

# LEGISLACIÓN LÍQUIDA

## Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal

Alfonso Serrano Gómez

Profesor Emérito de Derecho Penal y Abogado. UNED

---

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, núm. 12-r3, p. r3:1-r3:7. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r3.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 12-r3 (2010), 4 may]

**RESUMEN:** El proyecto de reforma del Código Penal enviado por el gobierno de España a las Cortes Generales en diciembre de 2009, y su comparación con otras recientes iniciativas de reforma legislativa

son la base sobre la que el autor de este trabajo argumenta el carácter líquido, en el sentido acuñado por Bauman, de la Política Criminal en nuestro país, más allá del carácter punitivista que, no sin razón, suele fundamentar la mayor parte de las críticas a la Política Criminal en los últimos años.

**PALABRAS CLAVE:** Legislación, proyecto, reforma penal, modernidad líquida.

Fecha de publicación: 4 mayo 2010

---

“¡Timber! ¡Timber! ¡Timber!”  
Groucho Marx en *Go West*  
(Guión de Irving Brecher)

Diversos autores coinciden en que vivimos momentos de profundos cambios<sup>1</sup>. También existen muchas pruebas empíricas de ello, tan claras que para algunos sería suficiente con mirar a nuestro alrededor para advertirlo. Algunos comentaristas llegaron, en esta línea, a sugerir que podríamos estar encaminados hacia *algo*

<sup>1</sup> U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

*distinto* a la modernidad, motivo por el cual se ha hablado de una *postmodernidad*<sup>2</sup>. Aunque esta opción parece hoy en día, en el mejor de los casos, minoritaria, ofrece una imagen muy ilustrativa de la profundidad de los cambios que afrontamos. Es ingenuo, por supuesto, pensar que estos cambios no afectan, por ejemplo y a nuestros intereses, a los individuos, a las disciplinas o a la Política criminal y a los Códigos y Leyes penales de un país. Esto es, que no tiene consecuencias<sup>3</sup>. No es prometedor, a mi modo de ver, afrontar análisis del tipo que sean sin tomar en cuenta estos profundos cambios y su alcance.

La literatura, en particular en el caso de España, ha comenzado a prestar una cierta atención a las alteraciones que se producen en la Política criminal y en la legislación. Por regla, aquélla se ha centrado en llamar la atención sobre una tendencia generalizada al incremento punitivo en al menos algunos niveles de análisis. Algunos comentaristas incluso han sugerido que sí que existe en nuestro país una Política criminal en sentido estricto, y que sería una Política criminal punitiva<sup>4</sup>. En realidad, han aparecido muchos análisis que se han ocupado, con mayor o menor fortuna, de ofrecer descripciones teóricas o empíricas del escenario actual; de adelantar diagnósticos y causas; o de defender formas de combatir esta tendencia. No importa repetir que la gran mayoría de estas contribuciones definen el escenario desde el prisma de la punitividad.

No es ésta, ni mucho menos, una óptica desenfocada, al menos para algunos niveles de análisis. En efecto, existen todas las razones para creer que en nuestro país se viene produciendo un aumento de la punitividad o de la firmeza frente al delito a nivel legislativo<sup>5</sup>, aunque habría que añadir una característica nota de ambivalencia<sup>6</sup>. A mi modo de ver, sin embargo y al margen del mérito relativo de los análisis particulares, la de la punitividad constituye una aproximación incompleta. En este sentido, la imagen que se ofrece tiende a ocultar otras características decisivas de nuestra legislación, tiende a favorecer determinados enfoques explicativos, tiende a decantarse por ciertas formas acción y, sobre todo, y esto es lo más decisivo a mi juicio, tiende a camuflar la profunda complejidad del escenario en que nos encontramos y sus conexiones con los también hondamente complicados cambios más generales de nuestras sociedades. Aquí es menester recordar que, siguiendo a Foucault, las estrategias del poder son *polimorfas* e incluyen hablar mucho de algo

<sup>2</sup> Z. Bauman, *Postmodernity and its discontents*, Oxford: Blackwell, 1997. Desde hace algún tiempo, este autor ha cambiado de postura.

<sup>3</sup> Z. Bauman, *Globalization. The human consequences*, New York: Columbia University Press, 1998.

<sup>4</sup> J. A. Brandariz García, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado social y de crisis del Estado-nación*, Granada: Comares, 2007.

<sup>5</sup> A. Serrano Maillo, «Punitivität und Gesetzgebung: Die Situation in Spanien», en *Kriminalität und Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs* (H. Kury y E. Karimov eds.), Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 2007.

<sup>6</sup> Z. Bauman, *Modernity and ambivalence*, Cambridge: Polity Press, 1991.

hasta saturar el discurso y, presumiblemente, oscurecer sus características y sus orígenes<sup>7</sup>.

Desde este punto de vista, la peculiaridad probablemente más notable de la legislación penal española no es su tendencia a la punitividad o la firmeza, sino su *naturaleza líquida*. Esta es, como es bien sabido, una brillante idea de Bauman, sobre la que en realidad ha escrito hasta la saciedad<sup>8</sup>. La modernidad que vivimos o al menos al a que nos encaminamos es líquida. Bauman es, a mi modo de ver, un autor muy complejo debido a la falta de una teoría general que ofrezca un hilo conductor y unitario a sus escritos. Ello es paradójico porque todas y cada de una de sus obras resulta muy atractiva e incluso fácilmente legible. En ello se puede ver la huella de la postmodernidad –en sentido cultural. En comparación a los sólidos, pueden cambiar de forma con facilidad y, de hecho, son altamente cambiantes en sus formas. Se moldean con sencillez, pero luego esta nueva forma es difícil de mantener, enseguida se convierte en obsoleto. Lo líquido es lo que no llega a solidificar. El tiempo es tan importante como el espacio o más: el tiempo fluye con rapidez y no hay tiempo para pararse a reflexionar con detenimiento<sup>9</sup>. A mi juicio, aquí encontramos una nota esencial de la legislación penal contemporánea: cambiante y, además, a un ritmo vertiginoso. Pienso que una somera mirada a los acontecimientos de los últimos pocos años confirmará la hipótesis recién planteada.

Desde su entrada en vigor, el Código penal de 1995 ha experimentado veintiséis reformas. Algunas materias incluso han sido reiteradamente modificadas, como sucede, por ejemplo, con los delitos relacionados con la libertad sexual. Por lo que se refiere al concreto objeto de estudio de este trabajo, el Anteproyecto se publicó en noviembre de 2008, y el Proyecto en diciembre de 2009, un año más tarde<sup>10</sup>. El Anteproyecto contenía 91 apartados, mientras que en el Proyecto son 138. Cada uno de ellos implica la correspondiente reforma de preceptos del Código penal, y en algún caso también de la rúbrica de capítulos o secciones. Así las cosas, en el plazo de un año se incorporan 47 apartados. Naturalmente, es posible que el número fuera aún mayor de haberse prolongado el plazo de publicación del Proyecto. Por si ello fuera poco, en enero de 2007 se publicó otro Proyecto de reforma de

<sup>7</sup> M. Foucault, *Historia de la sexualidad*, 1 - *La voluntad de saber* (trad. U. Guiñazú), Madrid: Siglo XXI Editores, [1976] 1998, pp. 10, 19, 20, 32, 34, 37, 48, 53 y 67 (énfasis añadido).

<sup>8</sup> Z. Bauman, *Liquid modernity*, Cambridge y Malden, Mass.: Polity Press, 2000; el mismo, *Liquid love. On the frailty of human bonds*, Cambridge y Malden, Mass.: Polity Press, 2003; el mismo, *Liquid life*, Cambridge y Malden, Mass.: Polity Press, 2005; el mismo, *Liquid fear*, Cambridge y Malden, Mass.: Polity Press, 2006; el mismo, *Liquid times. Living in an age of uncertainty*, Cambridge y Malden, Mass.: Polity Press, 2007.

<sup>9</sup> Bauman, *Liquid modernity*, ob. cit., pp. 1-15.

<sup>10</sup> El “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009.

Código penal<sup>11</sup>, aunque no llegaría a buen fin por haberse agotado la legislatura<sup>12</sup>. Aquel Proyecto de 2007 contemplaba 122 cambios.

Las enmiendas presentadas al Proyecto se han publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados de 18 de marzo de 2010<sup>13</sup>, y ascienden a un total de 480. Tres de las enmiendas lo fueron a la totalidad<sup>14</sup>. Algunos artículos no fueron objeto de ninguna enmienda<sup>15</sup>, pero prácticamente se pueden considerar minoritarios. Algunas de las enmiendas incluso hacen referencia a los artículos del Proyecto, pero sobre partes que no figuran en el texto publicado en el Boletín de las Cortes Generales<sup>16</sup>. Un centenar de enmiendas se refieren a artículos que no figuraban en el Proyecto<sup>17</sup>; incorporan apartados o párrafos nuevos a artículos del Código que tampoco aparecen en el Proyecto ni en el Código<sup>18</sup>, o proponen incluso artículos nuevos<sup>19</sup>.

Son muchos los artículos del Anteproyecto que aparecen modificados en el Proyecto, si bien algunos son simples correcciones de estilo con pequeñas variaciones<sup>20</sup>. Cabe destacar la reforma de los siguientes artículos: 31 bis, 33, 36, 39, 46, 49 bis del Anteproyecto que se ocupa de la libertad vigilada pasa al 106 en el Pro-

<sup>11</sup> Este Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 119-1, de 15 de enero de 2007.

<sup>12</sup> Hubo elecciones generales en marzo de 2008.

<sup>13</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 52/9.

<sup>14</sup> Las enmiendas a la totalidad en principio eran cuatro pero se retiró una de ellas. El resto fueron desestimadas.

<sup>15</sup> No se presentaron enmiendas a los artículos 31.2, 97, 103.3, 156 bis (nuevo), 172.1 tercer párrafo (nuevo), 173.1 párrafos segundo y tercero (nuevos), título VII bis (nuevo), 201.3, 215.3, 248, 251 bis, 257.3 y 4, 263, 267 párrafo tercero, Sección IV (nueva) del capítulo XI, del Título XIII del Libro II, rúbrica del capítulo XIV, del Título XIII del Libro II, 313, rúbrica del Título XVI del Libro II, 345, 370 ordinal 2º y el párrafo segundo del ordinal 3º, 392, 399, Sección IV (nueva) del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, 400 bis (nuevo), 468.2, 515, ordinal 2º, 516, rúbrica del Capítulo V del Título XXII del Libro II, Secciones Primera y Segunda del Capítulo V del Título XXII, del Libro II, Capítulo VI (nuevo) del Título XXII del Libro II, 570 bis (nuevo), 570 quáter (nuevo), Capítulo VII (nuevo) al Título XXII del Libro II, Sección Primera (nueva) del Capítulo VII, del Título XXII del Libro II, 571, Sección Segunda (nueva) del Capítulo VII al Título XXII del Libro II, 574, 576, 613, 614, 615, 616, Capítulo V al Título XXIV del Libro II, 616 quáter (nuevo).

<sup>16</sup> Las enmiendas presentadas a artículos del Proyecto pero a parte del texto que no figura en el mismo afectan a los arts.: 22.4ª, 33.2, a), 33.3,a), 33.4.i), 39, f) g) y h), 53.1 y 3, 58.4, 66 apartado nuevo, 66.1, 270.2, 274.1, 286 bis .5, y apartado nuevo, 301.2, 3, 4 y 5 318 bis.1, 320.2.

<sup>17</sup> Enmiendas presentadas a artículos que no figuraban en el Proyecto: 21,6ª; 25; 48; 48,1; 57,2; 59; 62,2ª; 71,2; 76,1, c) y d); 78,1 y 2; 80,1; 81,2; 83,1.4º y 6º; 84,3; 91; 104,1; 141; 143; 143.4; 145; 148,4; 153,1 y 2; 156; 165; 171,4, 5 y 6; 172; 174,1; 234; 235,3; 239; 241,1 y 2; 242; 254; 245,2; 287; 303 pfo. 2ª; 304; 311; 311,3º; 316; 332; 333; 335; 336; 337; 339; 340; 379; 381; 381,3; 428; 429; 430; 431; 432; 436; 438; 439; 458,2; 485; 488; 490,3; 491; 543; 545; 605,1; 607; 607,1 y 1.1º; 607 bis, 1 y 1.1º; 623; 623,5; 626; 631 y 632.

<sup>18</sup> Se incorpora una circunstancia 6ª y la 6ª pasa a la 7ª; 35 bis; 90.3; 92,4 y párrafo nuevo; 174,3; 452 párrafo nuevo; 550,2; 563 párrafo nuevo; 578 párrafo nuevo; 632,2.

<sup>19</sup> Enmiendas que incorporan los siguientes artículos nuevos: Art. 35 bis; 90 bis; 129 bis; 129 ter; 129 quáter; 140; 143 bis; 149 bis; 183 bis; 284 bis; 337 bis; 337 ter; 340 bis; 385 bis; 403 bis; 405 bis y 631 bis.

<sup>20</sup> Son diversos los artículos del Anteproyecto de 2008 que son objeto de retoques o breve corrección de estilo en el Proyecto de 2009: 53, 56, 66, 127, 132, 301, 313, 567, 612, 616 y 616 ter.

yecto con notables modificaciones, 129, 131, 133, 173, 177 bis, 183, 188, 189, 192, 197, 201, 215, 263, 264, 267, 282 bis, 286 bis, 288, 305, 310 bis, 318 bis, 319, 320, 325, 327, 328, 343, 348, 369 bis, 370, 419, 420, 427, 430, 445, 451, 576 bis, 616 quáter. En el Proyecto se incorpora una Disposición única. Tiene tres Disposiciones finales. La primera modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial. La segunda incorpora al Derecho español diversas normas de la Unión Europea<sup>21</sup>. Ello lleva a introducir en el Proyecto de 2009 algunos artículos y la modificación de otros. La Disposición tercera se corresponde con la primera del Anteproyecto sobre la entrada en vigor, que es en ambos casos a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado.

En el Proyecto de 2007 se contemplaba la modificación de muchos artículos del Código que no se mantienen en el Proyecto de 2009<sup>22</sup>. De otra parte, en éste aparece la modificación de artículos que no figuraban en el de 2007<sup>23</sup>. Por último, hay artículos del Código penal cuya reforma aparece en ambos Proyectos; de éstos

<sup>21</sup> Establece la Disposición final segunda del Proyecto de 2009: “Incorporación al Derecho de la Unión Europea. En esta ley se incorporan al Derecho español las siguientes normas de la Unión Europea: Decisión marco 003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europea y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europea y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).

<sup>22</sup> Los artículos cuya modificación aparece en el Proyecto de 2007 y que no se mantienen en el de 2009 son: 35, 36 bis (arrestos de fin de semana), 47, 48, 50, 51, 65, 79, 87, se modifica la rúbrica de la Sección Cuarta del Capítulo III del Título III del Libro I con el siguiente contenido: “De la reincidencia y la habitualidad”, 94, 108, 136, 142, 160, 162, 190, 252, se integra como artículo único de la Sección Tercera del Capítulo VI del Título XIII, del Libro II, el 254 bis, 260, 261, 262, 268, 290, 294, 295, 297 bis, 310, 318, 337, 366, (los artículos 379 a 385 se modificaron por la LO 15/2007 de 30 de noviembre que figuran ahora en el Cap. IV, Tít. XVII, Libro II bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad vial”), se añade el Título XVII bis al Libro II cuya rúbrica es la siguiente “De las organizaciones y grupos criminales”, 385 bis (se añade), 451 bis (se añade), 456, 464, 517, 520, 569, 580, 621, 623, 639, Disposición transitoria tercera.

<sup>23</sup> Los artículos cuya reforma figura en el Proyecto de 2009 que no figuraban en el de 2007 son: 22, 36, 49, 97, 98, 100, 103, 105, 106, 133, 156 bis, 172, 177 bis, 178, 180, 182, 183, 192, 251 bis, 257, 261 bis, 270, 301, 306, 307, 308, 309, 313, 318 bis, 328, 329, 334, 343, 345, 348, 451, 468, se suprimen el art. 515.2º y 516, 566, 567, 570 bis, 570 ter, 570 quáter, (en el Proyecto de 2007 en el apartado Nonagésimo cuarto se dice, como se apuntó más arriba: se añade el Título XVII bis al Libro II cuya rúbrica es la siguiente “De las organizaciones y grupos criminales”), 571, 572, 574, 576, 576 bis, 579, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 616 ter y 616 quáter.



algunos mantiene la misma redacción<sup>24</sup>, mientras que otros cambian el texto ligeramente o en profundidad<sup>25</sup>.

En los dos Proyectos se incorporan al Código penal artículos nuevos. En ambos coinciden los artículos: 31 bis, 282 bis, 310 bis, 369 bis, 399 bis y 400 bis. Además, en el Proyecto de 2009 se incorporan los artículos: 156 bis, 177 bis, 251 bis, 261 bis, 570 bis, 570 ter, 570 quáter, 576 bis, 616 ter, 616 quáter. De otra parte, se crea el Título VII bis dentro del libro II con la siguiente rúbrica “De la trata de seres humanos”. Se añade la Sección 4ª, Cap. II, Tít. XVIII, Libro II (“De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”). Se añade el Capítulo VI al Título XXII, Lib. II (“De las organizaciones y grupos criminales”), se añade el Capítulo VII, Tít. XXII, Lib. II (“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”). Se crea la Sección primera del Cap. VII del Tít. XXII del Libro II (“De las organizaciones y grupos terroristas”). Se crea la Sección segunda, del Cap. VII, Tít. XXII, Lib. II (“De los delitos de terrorismo”). Se añade el Cap. V al Tít. XXIV, Libro II (“Delito de piratería”). Se añade una Disposición final segunda sobre incorporación de Derecho de la Unión Europea.

En el Proyecto de 2007 se incorporaban como nuevos una serie de artículos que no figuran en el de 2009; son los arts. 36 bis (arresto de fin de semana), 254 bis (que integra la Sección tercera, del Cap. VI, Tít. XIII, Lib. II), 297 bis (sobre administración desleal), 385 bis (de las organizaciones y grupos criminales) y 451 bis (continuación de actividades de personas jurídicas suspendidas o disueltas). También figuraba la modificación del Cap. IV, Tít. VII, Lib. II (“De los delitos contra la seguridad vial”, arts. 379 a 385), que serían objeto de una reforma del Código penal por Ley de 30 de noviembre de 2007<sup>26</sup>.

En el Proyecto de 2009 se suprime el artículo 516 y las rúbricas de las Secciones primera y segunda del Cap. V, Tít. XII, Lib. II, manteniéndose los artículos comprendidos en las mismas.

De todo lo anterior se desprende que en un periodo ligeramente inferior a tres años se han publicado dos Proyectos de Ley de reforma del Código penal, uno en enero de 2007 y el otro en noviembre de 2009. En ese corto espacio de tiempo la diferencia entre ambos Proyectos es tan grande que pone de manifiesto no sólo la inseguridad del legislador y la carencia de una política criminal mínimamente

<sup>24</sup> Mantienen la misma redacción en los dos Proyectos los artículos: 31, 52, 53, 130, 249, 284, 305, 369, 387, 392, 399, 400 bis, 421, 422, 423, 425, 426, Disposición transitoria primera y segunda, Disposición transitoria cuarta en el Proyecto de 2007 es la tercera en 2009.

<sup>25</sup> Varía la redacción en ambos Proyectos, a veces en cuestiones de escasa importancia o variación de la pena en los artículos: 31 bis, 33, 37, 39, 56, 66, 88, 89, 96, 116, 127, 129, 131, 132, 173, 181, 187, 188, 189, 197, 201, 215, 250, 263, 264, 267, 274, 282 bis, 286 bis, 288, 302, 305, 310 bis, 319, 320, 325, 327, 368, 369 bis, 370, 399 bis, 419, 420, 424, 427, 430, 445, Disposición adicional única y Disposición final primera. La Disposición final segunda en el Proyecto de 2007 es la tercera en el de 2009. En la Disposición adicional única del Proyecto de 2007 se modifican los artículos 76, 78, 90, 91 y 93 y se suprime la expresión “bandas armadas” en los artículos 90, 170, 500, 573, 575, 577 y 580.

aceptable, sino la naturaleza líquida de nuestra legislación penal. El galimatías que se organiza es difícil de entender, justificar y ordenar. Los penalistas de la Universidad española, que son casi medio millar, parece que han tenido escasa intervención en la elaboración del Proyecto<sup>27</sup>.

Como consideración final cabe señalar que, teniendo en cuenta el cambio que sufre el Proyecto en relación con el Anteproyecto y la gran cantidad de enmiendas presentadas, el escenario legislativo que se nos presenta no es uno de punitividad pura. Nuestra Política criminal, nuestra legislación y nuestro proceso legislativo son inseguros, cambiantes, irreflexivos, vertiginosos. Nuestra legislación penal, en suma, es líquida.

<sup>26</sup> LO 15/2007, de 30 de noviembre (BOE núm. 288 de 1 de diciembre).

<sup>27</sup> Sobre el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006 ZUGALDÍA ESPINAR, hace una severa crítica bajo la rúbrica “contrarreforma penal (El annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006”, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 2006, págs. 1347 y ss.