlamento en 2008.

Al hilo lo cual debo aclarar que en el Ministerio Fiscal no albergamos duda alguna de que determinadas conductas, reveladoras de una especial falta de asimilación de valores esenciales acerca de la dignidad, la libertad, la indemnidad y la igualdad, e incluso la integridad y la vida de las personas, exige una respuesta penal contundente. Pero esto no nos impide, pese a la impopularidad del argumento en algunos círculos, ser conscientes de que el concepto de *contundencia* debe ser entendido y aplicado con parámetros constitucionales, es decir, sin olvidar que la función esencial, aunque no única, de la pena es la reinserción social. La protección de los derechos de la víctima, que para el Fiscal es un objetivo prioritario, no mejora de manera sensiblemente efectiva por el mero hecho de esperar que la pena, exclusivamente como tal, sirva para reparar el daño, ni para restañar las heridas, ni mucho menos para devolver al perjudicado a la situación anterior al hecho traumático que ha sufrido. De poco servirá, por tanto, sacrificar la esencia constitucional de la sanción penal para no alcanzar algún objetivo que no sea, a lo sumo, el de dar satisfacción al impulso puramente vindicativo, que es exactamente



aquello que trató de evitarse hace muchos siglos, al institucionalizar la Justicia Penal.

En ese sentido, el proyecto de ley parece tratar de combinar el rigor de la respuesta (incluso de la legítima respuesta retributiva) con las soluciones específicamente dirigidas a hacer frente al fracaso de la función resocializadora de la pena. En esa dirección es como mínimo interesante la propuesta de superar la sensación de impotencia que esa constatación genera en la opinión pública y en la propia Administración de Justicia, mediante una medida de seguridad –la llamada libertad vigilada- que, basada en el pronóstico de peligrosidad no superado, permita en casos especialmente graves una forma legítima de control social. Tal vez sea perfectible, pero no es éste un terreno fácil en el que las soluciones no directamente brutales deban descartarse sin más. La reflexión que parece mediar entre la primera versión del anteproyecto y la que hoy entra en vigor parece apuntar en esa dirección: en el primer texto la libertad vigilada se concebía como una prolongación de la respuesta estrictamente retributiva, mientras que en el texto que ya es ley se configura una medida de seguridad en la que el factor terapéutico o reeducador puede ser fundamental.

Y, haciendo un pequeño paréntesis, esa reflexión acerca de una cierta reorientación del sistema punitivo puede generalizarse a la sensación de que los cambios normativos producidos sugieren, al menos en algunos puntos clave, un mayor grado confianza en la capacidad de decisión del Juez; en eso que llamamos el arbitrio judicial, a la hora de decidir sobre la eficacia misma del tratamiento penal, y por tanto sobre la individualización de la pena y sus modalidades aplicativas. Por ejemplo, la modificación del llamado “período de seguridad” que impide determinados beneficios penitenciarios hasta el cumplimiento una parte de la pena, invirtiendo el mecanismo regla-excepción, de manera que salvo en los casos más extremos se deja en manos del Tribunal la decisión de aplicar del llamado *cumplimiento íntegro*. Igual que se recupera, en cierta medida, la idea de que las penas cortas privativas de libertad deben ser sustituidas por otras formas de respuesta penal, como la localización permanente, a pesar de la algo extraña excepción que el Legislador introdujo a última hora en relación con la comisión reiterada de faltas de hurto, persistiendo en un tratamiento de este fenómeno que, a la vista de la experiencia iniciada en el año 2003, quizá hubiera requerido alguna reflexión complementaria.



Salvo en este detalle, parece adivinarse como digo cierta recuperación de la línea orientadora del texto original de 1995, quebrada después con la afirmación de que las penas sustitutivas habían fracasado sin reparar en el detalle de que seguramente la razón de ese fracaso no fue otra que la absoluta falta de inversión y de medios para aplicarlas. La insólita superpoblación carcelaria, que coloca a nuestro país en las tasas más alta de la proporción de presos por habitante de Europa y del mundo, parece haber invitado al Legislador a reconsiderar la posible precipitación de aquellas conclusiones negativas.

En otro orden de cosas, decisiones tan diferentes aparentemente como la tipificación del delito de trata de personas, el tráfico de órganos o la toma en consideración de las nuevas figuras de acoso laboral, incluido en el ámbito funcional, y lo que se denomina acoso inmobiliario, constituyen en el fondo manifestaciones de esa misma necesidad de dar respuesta a fenómenos surgidos en el lado patológico del imparable desarrollo social de nuestro tiempo.

De la misma manera que se refleja en la reforma legal, ya en la órbita de la pura y dura globalización económica, una evidente preocupación acerca de la protección de ciertos valores vinculados al funcionamiento limpio de la economía y del mercado. Preocupación compartida en el ámbito europeo, lo que explica que éste sea un campo donde abunda la implementación de normas comunitarias, y más que justificada cuando acabamos de ver, y estamos sufriendo, hasta dónde pueden llegar las consecuencias de un insuficiente sistema, no de intervención, sino de aseguramiento del correcto funcionamiento del mercado libre.

En efecto, en estos días en que, al repasar los medios de comunicación, podría parecer que los conceptos de soberanía popular, de democracia, de Estado y de gobierno han sido sustituidos por esa especie de ente sin cara ni lugar fijo de residencia que se llama “*los mercados*”, sería bueno que los juristas reflexionásemos acerca del papel del Derecho, y en particular del Derecho Penal, en el escenario del siglo XXI. La vieja idea de que el Derecho Penal no da dinero, que sirvió de triste pero inexpugnable excusa para convertirlo en el pariente pobre de la Justicia, sufre ahora un giro copernicano, pero no necesariamente positivo, si no cuidamos algunas cosas importantes.



Si me permiten explicarlo en clave anecdótica, lo haré citando a quien fuera uno de los más ilustres Decanos que ha tenido este Colegio. Un día encontré en la Sala Penal del Tribunal Supremo a Don Antonio Pedrol Rius. Extrañado de ver allí a un reputado mercantilista le pregunté: *don Antonio, ¿qué ocurre, se ha pasado usted al Penal?* Y la respuesta fue tan reveladora como premonitoria: *no, yo no, mis clientes.*

Esa es la realidad que seguramente enmarca una especie de renacimiento del Derecho Penal, ahora bajo el foco de interés de quienes, seguramente con una perspectiva más estrecha que la de Pedrol, jamás habrían pensado en dedicarle un minuto a tan improductiva actividad. Pero si he afirmado que ese giro, como todo cambio brusco, puede ser peligroso, es porque corremos el riesgo de olvidar por el camino que el Derecho Penal no es, y no debe ser, el campo de batalla de los intereses económicos, como no es ni debe ser el terreno de juego de la contienda política. Sólo con esa visión anclada a lo fundamental podremos recorrer un camino correcto: el mundo que nos rodea hace cada vez más evidente –y en buena medida de eso habla la reforma que hoy mismo entra en vigor– la necesidad de someter también a las reglas de juego del Derecho Penal todo el universo derivado del fenómeno de la globalización y del desarrollo económico. Sin embargo, una cosa es que la norma penal alcance también al mercado, y otra cosa, muy arriesgada para el Estado de Derecho, es la mercantilización del Derecho Penal.

En este punto la clave es la idea de seguridad jurídica. No se trata de introducir rigidez en las relaciones económicas, de forzar restricciones o de burocratizar las relaciones jurídicas, sino de establecer con claridad los límites y los cauces, es decir, las reglas de juego. Y de construir instrumentos de reacción eficaz cuando las reglas no se respetan. Sólo en ese contexto seguro el crecimiento económico es sólido, porque sólo en un marco de previsibilidad, en la perspectiva de que si surge un problema habrá una respuesta razonablemente esperable del Poder Público, es posible asumir determinados riesgos en la vida personal, en el terreno financiero, o en la elaboración de cualquier otra clase de proyecto humano.

No sé, insisto, si los acontecimientos recientes y presentes nos van a servir para aprender la lección, pero sí sé que algunas de las medidas que incluye esta reforma podrían apuntar, debidamente aplicadas, a esa diana. Ahí encaja, por



ejemplo, un repaso a los delitos relativos al funcionamiento del mercado, la reforma importante del cohecho tradicional, o la regulación del cohecho privado, que no sé si es un fenómeno que la doctrina y la legislación españolas hayan ponderado hasta ahora en su verdadera dimensión. O, por poner otro ejemplo, ahí, en el terreno de la solidez y la sostenibilidad del crecimiento económico, se puede enmarcar la revisión de algunos tipos penales relativos a la protección medioambiental y, cómo no, a la deriva delictiva de las infracciones urbanísticas. Y sin que quepa olvidar en este apartado la necesaria mejora en el régimen de persecución del fraude a los intereses financieros de la Unión Europea, pero también del propio Estado español, a través de alguna decisión que sin duda tendrá, o está teniendo ya, cierta repercusión polémica, como la elevación del máximo de la pena por delito fiscal y sobre todo el nuevo papel que está llamada a desempeñar la Administración Tributaria en el campo de la ejecución de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

Todo ello con el trasfondo de otra reforma de calado, sobre la que no les oculto alguna prevención no tanto por la forma y el fondo, como por algunas de sus posibles repercusiones. Me refiero a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que a partir de ciertas normas armonizadores europeas que exigen la represión de dichas personas, no exactamente penal, pero sí derivada del delito, ha invitado al legislador a romper la clásica regla *societas delinquere non potest*. La orfandad de tratamiento procesal de esa nueva figura y algunas otras carencias de nuestro sistema jurídico pueden puede generar alguna disfunción en este terreno. No voy a repetir aquí mi discurso sobre la imperiosa necesidad de una reforma integral del proceso penal, pero sí quiero subrayar que aquí, en el mar de dudas que nuestro sistema puede suscitar acerca de cómo sentar a una sociedad en el banquillo, hay un argumento más para esa reforma.

Y, en fin, el impacto del desarrollo se manifiesta en su aspecto más agudo forzando al Derecho Penal a afrontar la permanente revolución tecnológica. La sistematización de los delitos informáticos se relaciona con esa parte ya esencial de nuestra forma de vida, que, colateralmente, determina la revisión de algunas soluciones punitivas en materia de delitos contra la propiedad intelectual, o con nuevas modalidades de estafa u otros delitos contra el patrimonio.

Otro bloque de reformas se sitúa en la esfera de lo que podríamos



denominar Derecho Penal internacional y humanitario. En general para integrar en nuestro derecho textos internacionales ratificados por España, se hacen algunas modificaciones puntuales en la definición de algunos tipos, y -por mencionar quizá el aspecto más cercano a la percepción pública- se recupera para nuestro derecho penal la tipificación explícita de los delitos de piratería.

Les confesaré, aunque sea apartándome relativamente, por un segundo, del tema, que la cuestión de la tipificación del Derecho Penal internacional me parece una asignatura pendiente, no sólo del sistema español, sino en general, que deberíamos tratar de afrontar cuanto antes. El principio de tipicidad penal, o la jerarquía de fuentes, son fruto de una larga decantación histórica y del desarrollo de categorías jurídicas que buscan fortalecer las garantías de los ciudadanos. El importante, y creo que muy valioso, desarrollo del Derecho Penal internacional en la última década, en la línea de respuesta al fenómeno de la impunidad de violaciones, a veces masivas, de los Derechos Humanos, presenta como cruz de la moneda una no despreciable dosis de inseguridad jurídica a la hora de seleccionar, definir, interpretar y aplicar tanto las normas penales como las que regulan los aspectos procesales, de jurisdicción y competencia. La última reforma del artículo 23 de la L.O.P.J. apuntaba, con mayor o menor acierto, al intento de recuperar ese valor de la seguridad jurídica, y creo sinceramente que está pendiente, tal vez a nivel internacional, un esfuerzo mayor que el que esta reforma penal alcanza a realizar, para establecer el marco jurídico claro y seguro para la persecución de ese tipo de conductas.

En fin, he dejado para el último lugar lo que más nos preocupa. En la perspectiva de la defensa del Estado de Derecho frente a los riesgos más graves, me parece muy destacable, sin perjuicio de sus defectos, el esfuerzo por reordenar y reforzar el tratamiento penal de la criminalidad organizada y el terrorismo. Como es sabido, éstas son para el Ministerio Fiscal las materias absolutamente prioritarias, porque es notorio que en ese flanco nos enfrentamos directamente al intento de quebrar, mediante el uso de la violencia, las reglas de juego de la democracia, para disolver el Estado de derecho sustituyéndolo por formas mafiosas de organización basadas en la jerarquía de la fuerza o del dinero.

El rastro de sangre y dolor que ha dejado en España ETA, o el terrorismo islamista, son ejemplos de una realidad lamentablemente más amplia. En



América Latina hay organizaciones de narcotraficantes construyendo escuelas y hospitales para atraer a la población a una estructura social supeditada exclusivamente a sus intereses económicos. Existen Estados cuya principal fuente de financiación es el blanqueo del producto de los delitos cometidos en otros Estados. En otros Estados como España. Es decir, que viven del dinero con el que nosotros deberíamos estar pagando mejores infraestructuras, mejor formación para nuestros hijos o, sin ir más lejos, una mejor y más moderna Administración de Justicia.

Esas formas de delincuencia arrastran el peligro añadido, por reacción, de una hipertrofia del concepto de seguridad pública, de la deriva hacia el Derecho Penal del enemigo, con el consiguiente recorte de los derechos y libertades que constituyen la gran conquista de la democracia liberal.

Desde esa perspectiva de análisis, la reforma del Código Penal merece alguna observación.

En primer lugar, la propia reordenación de la materia me parece una deuda que tenía el Derecho Penal español con la democracia. Ubicar sistemáticamente el terrorismo junto a las organizaciones criminales, aunque sólo tuviera un valor simbólico, serviría por lo menos para evitar que las bandas terroristas sigan conceptuadas como asociaciones ilícitas, es decir, como una forma desviada de ejercicio de un derecho fundamental. Es evidente que una banda terrorista no es eso. Pero no sólo se trata de una cuestión simbólica, puesto que la sistemática que hoy se reforma nos había dado problemas, como explica la exposición de motivos, al solicitar la cooperación judicial de otros países, que tenían dificultades para entender que en España pertenecer a una organización terrorista no fuera propiamente un delito de terrorismo. Se recogen o se matizan, además, en esta ley, como resultado de la comprobación de ciertas lagunas del sistema, algunas normas que permiten cerrar aún más el cerco al terrorismo, especialmente en el terreno clave de la financiación o de la actividad de reclutamiento, incluso a través de la red, que tiene especial incidencia en relación con el activismo yihadista.

El legislador ha atendido también una de las más reiteradas demandas



de la doctrina y de los prácticos del derecho, al definir y sistematizar los conceptos de organización y grupo criminal, a partir de la jurisprudencia que existe al respecto, e introduce, al paso de la armonización europea, algunas novedades importantes en materia de blanqueo y, sobre todo, de comiso de los bienes y efectos del delito, instrumentos capitales para actuar con mínima eficacia frente al crimen organizado. Una organización criminal es como una gran multinacional: se puede atrapar al consejero delegado, o incluso a todo el consejo de administración, pero esas personas se sustituyen por otras y la organización sigue activa. Por eso lo importante es estrangular el funcionamiento mismo de la organización. Y ese objetivo sólo es posible eliminando los beneficios, lo que impide la reinversión, y cerrando el paso a la financiación externa. Por eso no es casualidad que esta reforma vaya acompañada de un retoque de Ley de Enjuiciamiento Criminal que contempla la creación de una oficina de recuperación de activos, con el fin de hacer más efectiva la acción judicial y del Ministerio Fiscal contra los circuitos de blanqueo.

Y aquí termino. Comprenderán y disculparán que no haya podido entrar en el análisis detallado de cada una de las cuestiones, tarea imposible de todo punto en un tiempo razonable, sobre todo dado el evidente nivel de exigencia del auditorio. He preferido por ello acercarles simplemente una serie de sensaciones o de orientaciones globales, la visión de conjunto, de quien tiene la responsabilidad de asegurar que todos los Fiscales de España hagan efectiva la aplicación de esta reforma. Ya estamos trabajando en diversos documentos que sí contendrá n los detalles y el análisis en profundidad que hoy no puedo aportarles. Espero que también puedan servir de alguna ayuda al trabajo de todos ustedes que, desde la vocación del abogado, tienen también, y así lo demuestran cada día, un firme compromiso con nuestro Estado de Derecho.

Muchas gracias.
