



ÍNDICE

I) ANTECEDENTES	6
II) CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCION CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.....	6
III) ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO.....	8
IV) CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.....	9
V) ANALISIS DEL TEXTO ARTICULADO.	

V.A. PARTE GENERAL

1. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE DELITOS Y FALTA.	
a. Delitos.....	24
b. Discapacidad.....	27
2.- PENAS Y DELITO CONTINUADO.	
a. Prisión Permanente Revisable.....	28
a.1 Consideraciones Generales.....	28
a.2 Régimen jurídico.....	50
b. Clases de penas.....	58
c. Aplicación de las penas.....	61
d. Delito continuado.....	69
3. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN Y DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	75
a. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.....	76
a .1 La suspensión ordinaria.....	80



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

a 2. La suspensión sustitutiva.....	90
a 3. La suspensión por enfermedad muy grave.....	97
a 4. La suspensión de la pena del drogodependiente.....	98
a 5. Aspectos procesales.....	99
a 6. Prohibiciones, deberes y medidas.....	103
a 7. Modificación de las prohibiciones, deberes, prestaciones y medidas acordadas y la revocación de la suspensión... 	108
b. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español.....	113
c. La suspensión del resto de la pena privativa de libertad y la libertad condicional.....	118
4.- DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	
a. Introducción	123
b. Legislación comparada.....	128
c. Modificación del artículo 6 del Código Penal. Supresión del procedimiento de revisión y derogación del sistema vicarial.....	132
d. Internamiento en centros psiquiátricos y de educación especial.....	138
e. internamiento en centro de deshabitación.....	141
f. Custodia de seguridad.....	142
g. Libertad vigilada.....	149
h. Otras medidas de seguridad no privativas de libertad.....	156
5.- DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LAS COSTAS PROCESALES.....	157
6.- CONSECUENCIAS ACCESORIAS.	
a. El comiso.....	157
b. Otras consecuencias accesorias	163



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

- 7. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. ...163.
- 8. CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES DELICTIVOS... 165

V.B PARTE ESPECIAL

- 1. DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS.....167
- 2. DE LAS LESIONES.....172
- 3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD
 - a. De las detenciones ilegales y secuestros179
 - b. De las amenazas y coacciones.....182
 - c. Delitos contra la integridad moral.....190
 - d. De la trata de seres humanos.....190
- 4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL.
 - a. De los abusos sexuales.....193
 - b. Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años.....194
 - c. Delitos relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores.....197
- 5. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y EL DERECHO DE LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.
 - a. Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen.....203
 - b. Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.....205
- 6. DELITOS CONTRA EL HONOR.....206
- 7. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.
 - a. Hurto.....206
 - b. Robo con fuerza en las cosas.....213



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

c. Robo con intimidación.....	215
d. Robo y hurto de uso de vehículos a motor.....	217
e. Usurpación y otras figuras.....	218
f. Estafa.....	218
g. Administración desleal y apropiación indebida... 	219
h. Frustración de la ejecución.....	228
i. Insolvencia punible.....	234
j. Daños.....	241
k. Propiedad intelectual e industrial.....	241
l. Receptación.....	246
8. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....	247
9. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.....	251
10. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL MEDIO AMBIENTE	
a. Delitos contra el patrimonio histórico.....	254
b. Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos.....	255
11. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA.	
a. Estragos.....	256
b. Incendios forestales.....	256
c. Delitos contra la salud pública.....	258
d. Tenencia de animales peligrosos.....	258
12. FALSEDADES.	
a. Falsificación de moneda y efectos timbrados.....	259
b. Usurpación de funciones públicas e intrusismo... 	259
13. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	
a. Cohecho.....	260



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

b. Malversación.....	260
c. Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.....	266
14. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	
a. Prevaricación y acusación y denuncia falsa.....	266
b. Quebrantamiento de condena.....	266
15. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN.	
a. Delitos contra la Corona.....	267
b. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.....	268
16. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO.	
a. Atentado, resistencia y desobediencia.....	275
b. Desórdenes públicos.....	284
c. Delitos de terrorismo.....	290
17. DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.	
a. Delitos contra el Derecho de gentes.....	290
b. Delitos de genocidio y lesa humanidad.....	291
VI) OTRAS DISPOSICIONES.	
I. Disposiciones adicionales.....	291
II. Disposiciones transitorias.....	293
III. Disposición derogatoria única.....	300
IV. Disposiciones finales.....	300
VI) CONCLUSIONES.....	302



I. ANTECEDENTES

En fecha 22 de octubre de 2012 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica a que se hace mención en el encabezamiento de este informe. La ponencia del presente informe fue asignada al Excmo. Sra. Vocal Doña Margarita Robles Fernández y, en la reunión del día 13 de diciembre del 2012, la Comisión de Estudios e Informes aprobó el informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) tiene por objeto informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que se refieran, total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

No obstante la aludida limitación material de la potestad de informe, la función consultiva de este órgano constitucional ha sido entendida en términos amplios. Así, el CGPJ ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108 de la LOPJ, y un ámbito consecuentemente ampliado, que se deriva de la posición de este Consejo como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. Dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse se habrá de referir, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en el citado artículo 108 de la LOPJ.

En cuanto al ámbito ampliado, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

Además de lo anterior, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos compuesta de veintiocho apartados; un Artículo único dividido en doscientos apartados; dos Disposiciones Adicionales; seis Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales.

Aun cuando el Artículo único afecta a una parte considerable de preceptos del Código Penal, en algunos casos la modificación sólo tiene por objeto suprimir el vocablo “falta” o “faltas”, fruto de la derogación de esta figura, mientras que una parte de los artículos que se añaden tienen por objeto posibilitar la aplicación de la libertad vigilada, cuyo ámbito de aplicación se extiende considerablemente. Los preceptos afectados por las modificaciones citadas no serán objeto de estudio particularizado.

Junto con el Anteproyecto también se ha remitido la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante MAIN), la cual se subdivide en los siguientes apartados: I. Oportunidad de la propuesta; II



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Contenido, Análisis Jurídico y Descripción de la tramitación y III. Análisis de Impacto.

Debe hacerse notar que, para facilitar la comprensión de este informe, las citas de los artículos hoy en vigor se llevan a cabo mediante la identificación numérica del precepto con el añadido “vigente” (por ejemplo, el vigente artículo 234), mientras que en las referencias a la versión prevista por el Anteproyecto sólo se indica en número del artículo (por ejemplo, el artículo 234.2).

IV.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

El apartado I de la Exposición de Motivos refleja de manera detallada cuáles son las principales razones que propician la reforma del vigente Código Penal. En el párrafo primero de dicho apartado se explicita el designio principal del prelegislador, a saber: la introducción de la Prisión Permanente Revisable, la modificación del sistema de medidas de seguridad, con la consiguiente ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada y la regulación, de nuevo cuño, de la denominada custodia de seguridad, así como la revisión de la actual regulación del delito continuado.

Junto a los aspectos esenciales anteriormente enunciados, también se dice que mediante la proyectada reforma se pretende dotar a la justicia penal de mayor eficacia. A tal fin, se introducen modificaciones de calado en la regulación de la suspensión y sustitución



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de las penas privativas de libertad, se suprimen las faltas como categoría penal con sustantividad propia, se acomete una revisión técnica del comiso. Asimismo, se acomete la modificación de determinados delitos regulados en la parte especial, que en concreto atañe a los delitos contra la propiedad, a las agravantes específicas de la estafa, administración desleal, propiedad industrial, insolvencias punibles, atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal, e intrusismo.

También se introducen nuevas figuras delictivas, a saber: el delito de matrimonio forzado, de hostigamiento y acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas y la manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, y otros que no se mencionan en la Exposición de Motivos como el delito de embaucamiento. Por último, también se pretende transponer a la normativa interna la Decisión Marco 2008/913/JAI, sobre la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia; la Directiva 2011/93 UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y de la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y la Directiva 2011/36 UE cuyo objeto versa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas, a la vez que se deslinda de dicha materia a los delitos de inmigración ilegal, conforme a los dictados de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI.

Antes de abordar los aspectos principales de la reforma, debe ponerse de manifiesto ciertas imprecisiones detectadas. En primer lugar, no existe en el vigente Código Penal un elenco de delitos que, con sustantividad propia, se denominen “delitos contra la propiedad”, habida



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

cuenta que el Título XIII del Libro II viene referido a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Precisamente, dentro de ese Título se incardinan figuras tales como la estafa, amén de los delitos contra la propiedad industrial y de insolvencia punible. Por otra parte, la referencia a una revisión técnica de delito de desobediencia no se ve reflejada en el texto articulado, ya que la única modificación operada sobre esa materia se proyecta sobre la falta regulada en el artículo 634 del vigente Código Penal, que es objeto de despenalización, y la rebaja punitiva que afecta a los delitos de resistencia y desobediencia regulados en el artículo 556. También, desde el punto de vista técnico, en materia de medidas de seguridad no coinciden las rúbricas de las Secciones con el contenido.

Hechas las anteriores precisiones, procede efectuar una serie de consideraciones sobre los postulados recogidos en el primer párrafo del apartado I, pues es en ese apartado donde el prelegislador detalla el principal propósito de la reforma.

La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia es la principal aspiración que se persigue; para tal menester, se dice que aquélla debe contar con un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles y que, además, sean percibidas por la sociedad como justas. Para alcanzar tal desiderátum resulta preciso, según indica el prelegislador, incorporar a nuestro ordenamiento la Prisión Permanente Revisable, modificar el sistema de medidas de seguridad, ampliar el ámbito de aplicación de la libertad vigilada, introducir la denominada custodia de seguridad y, por último, revisar el régimen jurídico del delito continuado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

De las consideraciones vertidas en el apartado I de la Exposición de motivos, se infiere que la desconfianza social que se cierne sobre aquella Administración trae causa de la imprevisibilidad de sus resoluciones y, también, que éstas son percibidas socialmente como injustas. Este aserto no sólo no se comparte, sino que se refuta categóricamente.

Se dice, valga la reiteración, que el principal propósito de la reforma es poner a disposición de la citada Administración un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles. Dicho de ese modo, implícitamente se está afirmando es que el contenido de tales resoluciones no se puede prever o conocer de antemano. Como cualquier otro acto de voluntad, individual o colectivo, que sea fruto de un proceso de deliberación previa, en el que además participen terceros que ostentan posiciones encontradas, las resoluciones judiciales pueden colmar o defraudar las expectativas de unos y otros, en función de su concreto contenido final o de la motivación utilizada. Ahora bien, si esa es la razón por la que se pone en tela de juicio la previsibilidad de la actividad jurisdiccional, difícilmente esta reforma legislativa o cualquier otra podrán evitar lo que es inherente a cualquier decisión humana y, singularmente, a la interpretación por los jueces de las normas y su aplicación individualizada al caso concreto.

Por ello, cuando el prelegislador afirma que es necesario garantizar que las resoluciones judiciales sean previsibles, lo que realmente deja entrever es que tales resoluciones son, a día de hoy, inesperadas o sorprendentes. Ante tal argumento, lo primero que cabe decir es que no se llega a entender cómo una reforma de la normativa penal sustantiva puede contribuir a mejorar la previsibilidad de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

resoluciones judiciales, pues es notorio que los Jueces y Magistrados se limitan a aplicar la normativa vigente en cada momento y, si se dice que en el presente las resoluciones judiciales son imprevisibles, también lo serían una vez la proyectada reforma entre en vigor.

Como es sabido, y por ello huelgan explicaciones adicionales al respecto, la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Magistrados está ineluctablemente sujeta al principio de legalidad penal en sus diferentes vertientes. Si a ello se une el obligado acatamiento de la Constitución, como así lo proclama el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la independencia reconocida en el artículo 12 de la norma última citada, no se alcanza a comprender las razones y motivos por los que se considera necesario adoptar medidas que garanticen la previsibilidad de la actividad resolutoria en el orden penal, máxime cuando los reparos que se suscitan en la Exposición de Motivos conllevan una connotación negativa sobre el funcionamiento de unos órganos, que son la garantía de que el ejercicio del “ius puniendi” se ejercite de acuerdo con los postulados enmarcados por la Constitución.

Tampoco se dice por qué las resoluciones judiciales son tributarias de mayor previsibilidad, ni para quién o quiénes resultan sorprendidas o inesperadas. Ciertamente, los denominados “juicios paralelos” condicionan la opinión pública respecto de procedimientos judiciales revestidos de un alto grado de trascendencia social y, en ese contexto, no cabe descartar que determinadas resoluciones judiciales puedan defraudar expectativas de mayor rigor o ejemplaridad. No obstante, es de esperar que no hayan sido esas las razones tomadas en consideración para entender necesario dotar de mayor previsibilidad a las resoluciones judiciales, pues cuando la impartición de justicia se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

pretende subordinar a presiones o beneplácitos externos, tal función se aleja peligrosamente de los parámetros constitucionales.

También se dice que la reforma proyectada contribuirá a que las resoluciones judiciales sean percibidas socialmente como justas. La descalificación implícita que contiene el citado aserto debe ser rechazada de plano. La justicia, entendida como la cualidad o virtud de dar a cada uno lo que le pertenece o corresponde, ha sido y es objeto de múltiples valoraciones, especialmente cuando se anuda al caso concreto. Ello, lejos de ser un inconveniente, debe ser valorado como una consecuencia del pluralismo inherente a toda sociedad democrática. Ahora bien, el hecho de que el ideal de justicia sea objeto de opinión y controversia no significa que el común de la ciudadanía ignore cuál es el verdadero cometido de los integrantes del Poder Judicial, toda vez que la sociedad española ha alcanzado un nivel de madurez y discernimiento tal, que le permite distinguir nítidamente entre la función judicial, consistente básicamente en la interpretación y aplicación del Derecho vigente, y la función legislativa que, en lo que atañe al Derecho penal, es el instrumento adecuado para la creación, modificación o derogación de los tipos penales, al igual que para determinación de las penas o medidas de seguridad aplicables.

Por tanto, si como se indica en el apartado I de la Exposición de Motivos, el prelegislador considera necesario, por razones de política criminal, introducir la denominada Prisión Permanente Revisable en el catálogo de penas, reformar el actual sistema de medidas de seguridad y modificar el régimen jurídico de la continuidad delictiva, por razones de política criminal, debería limitarse a dejar constancia de las razones de oportunidad que le han llevado a proyectar tales medidas, sin ampararse



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

en el pretexto de mejora del funcionamiento y la imagen de la Administración de justicia, institución que, por otra parte, precisa de otro tipo de reformas que agilicen, sin menoscabo de los derechos de los ciudadanos, la sobrecarga que gravita sobre numerosos órganos judiciales.

A lo largo de este informe se analizarán las consecuencias que la proyectada reforma conlleva, con especial énfasis en aquéllos aspectos que, según se indica en la Exposición de Motivos, son los pilares fundamentales de la misma, a saber: la Prisión Permanente Revisable, el sistema de medidas de seguridad y la continuidad delictiva.

La Prisión Permanente Revisable constituye una novedad de calado, pues ninguno de los Códigos Penales españoles elaborados durante el siglo XX incluye la prisión a perpetuidad en el catálogo de penas. Además, en el informe se pone de relieve las dificultades de adecuación de dicha pena con la finalidad de reinserción a la que deben estar orientadas las penas privativas de libertad, según establece el artículo 25.2 de la Constitución.

Por último, se desaconseja mantener una regulación diferenciada – más severa- para los delitos vinculados con el terrorismo, y en consecuencia se sugiere establecer un régimen jurídico uniforme para todos los delitos castigados con Prisión Permanente Revisable.

El Anteproyecto lleva a cabo una total reforma de las medidas de seguridad, implantando de manera decidida los postulados del llamado *Derecho penal de la peligrosidad*, en la línea iniciada por la LO 5/20120, de reforma del Código Penal. Desde los axiomas de este derecho de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

peligrosidad, la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, trasladando al ámbito del derecho penal la inquietud social ante determinados tipos de delincuentes.

Por un lado, se avanza en la aplicación de las medidas de seguridad no privativas de libertad a los imputables considerados peligrosos, novedad que introdujo la LO 5/2010 con la libertad vigilada para delincuentes sexuales y terroristas y a la que el anteproyecto da una nueva regulación y extiende a muchos otros supuestos; y se instauran medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes imputables considerados peligrosos – la custodia de seguridad y el internamiento en centro de rehabilitación de adicciones-, que se vienen a acumular a la pena, eliminando así el sistema vicarial que rige en la actualidad, conforme al cual en caso de imponerse penas y medidas de seguridad privativas de libertad, se comienza con el cumplimiento de la medida, que se abonará para la pena.

Se suprime el límite máximo de duración de las medidas establecido en la regulación actual en atención a la duración de la pena abstracta prevista para el hecho, de manera que la medida no pueda tener una duración a la de la pena. Con la reforma, el tiempo de duración de las medidas de seguridad será el de la peligrosidad del sometido a ella. No se establece un régimen para que, con contradicción, audiencia del sometido a la medida y de su defensa y del Ministerio Fiscal y plenas garantías, se pueda controlar la evolución del sometido a la medida, su peligrosidad y, en definitiva, la necesidad de mantener la medida. Lo que conduce a un sistema de medidas de seguridad de duración indeterminada y no previsible, sin un control cierto y claro.

La reforma introduce como nueva medida de seguridad para sujetos imputables: la custodia de seguridad. Esta medida tiene su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

origen en el Derecho alemán, si bien tanto el TEDH como el propio Tribunal Constitucional alemán han declarado su inconstitucionalidad, destacando el TEDH que más allá de las apariencias, la custodia de seguridad, al ser una medida que solo está prevista respecto de personas que han sido condenadas repetidamente por delitos de cierta gravedad, que se impone a consecuencia de un delito, que su régimen de cumplimiento es exactamente igual al de la prisión (y de hecho se prevé su cumplimiento en prisión) y que su supuesta finalidad sólo preventivo-especial no se compadece con un régimen jurídico que entraña la posible privación de libertad de por vida, algo que comporta una finalidad preventivo-general que es propia de una pena, ha de ser calificada como pena a los efectos del art. 7.1 de la Convención.

La custodia de seguridad se cumplirá después de la pena de prisión. Y aunque la Ley fija una duración máxima de la medida de diez años, tras la custodia de seguridad se impondrá de modo obligatorio la medida de seguridad de libertad vigilada, que puede llegar a ser ilimitada a través del sistema de prórrogas que se establecen en la nueva regulación. De esta manera, se viene a configurar un sistema de medidas de seguridad ilimitadas en el tiempo para sujetos imputables.

En cuanto a la libertad vigilada, se amplían extraordinariamente los supuestos en los que podrá ser impuesta; ampliándose asimismo su contenido y como ya hemos dicho, su duración, que aunque en apariencia se fija entre tres y cinco años, puede convertirse en ilimitada a través de su prórroga.

En el delito de asesinato se introduce una nueva circunstancia cualificadora que no guarda relación con las ya existentes y que resulta claramente distorsionadora.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Se da una nueva regulación a los delitos de lesiones, suprimiendo el criterio actual para diferenciar el delito menos grave y leve, que gira en torno a la necesidad o no de tratamiento médico o quirúrgico, que se sustituye por el de “menor entidad”, introduciendo para la distinción un nuevo concepto indeterminado y menos objetivo, que será necesario de precisar en la práctica.

Dentro de los delitos de detenciones ilegales, se modifica el artículo 166 CP, estableciéndose una pena igual a la del homicidio para el caso de que el secuestrador no diere razón del paradero de la persona secuestrada, pena que par determinados casos, que asimismo tipifica, puede llegar a la del delito de asesinato.

Se introduce el nuevo delito de matrimonio forzoso, optándose por su configuración como un tipo especial de delito de coacciones, y rechazándose en consecuencia, su inclusión en el delito de trata de seres humanos. Con esta decisión se deja claro que el bien jurídico protegido por este nuevo delito es es el derecho a contraer libremente matrimonio reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Se introduce el delito de acoso, que ya existe en otros países y que se valora positivamente al dar respuesta a una realidad que difícilmente puede verse colmada con los actuales delitos de amenazas y de coacciones.

Se modifica la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y corrupción de menores busca cumplir con las de protección del menor, y en particular, de los menores de trece años, para transponer la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

abusos sexuales y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, introduciéndose el delito de embaucamiento previsto en esa Directiva. Asimismo, se introduce un nuevo delito para castigar la difusión, revelación o difusión inconsentida de grabaciones o imágenes íntimas que fueron cedidas al autor del delito por la víctima de manera consentida

Los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico son objeto de modificaciones de calado. Dentro del apartado correspondiente a los delitos de apoderamiento (hurto, robos y robo y hurto de vehículos a motor) debe destacarse el notable endurecimiento de las penas previstas para el hurto y robo con fuerza en las cosas cometidos bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, hasta el extremo de cuestionar seriamente la adecuada proporcionalidad que debe existir entre la gravedad del delito y la correlativa respuesta punitiva. Sobre este aspecto se incidirá exhaustivamente en el siguiente apartado de este informe.

La instauración de la modalidad delictiva de la administración desleal también es objeto de estudio particularizado, dada la novedad que supone. De igual modo, el informe analiza los diferentes aspectos de la nueva regulación prevista para la categoría jurídica hoy denominada insolvencia punible, que el Anteproyecto disciplina en dos apartados separados: por un lado la llamada frustración de la ejecución y, por otro, los supuestos de insolvencia punible.

Los delitos relativos a la propiedad industrial también son objeto de una nueva regulación. En el apartado correspondiente se formulan una serie de recomendaciones que, entendemos, contribuirán a mejorar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la redacción y ofrecer un tratamiento penal más adecuado a ciertas situaciones de menor gravedad.

El objeto de la nueva regulación de los delitos de inmigración ilegal se explicita claramente en la Exposición de Motivos, y al igual que acontece con otras figuras delictivas, en este informe también se aconsejan ciertas modificaciones, de cara a conseguir una regulación más adecuada.

El delito de malversación de caudales públicos cambia radicalmente de sistemática, pues se prescinde de la actual estructura, sustentada básicamente en el binomio sustracción/aplicación a usos ajenos a la función pública de los caudales o efectos públicos, para quedar subordinado a las modalidades del delito de administración desleal, con las únicas matizaciones, obvias por otra parte, de la condición de funcionario público o autoridad que el sujeto activo debe ostentar y la naturaleza pública del patrimonio. Sin cuestionar la opción por la que se decanta el prelegislador, no obstante se aconseja mantener la redacción del vigente artículo 432, ya que existe una consolidada doctrina jurisprudencial al respecto y, además, se evitaría el riesgo de que ciertas conductas que en la actualidad son calificadas como malversación, pudieran quedar extramuros dicho delito, en función del alcance interpretativo que se dé al tipo de administración desleal.

Dentro del apartado correspondiente a los delitos contra la Administración de Justicia, concretamente el artículo 468, se adiciona un número tercero en cuya virtud se sancionan diferentes conductas que hacen ineficaces los dispositivos técnicos previstos para controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad y medidas cautelares.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Respecto de dicha figura, cuya tipificación expresa se valora positivamente, se sugiere alguna modificación de carácter técnico.

En el Capítulo correspondiente a los delitos contra la corona, la principal variación operada atañe al delito de homicidio del Rey o del Príncipe heredero, que pasan a ser sancionadas con PPR. Además, también se llevan a cabo otras modificaciones, respecto de las cuales se formulan consideraciones críticas.

Los delitos vinculados al racismo y discriminación (artículos 510 a 510 ter) también sufren variaciones relevantes, que traen causa, por una parte, del contenido de la STC 235/2007 y, por otra, de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, que también atañe al delito 607. En términos generales la filosofía que inspira la reforma es adecuada, si bien se incurren en ciertos desajustes técnicos que, este Consejo entiende que deben ser subsanados.

Los delitos de atentado y desórdenes públicos también sufren cambios en su regulación. La Exposición de Motivos recoge con amplitud, (apartados XX y XXI) los motivos que justifican el cambio proyectado, así como el alcance y contenido de las diferentes modificaciones llevadas a cabo. En el apartado correspondiente de este informe se alumbran sugerencias y recomendaciones, que ponen de relieve la conveniencia de mantener una mayor proporcionalidad entre la real gravedad de ciertas conductas y la entidad de la pena asociada a las mismas, amén de llamar la atención sobre ciertas deficiencias técnicas que se advierten.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La PPR se contempla para el delito de homicidio terrorista (artículo 572.2.1), y para el homicidio, la agresión sexual y lesiones graves ocasionadas en el contexto de los delitos de genocidio (artículo 607). En relación con este último delito se sugiere reservar la PPR sólo para los supuestos de efectiva causación de la muerte, por evidentes razones de proporcionalidad.

Finalmente, en lo que a este apartado se refiere, resta por abordar la despenalización de las faltas que plantea el Anteproyecto. Desde diferentes ámbitos se ha venido reclamando la eliminación de las faltas del Código Penal o, al menos, la supresión de buena parte de esas infracciones veniales, tanto por razones vinculadas al principio de intervención mínima, como por motivos de oportunidad relacionados con la necesidad de descongestionar la saturación de asuntos que pende sobre los juzgados encargados de enjuiciar tales infracciones.

Sin embargo, la despenalización “stricto sensu” que prevé el Anteproyecto sólo afecta a una parte de conductas actualmente tipificadas como falta, pues como expresamente se indica en la MAIN, la mayoría se transmutan en delitos leves (vide en tal sentido el listado de delitos leves que figura en las páginas 14 a 15 de la MAIN). Salvo error u omisión, las conductas que efectivamente quedan despenalizadas son: la no presentación de un menor o incapaz abandonado a la autoridad o a su familia (artículo 618.1); el incumplimiento no delictivo de obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial, en los supuestos de divorcio, separación, nulidad, procesos de filiación de alimentos (artículo 618.2); auxilio o asistencia a persona discapacitada o de edad avanzada (artículo 619); vejación injusta de carácter leve (artículo 620); muerte y lesiones por imprudencia leve (artículo 621);



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

infracción del deber de custodia de hijos (artículo 622); abandono de jeringuillas (artículo 630); perturbación leve del orden público (artículo 633); falta de respeto y consideración a la autoridad o sus agentes (artículo 634); desobediencia leve (artículo 634) y realización de actividades careciendo de seguro obligatorio.

La despenalización de alguna de las infracciones indicadas resulta cuando menos cuestionable, entre ellas la falta de asistencia o auxilio a que se refiere el vigente artículo 619, o la vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, pues ello acarrea una disminución de la protección penal en una materia tan sensible como es la violencia contra la Mujer.

Sin perjuicio de lo dicho, dos son las principales objeciones que se formulan al diseño de los denominados delitos leves. La primera versa sobre los delitos de naturaleza patrimonial, habida cuenta que el prelegislador deja de tomar como referencia exclusiva el valor de la cosa o el importe del perjuicio, pues para la determinación de la naturaleza venial de la infracción el Anteproyecto conjuga varios criterios, tales como la situación económica del perjudicado, las circunstancias personales del culpable, la escasa entidad del beneficio o perjuicio y, a modo de cláusula de cierre, que el valor de la cosa o del perjuicio no supere los mil euros.

Frente a la escasa complejidad del sistema vigente, que posibilita que el órgano judicial pueda resolver adecuadamente sobre si el hecho es delito o falta, mediante una simple tasación pericial, el Anteproyecto patrocina un modelo más complejo que, previsiblemente, dará lugar a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

una mayor dilación de la instrucción del procedimiento, al ser necesaria la comprobación de ciertos extremos que son ajenos al valor del bien, el beneficio obtenido o el perjuicio causado.

La segunda observación entronca con el aspecto procesal de la reforma. En régimen jurídico establecido en la Disposición Transitoria Cuarta entroniza un modelo extravagante en nuestra legislación adjetiva, habida cuenta que no se prevé un modelo homogéneo para todos los delitos leves, sino que, hasta la entrada en vigor de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal, para las infracciones de esa naturaleza de más frecuente comisión se mantiene el régimen jurídico actualmente previsto para las faltas, tanto a efectos procedimentales como de determinación de la competencia, mientras que para el resto de infracciones leves implícitamente se prevé la aplicación de lo previsto, con carácter general, para la instrucción y enjuiciamiento de delitos.

En el apartado correspondiente de este informe se abunda sobre el aspecto enunciado, y se alumbran soluciones con la pretensión de mejorar la sistemática utilizada.

V.

ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

1. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE DELITOS Y FALTAS

a. delitos

A consecuencia de la desaparición de las faltas como infracción penal con “nomen iuris” propio, la modificación operada en varios



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

preceptos sólo tiene por objeto eliminar el vocablo “falta” o “faltas” del texto del artículo. Sin embargo, en el artículo 13.4 se introduce una modificación significativa, puesto que no se mantiene la sistemática seguida hasta ahora. Según dispone el vigente precepto, cuando la extensión de la pena permita considerar el delito como grave o menos grave, se considerará, en todo caso, como grave. Ahora bien, cuando en función de la aludida extensión el delito pueda ser reputado menos grave o leve, el Anteproyecto establece que, en todo caso, la infracción se reputará leve.

La falta de adecuación del precepto a la sistemática general del Código Penal es evidente, habida cuenta que para la determinación del umbral de gravedad de una pena, el criterio de referencia se establece en función de su “techo” y no de su “suelo”. Este aserto se ve refrendado por la pauta establecida en el vigente artículo 13.4 –que se mantiene en el Anteproyecto para el binomio delitos graves- delitos menos graves- y también por las directrices previstas para la prescripción de los delitos, dado que el vigente artículo 131 alude a la pena máxima señalada por la Ley de cara a fijar el plazo prescriptorio.

Además, la redacción dada al segundo inciso del artículo 13.4 no resuelve el problema de las penas alternativas, es decir, cuando para una infracción se prevé la imposición opcional de penas de distinta naturaleza. Tal circunstancia acontece con los delitos enunciados en artículo 147.2 (lesiones menos graves) 270.1, párrafo segundo (modalidad de escasa gravedad del delito contra la propiedad intelectual) y 274.2, segundo párrafo (modalidad de escasa gravedad del delito contra la propiedad industrial), pues en el primero de ellos se prevé, como pena alternativa a la multa de uno a doce meses, la prisión



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de tres a seis meses, mientras que en los otros dos delitos citados se contempla la imposición, con carácter optativo, de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días o la multa de uno a seis meses. Tanto la pena de prisión como la de trabajos en beneficio de la comunidad son de naturaleza menos grave.

A tenor del contenido del primer párrafo de la Disposición Transitoria cuarta, los delitos descritos en los artículos indicados en el párrafo anterior tienen naturaleza leve, de lo que cabría deducir que el criterio establecido en el segundo inciso del artículo 13.4 no rige solamente respecto de la extensión de una determinada pena, sino que también se extiende a los casos en que se establezca una penalidad alternativa, de manera que siempre que la pena mínima imponible a una infracción sea de carácter leve el delito ostentará esa naturaleza, sea cual sea la extensión de aquélla y la naturaleza de la pena que alternativamente quepa imponer.

De ser ese el criterio que el prelegislador realmente pretende instaurar, debería quedar expresamente recogido en el artículo 13.4, para así evitar las dudas interpretativas que pudieran surgir.

Por consiguiente, al objeto de evitar la disparidad de las reglas contenidas en el artículo 13.4, se propone la elevación del techo de las penas leves a que se refiere el artículo 33.4 f) hasta el umbral de tres meses de multa, que es el techo penológico establecido para la gran mayoría de los delitos veniales, y establecer, como regla general, que cuando la pena asociada a un determinado delito pueda ser catalogada, por su extensión, como grave o menos grave o, en su caso, como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

menos grave o leve, la infracción sea considerada conforme a la pena máxima imponible.

b. Discapacidad

El artículo 25 del Código Penal es objeto de una nueva regulación. Según se indica en el apartado XXIV de la Exposición de Motivos, resulta preciso adecuar el precepto citado a los postulados de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre del 2006. Conforme a tal propósito, en el párrafo primero del artículo 25 se define la discapacidad como *“Aquella situación en la que se encuentra una persona que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”*. Esta definición coincide con la que ofrece el artículo uno de la Convención anteriormente citada.

En el párrafo segundo se delimita el concepto de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” en los siguientes términos: *“Aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*. De acuerdo a la definición enunciada, no es preciso que el discapaz psíquico esté impedido de gobernar su persona o bienes, pues basta con que simplemente precise de la asistencia de un tercero para complementar su capacidad jurídica. La reforma operada en el artículo traído a colación se acomoda a los postulados de la normativa citada en la Exposición de Motivos, por lo cual no se formulan reparos respecto de la proyectada modificación.



2. PENAS Y DELITO CONTINUADO

a. Prisión permanente revisable

a 1. Consideraciones generales

En el apartado II de la Exposición de Motivos se argumenta “in extenso” sobre las razones de diversa índole que propician la introducción de esta modalidad punitiva en nuestro ordenamiento penal, las características que le son propias y, por último, sobre la compatibilidad de esa pena con la Constitución Española.

En primer lugar, el prelegislador hace notar que la prisión permanente revisable (en adelante PPR), solamente podrá ser impuesta en supuestos de excepcional gravedad (asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado, de su heredero y de jefes de Estado extranjeros, y en los supuestos más graves de genocidio y de crímenes de lesa humanidad). La gravedad de los delitos citados justifica una respuesta extraordinaria que consiste en la imposición de una privación de libertad de duración indeterminada, que no obstante está sujeta a un régimen de revisión, pues tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena “(...) *Acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener la libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular la no comisión de nuevos hechos delictivos (...)*”.

Más adelante, se dice que la PPR no renuncia a la reinserción del penado pues “(...) *Una vez cumplida una parte mínima de la condena, un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal (...)*”. De cara a justificar la bondad de la medida en el contexto jurídico penal se ofrece el siguiente argumento: “(...) *Una revisión judicial periódica de la situación*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

personal del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que puedan llegar a fijar límites incluso superiores. Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de horizonte de libertad que en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión (...)”.

En lo concerniente a la implementación de la PPR, el prelegislador señala que “(...)Cumplida esa parte mínima de la pena, si el Tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y sí, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social (...)”.

Finalmente, el prelegislador compendia una serie de argumentos que corroboran, según su criterio, la bondad de la medida. En primer lugar, se dice que la PPR no constituye una pena definitiva que implique que el Estado se desentienda del penado, puesto que se compatibiliza una respuesta ajustada a la gravedad de la culpabilidad con la finalidad reeducativa a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión. En segundo lugar, se aduce que esa modalidad no es extraña al Derecho comparado europeo y, además, cuenta con el beneplácito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), órgano que en diferentes resoluciones ha considerado que la medida no es contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos (cfr. SSTEDH 12/12/2008, caso Kafkaris vs Chipre; 3.11.2009, caso Meixner vs Alemania). Por último, también se indica que el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de duración indeterminadas revisables, concretamente, al informar sobre el instrumento de ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, texto en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión perpetua revisable.

Sin duda, la proyectada introducción de la PPR constituye una novedad de primer orden en la actual legislación penal española. Históricamente, la prisión a perpetuidad, en sus diferentes modalidades, no ha sido ajena a nuestro ordenamiento penal. El Código Penal de 1822 contemplaba dos formas de privación perpetua de libertad: la primera, denominada trabajos perpetuos, era particularmente penosa pues, según establecía el artículo 47 *“Los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso. La denominada “Reclusión por el resto de su vida” era una alternativa a los trabajos perpetuos, cuya aplicación estaba prevista para los mayores de sesenta años y las mujeres.*

El artículo 24 del Código Penal de 1848 contemplaba, dentro del artículo correspondiente a las penas aflictivas, dos modalidades de privación de libertad permanente, a saber: la cadena perpetua y la reclusión perpetua. El Código Penal de 1870 mantuvo el mismo esquema que el anterior texto punitivo. Fue el Código de 1928 quien eliminó del catálogo de penas la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad, habida cuenta que la pena siguiente a la de muerte, por orden de gravedad, era la pena de reclusión o prisión cuya duración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

temporal quedaba comprendida entre los dos meses y un día y treinta años (artículo 108). Incluso, cuando el condenado a muerte fuera indultado, dicha pena se entendería sustituida por la de treinta años de reclusión o prisión (artículo 116), con el condicionante de no poder ser licenciado sin haber cumplido cuando menos las dos terceras partes de la prisión o reclusión, salvo error judicial declarado en sentencia o por concesión de amnistía.

El Código Penal de 1932, norma en cuya virtud se procedió a la reforma del Código Penal de 1870, habida cuenta que el denominado “Código Gubernativo de 1928” fue anulado el 15 de abril de 1931, eliminó la cadena y la reclusión perpetua del catálogo de penas privativas de libertad, de modo que la reclusión mayor, cuya duración se estableció entre veinte años y un día y treinta años, se configuró como la pena más severa del ordenamiento penal, al ser eliminada también la pena capital.

El Código Penal de 1944 reintrodujo la pena de muerte, pero no hizo lo mismo con la reclusión a perpetuidad. Tras la abolición de la pena de muerte por la Constitución de 1978 tampoco se rehabilitó la pena de privación de libertad perpetua, siendo ésta la situación que se mantiene hasta el momento presente.

Tras esta reseña histórica, bien puede decirse que aun cuando la reclusión o prisión a perpetuidad no ha sido una figura extraña a la normativa penal española, lo cierto es que esa modalidad no ha sido contemplada por los textos penales más recientes, concretamente los elaborados durante el fenecido siglo XX. Es más, como apunte significativo cabe decir que dos Códigos penales nacidos en un contexto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

político autoritario desecharon la eventualidad de mantener o reintroducir la pena privativa de libertad a perpetuidad.

Dicho lo anterior, a continuación se formulan una serie de consideraciones sobre la PPR, teniendo en cuenta, como referencia obligada, los argumentos plasmados en la Exposición de Motivos. Se dice que la PPR se ajusta a un modelo admitido en el Derecho comparado europeo. Diferentes países europeos recogen, en sus respectivos Códigos, penas que son equiparables a la PPR que el Anteproyecto pretende entronizar. Por ello, para poder calibrar con certidumbre el régimen jurídico imperante en algunos de los Estados de nuestro entrono jurídico, resulta conveniente reflejar de manera sucinta cuál es la normativa de referencia en Italia, Alemania y Francia.

A) Italia

En Italia el artículo 27 párrafo 3º de la Constitución de 1947 dispone que *“las penas no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”*. Pese a ello, el Código Penal vigente mantiene la pena de prisión perpetua (ergastolo), que se enumera en el artículo 17 (1) 2 de dicho texto legal como la más grave de las penas principales establecidas por la ley para los delitos (una vez abolida la pena de muerte por el artículo 27 párrafo 4º de la Constitución de 1947).

El artículo 22 del Código Penal define la pena de prisión perpetua de la siguiente manera: *“La pena de ergastolo es perpetua, y es cumplida en uno de los establecimientos destinados a ello, con la obligación de trabajar y aislamiento nocturno. El condenado al ergastolo puede ser admitido al trabajo al aire libre”*. La parte especial del Código Penal italiano contempla la pena de prisión perpetua como pena principal que corresponde a los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

delitos más graves, entre ellos ciertos delitos que ponen en peligro la seguridad nacional; atentado contra el Presidente de la República (artículo 276); atentado con fines terroristas o subversivos y resultado de muerte (artículo 280 párrafo 4º); secuestro de persona con fines terroristas o subversivos seguido de muerte dolosa (artículo 289 bis párrafo 3º); atentado contra Jefes de Estado extranjeros (artículo 295); estragos con resultado de muerte (artículo 422); difusión dolosa de epidemia (artículo 438); envenenamiento de aguas o sustancias alimentarias con resultado de muerte (artículo 439); homicidio agravado (artículos 575, 576 y 577); y secuestro de menor seguido de muerte dolosa (artículo 605 párrafo 4º).

Las normas penológicas relativas al concurso de delitos contenidas en la parte general del Código Penal incluyen reglas que determinan alguna particularidad en el régimen de cumplimiento de la pena de prisión perpetua o que, en su caso, dan lugar a la imposición de esa pena como resultado del concurso de varios delitos sancionados con penas graves. Así, conforme al artículo 72, *“Al culpable de varios delitos, sancionados todos ellos con la pena de prisión perpetua, se le impondrá dicha pena con aislamiento diurno de seis meses a tres años. En el caso de concurso de un delito sancionado con la pena de prisión perpetua con uno o más delitos sancionados con penas privativas de libertad temporales por un lapso total superior a cinco años se le impondrá la pena de prisión perpetua con aislamiento diurno por un período de tiempo de dos a 18 meses. El penado a prisión perpetua condenado al aislamiento diurno participará en la actividad laboral”*. En este mismo sentido el artículo 73 párrafo 2º dispone que *“Cuando concurren varios delitos, y para todos ellas está prevista la pena de reclusión no inferior a 24 años, se aplicará la pena de prisión perpetua”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La pena de prisión perpetua, al igual que las restantes penas privativas de libertad, queda sujeta a la posibilidad de libertad condicional, una vez que el penado haya cumplido, al menos, 26 años de privación de libertad (artículo 176 párrafo 3º Código Penal). La concesión de la libertad condicional queda en manos de la autoridad judicial y está sujeta al cumplimiento, por parte del penado, de los requisitos de carácter general establecidos en el propio artículo 176: a) que durante el período de ejecución de la pena haya observado un comportamiento tal, que lleve a considerar seguro su arrepentimiento; y b) que haya cumplido las obligaciones civiles derivadas del delito, salvo que el penado demuestre que se encuentra en la imposibilidad de cumplirlas (artículo 176 párrafos. 1º y 4º). También existen algunas normas especiales aprobadas en la década de 1990 que dificultan el acceso a la libertad condicional de los penados por delitos relacionados con la criminalidad organizada.

De conformidad con lo previsto en el artículo 177 párrafo 1º Código Penal *“La libertad condicional es revocada si la persona liberada comete un delito o una falta de la misma clase o incumple las obligaciones inherentes a la libertad vigilada establecidas de acuerdo con el artículo 230 número 2”*.

En cuanto a la extinción de la pena de prisión perpetua el artículo 177 párrafo 2 del Código Penal establece que una vez transcurridos cinco años desde la fecha de la resolución de libertad condicional, sin que haya concurrido ninguna causa de revocación, la pena resulta extinguida y, asimismo, son revocadas las medidas de seguridad personal ordenadas por el juez mediante la sentencia de condena o mediante una resolución posterior.



b) Francia

La prisión permanente, denominada en Francia “Reclusión criminal a perpetuidad” está prevista en el artículo 131.1 del Código Penal para infracciones muy graves, tales como asesinatos, terrorismo. El artículo 131-23 limita a veintidós años el periodo máximo durante el cual la persona no podrá beneficiarse de medidas de adaptación de la pena. Anteriormente, el periodo máximo a que se ha hecho alusión era de treinta años, pero posteriormente se rebajó. Por ello, el límite máximo durante el que se excluyen las medidas penitenciarias de individualización de las penas es veintidós años.

C) Alemania

El Código penal alemán dedica el capítulo 3º de la Parte General a las penas. El artículo 38 establece que la pena de prisión tendrá una duración determinada, con un máximo de 15 años, a menos que la ley establezca expresamente la pena de prisión permanente para el delito de que se trate.

El artículo 57 a regula las condiciones para la libertad anticipada en relación con las penas de prisión permanente. Señala que se podrá acordar esta liberación pero acordando un periodo de libertad vigilada de cinco años, y siempre que se den las siguientes condiciones:

- a) Que el penado haya cumplido 15 años de privación de libertad.
- b) Que las particulares circunstancias de la culpabilidad del condenado no exijan el cumplimiento efectivo de la pena de prisión permanente.
- c) Que se cumplan los requisitos para la liberación anticipada en casos de condenas a penas privativas de libertad de tiempo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

determinado, específicamente, que la liberación sea apropiada teniendo en cuenta el interés general de seguridad pública y que la persona condenada lo consienta.

La decisión judicial de libertad anticipada valorará la personalidad del condenado, su historia previa, las circunstancias del delito cometido, la importancia del bien jurídico que pudiera ponerse en peligro si delinquirá de nuevo, el comportamiento de la persona condenada durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias y los efectos que son de esperar en él con la libertad anticipada. El tribunal podrá fijar un plazo, que no excederá de dos años, antes del cual será inadmisibile que el condenado solicite de nuevo la libertad anticipada. El artículo 57b señala que si la pena de prisión permanente ha sido impuesta en virtud de una sentencia que englobe varias condenas por delitos específicos, cada uno de estos delitos será evaluado exhaustivamente.

Entre los delitos que el Código penal alemán castiga con pena de prisión permanente encontramos los actos bélicos (artículo 80), la traición (artículo 81 y 94), y aquellos otros delitos que tienen como resultado la muerte de la víctima, así: agresión a menores con resultado de muerte (artículo 176 b), agresión sexual o secuestro con resultado de muerte de la víctima (artículo 178), asesinato en determinadas circunstancias (artículo 211, 212), detención ilegal con resultado de muerte (artículo 239 a) robo con resultado de muerte (artículo 251, 316a) explosión nuclear con resultado de muerte (artículo 307, 308) o emisión de radiaciones con resultado de muerte (artículo 309) ataques marítimos o aéreos que causen la muerte de una persona (artículo 316 c). En estos supuestos se incluye la pena de prisión permanente cuando la muerte se ha producido al menos por negligencia grave.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

A la vista del panorama normativo, ciertamente no cabe cuestionar que otros ordenamientos penales europeos prevean medidas de contenido similar a la PPR, si bien también cabe decir que algunos países, por ejemplo Alemania, la pena de privación de libertad temporal máxima no supera los quince años, límite notablemente inferior al que establece nuestro Código Penal. Además, no debe pasar inadvertido que ninguna de las Constituciones de los Estados citados contiene una cláusula íntegramente equiparable a la establecida en el primer inciso del artículo 25.2, en cuya virtud *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientados hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”*.

Dentro del Capítulo IX (De la Jurisdicción) de la Ley Fundamental Alemana, no existe precepto alguno que resulte, en mayor o menor medida, equiparable al artículo 25.2 de la CE. Otro tanto sucede con el texto constitucional francés, mientras que el artículo 27 de la Constitución Italiana establece, en el párrafo tercero que *“Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y estarán orientados a la reeducación del condenado”*. Si bien debe reconocerse que el precepto de la Constitución italiana traído a colación presenta notable similitud con el precepto de la Constitución Española antes invocado, pues en ambos se proclama que las penas estarán orientadas a la reeducación del condenado, sin embargo, el indicado artículo 27 omite cualquier referencia a la reinserción como finalidad orientadora de las penas, lo cual, como más adelante se explicita, confiere al precepto de nuestra Carta Magna un matiz cuya importancia no es desdeñable.

Por otra parte, la Exposición de Motivos trae a las mientes que el TEDH ha considerado que el establecimiento de la prisión perpetua es compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos, cuando



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena con vistas a la conmutación, revisión, terminación o libertad condicional del penado, pues tales medidas son suficientes para la salvaguardia del artículo 3 de la citada Convención. Ciertamente, el TEDH ha seguido el criterio que se refiere el prelegislador, y ello ha dado lugar que nuestro Tribunal Constitucional haya acogido dicho criterio respecto de la prisión a perpetuidad en el contexto del procedimiento de extradición. Sirva de ejemplo la STC 181/2004, en cuyo fundamento jurídico decimoquinto se dice:” (...)A ello hemos de añadir que, a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del artículo 15 de la Constitución, a los efectos de corrección Constitucional de las resoluciones judiciales que declaren procedentes la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en el caso de imponerse dicha pena su ejecución no sea indefectiblemente de por vida (STC 148/2004), con cita de la SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering Reino Unido; de 16 de Noviembre de 1999, asunto T y V a Reino Unido)”.

Pese a lo expuesto, no deben orillarse dos aspectos de importancia. En primer lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de cita, al igual que otras de sentido equivalente, se ha limitado a ponderar la corrección constitucional de la prisión a perpetuidad, modificable o revisable, desde la perspectiva del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 15 de la CE, que como es sabido proscribire las penas y tratos inhumanos o degradantes. Por otra parte, no cabe ignorar que en el ámbito de la extradición el Estado requirente no es un poder público que se halle sometido a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Constitución española, y, de ahí que sea necesario determinar hasta qué punto y con qué criterios los Tribunales españoles pueden y deben examinar la regularidad constitucional de la actuación de los poderes públicos extranjeros. Sobre este particular aspecto, la STC 91/2000 ha establecido la siguiente doctrina, de cara a determinar el alcance de la denominada “vulneración indirecta” de la Constitución

“(...) Por lo tanto, hemos de afirmar desde ahora que al contenido absoluto de los derechos fundamentales, determinado en la forma que acaba de indicarse y que, según lo dicho, comporta necesariamente, una proyección ad extra, no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que, en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podría tener las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia. Así, al analizar esta cuestión en relación con las garantías contenidas en el art. 24 CE, las SSTC 43/1986, FJ 2 y 54/1989, FJ 4, han señalado que, si bien los Tribunales extranjeros no se hallan vinculados por la Constitución española ni por su elenco de derechos protegidos por el recurso de amparo, sí lesionan los derechos fundamentales las resoluciones de los órganos judiciales españoles que homologan "una resolución judicial foránea en un supuesto en que, por ser contraria a los principios esenciales contenidos en el art. 24 de la Constitución, debiera haber sido repelida por el orden público del foro". Este último concepto "ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución", ya que "aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros" (STC 43/1986, FJ 4).

No son, pues, todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE las que pueden proyectarse sobre la valoración de la actuación pasada o futura de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad "indirecta" de la actuación de la jurisdicción española; sino sólo sus principios básicos o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo (...)"

Como se observa, el control de los derechos fundamentales con proyección "ad extra" se limita al denominado núcleo esencial del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona, dada su vocación universal, pero no a aquellas singularidades específicas que nuestra Constitución les confiere, las cuales, sin embargo, vinculan en su integridad a todos los poderes públicos españoles. Además debe añadirse, como en reiteradas resoluciones ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, que el primer inciso del artículo 25.2 no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, del que no se derivan derechos subjetivos.

Por último, la Exposición de Motivos también invoca el criterio sustentado por el Consejo de Estado en el dictamen elaborado a propósito de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal dictamen recayó en el Expediente número 1374/1999 (Asuntos Exteriores) y, en relación con la pena de prisión perpetua prevista en el artículo 77 del citado Estatuto, se formularon las siguientes consideraciones.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“(...) El artículo 77 del Estatuto de la CPI incluye dentro del catálogo de penas aplicables la de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Como quiera que una cosa es la imposición de tal pena privativa de libertad y otra distinta la función que se atribuye a su cumplimiento, sería discutible que dicha previsión entrara en colisión irreductible con el artículo 25.2 de la Constitución. En todo caso, los eventuales reparos en cuanto a su admisibilidad desde el orden constitucional vigente decaen hasta un nivel relativo gracias a diversas modulaciones al respecto dentro del propio Estatuto.

En primer lugar, el artículo 80 establece que "nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte". Aplicando esta última cláusula de salvaguardia España, como Estado de ejecución, no vería afectados los principios constitucionales previstos en el artículo 25.2 que -en su entendimiento más extremo y sin tener en cuenta otros mecanismos de interrupción de la ejecución de las penas- podrían conducir a rechazar penas perpetuas por colisionar con la reeducación y reinserción social de los condenados. Es más, el artículo 103.1.b) del Estatuto admite que, "en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte" y el mismo artículo, en el párrafo e) de su apartado 3, establece que la Corte, al ejercer su facultad discrecional de efectuar la designación prevista en el 1, tendrá en cuenta "otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución".

Aunque podría dudarse de que los anteriores preceptos permitieran evitar a todo trance la imposición de penas a perpetuidad a nacionales españoles (especialmente si España no es el Estado de cumplimiento), parece que esta eventualidad -y su posible fricción con el aludido artículo de la Constitución española- encuentra una flexibilización suficiente en la reducción de las penas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

prevista en el artículo 110 del Estatuto, cuya revisión -que en todo caso deberá plantearse a los 25 años de prisión en caso de cadena perpetua y podrá volverse a suscitar- denota una posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas (cabe recordar que en diversos ordenamientos la reclusión perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, sin colisionar, por tanto, con una ejecución de la pena orientada a la reeducación y reinserción social (...)).

De lo expuesto se deduce que el órgano consultivo también tuvo en cuenta otras razones a la hora de salvar los posibles escollos derivados de la aplicación del citado artículo, entre ellos la cautela prevista en el artículo 80 y la fijación de condiciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 103.1b). Precisamente, al amparo del artículo último citado, el Instrumento de Ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dado el 17/7/1998, contiene la siguiente cláusula: *“España declara que, en su momento estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”*. Esta cautela, si bien no puede ser invocada para refutar, rotundamente, la conformidad de la PPR con el ordenamiento jurídico español, al menos pone de relieve la clara oposición del legislador a que las penas de prisión a perpetuidad pudieran llegar a ejecutarse en territorio español, criterio éste que se ve corroborado por el contenido del apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo tenor es el siguiente: *“(...) Esta autorización se expresa en el único artículo que contiene la ley, al que se acompaña una declaración manifestando la disposición de España a recibir personas condenadas por al Corte en los establecimientos penitenciarios de nuestro país siempre que la duración de la pena de prisión impuesta no exceda de la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

máxima admitida por nuestra legislación, declaración permitida expresamente en el artículo 103 del Estatuto, al tiempo que necesaria por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado (...)”

Llegados a este punto, resta por analizar si la PPR es conciliable con el mandato del artículo 25.2 a que antes se ha hecho mención. Antes de abordar el fondo de la cuestión, deben quedar perfectamente perfilados los límites de la controversia, de manera que se deberá tener en cuenta, de consuno con una pacífica doctrina constitucional, que la reeducación y reinserción a que se refiere el precepto no constituyen un derecho fundamental –ni siquiera un derecho subjetivo- sino un mandato dirigido al legislador de cara a orientar la política penal y penitenciaria; que tales fines no son los únicos que persiguen las penas privativas de libertad, y que el constituyente, a diferencia de la pena de muerte y los trabajos forzados, no proscribió expresamente la pena de prisión a perpetuidad.

Por otro lado, para comprender la verdadera significación y alcance de la PPR no sólo se ha de tener en cuenta el carácter revisable de la sanción, sino, sobre todo, la posibilidad de que no concurren las circunstancias que posibilitan la revisión de la pena, en cuyo caso “de facto y de iure” se convertiría en privación de libertad de por vida, siendo ésta la principal diferencia con el resto de penas privativas de libertad que recoge el vigente Código Penal.

Una vez centrado ese aspecto nuclear de la cuestión, hemos de señalar que el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse abiertamente sobre el encaje constitucional de una pena privativa de libertad eventualmente perpetua, sencillamente porque



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

desde la entrada en vigor de la Carta Magna ninguna norma penal española ha previsto tal contingencia. Por tanto, al margen de los pronunciamientos vinculados al procedimiento de extradición, desde una perspectiva estrictamente interna, el supremo intérprete de la Constitución no ha llegado a dilucidar sobre la adecuación al mandato estatuido en el artículo 25.2, respecto de una pena que, potencialmente, pueda acarrear la privación definitiva del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 del texto normativo indicado.

En el contexto de la ejecución de las penas privativas de libertad, reeducación y reinserción son conceptos que participan de algunos rasgos comunes que dotan de similitud a ambas figuras. No obstante, ello no significa que presenten un significado absolutamente equivalente e indiferenciado, pues si así fuera el constituyente habría incurrido en una manifiesta redundancia. El término reeducación se asocia a la actividad tendente a paliar las carencias del recluso y a erradicar los malos hábitos adquiridos, de manera que dentro de un entorno difícil, como es el carcelario, aquél pueda desarrollar una serie de aptitudes y habilidades sociales que disminuyan los factores criminógenos y, en la medida de lo posible, prevengan la comisión de futuros comportamientos delictivos.

Si bien es posible concebir la reeducación desde una perspectiva estrictamente penitenciaria y sin tener en cuenta el acceso ulterior a la libertad –cuando simplemente tenga por objeto la adaptación al régimen carcelario o el desarrollo personal del penado- por el contrario, la reinserción no puede ser concebida al margen de un ulterior retorno del penado a la sociedad. La ejecución de una pena de prisión no sólo comporta la pérdida de la libertad de deambulación y el confinamiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

obligado, sino también otros efectos gravosos, tales como la destrucción o, al menos, la grave alteración de las relaciones sociales del interno. Por ello, mediante la aplicación de medidas que favorezcan la reinserción se evita añadir males innecesarios a los que de por sí conlleva la ejecución de la pena y, además, se posibilita que el tránsito a la libertad futura se produzca de manera menos traumática.

El artículo 83 del Reglamento Penitenciario enuncia, en el número dos, una serie de objetivos relacionados con el régimen abierto, que son paradigma de lo que cabría denominar reinserción social positiva. Dichos objetivos son la normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral (letra c); prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social (letra d) y coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas y privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad (letra e).

Una vez se han puesto de relieve las características más relevantes de la reeducación y la reinserción en el contexto de la ejecución de las penas privativas de libertad, procede abordar directamente el aspecto nuclear de la problemática que suscita la proyectada introducción de la PPR. Según se indica en la Exposición de Motivos, la imposición de la PPR no implica prescindir del mandato contenido en el artículo 25.2, pues una vez cumplida una parte de la condena el retorno a la libertad del penado es posible, siempre que concurren los requisitos establecidos en el Código Penal. Enunciado de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ese modo, el argumento refleja una de las caras de la medida, a saber: que la PPR es equiparable al resto de penas privativas de libertad cuando la evolución del penado resulte conforme a los parámetros establecidos por el Anteproyecto. Sin embargo, y ello constituye el envés de la situación antes descrita, el fracaso del tratamiento penitenciario produciría una postergación indefinida de la puesta en libertad del condenado que, incluso, podría llegar hasta el fin de sus días.

Si se toma en consideración la contingencia enunciada en último lugar, resulta cuanto menos dudoso que una privación de libertad perpetua sea conciliable con la reinserción contemplada en el artículo 25.2 de la Constitución. Las penas privativas de libertad de carácter temporal no excluyen el reingreso del penado al entorno social, por muy extensa que sea su duración, salvo por el fallecimiento de este último, pues en el peor de los escenarios posibles, es decir cuando el penado no hubiera obtenido beneficios que supongan un acortamiento de la condena, al menos obtendría la libertad finalizada la duración de la pena fijada en sentencia, o dicho con otras palabras, se reinsertaría en la sociedad una vez finiquitada la sanción impuesta, lo cual no tendría lugar si la sanción impuesta fuera la PPR.

Las consideraciones anteriormente formuladas abocan a un dilema final: el artículo 25.2 de la Constitución únicamente impone la obligación de tener en cuenta la finalidad de reeducación y reinserción, sin que ello suponga necesariamente que las penas privativas de libertad deban estar sujetas a plazo o, por el contrario, el hecho de que tales penas estén orientadas a la reinserción implica que tal circunstancia, considerada en su acepción más literal, es decir como el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

futuro reingreso a la sociedad, no puede ser impedida por la naturaleza indeterminada y eventualmente perpetua de la PPR. En este informe se aboga a favor de esta segunda postura, siendo conscientes, no obstante, de que la decisión final sobre esa cuestión le correspondería, en su caso, al supremo intérprete de la Constitución, quien en algunas de sus sentencias ya ha puesto de relieve la vinculación del artículo 25.2 con la futura vida en libertad del penado tras el cumplimiento de la condena. En ese sentido son sumamente ilustrativas las consideraciones vertidas en el fundamento jurídico cuarto de la STC 112/1996.

(...)Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25,2 CE no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad (AATC 15/84, 486/85, 303/86 y 780/86, y SSTC 2/87 y 28/88). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la CE, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena.

Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cual es la evolución del penado (...)”

Por último, procede traer nuevamente a colación la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, en la cual se consideró necesario establecer, como salvaguardia del artículo 25.2, que las penas impuestas por la Corte Penal Internacional no excedieran de la máxima admitida por nuestra legislación, a efectos del cumplimiento de tales penas en España. Ello evidencia que, según criterio del otrora legislador, la reclusión a perpetuidad prevista en el catálogo de penas recogido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no se consideró compatible con el primer inciso del artículo 25.2 de la Constitución.

Desde un prisma diferente, no debe pasar inadvertido el hecho de que la Exposición de Motivos no haga mención a las razones y motivos que han llevado al prelegislador a introducir la PPR. En el apartado II de la citada Exposición se alude a que dicha pena se reserva para los delitos más graves; que su aplicación no supone una renuncia a la futura reinserción del penado ni constituye una suerte de pena definitiva y, por último, que tanto el TEDH como el Consejo de Estado han avalado tal medida. Sin embargo, ninguna referencia aparece respecto de las circunstancias que, precisamente en el momento actual, aconsejan que una pena privativa de libertad eventualmente perpetua se instaure en el vigente Código Penal, en contra de la evolución histórica a que se ha hecho mención en este informe.

Tal omisión no se ve colmada por el postulado inicial de la Exposición de Motivos, ampliamente comentado en otro apartado de este informe, pues la genérica alusión a la necesidad de robustecer la confianza en la Administración de Justicia a través del dictado de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

resoluciones judiciales previsibles y percibidas como más justas por la sociedad, en poco contribuye a esclarecer las motivaciones de política criminal que justifican introducción de la antedicha medida.

Pese al silencio del prelegislador sobre ese aspecto, no obstante cumple decir que, en la situación actual, la incorporación de la PPR al catálogo de penas privativas no se justificaría por el incremento numérico de los crímenes para los que se prevé esa sanción. La tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa. Según el Balance de Criminalidad correspondiente al año 2011, elaborado por el Ministerio del Interior, la tasa de criminalidad española (crímenes por cada mil habitantes), es de 48,8, cifra que es inferior a la de Francia (56,4), Alemania (73,8), y Reino Unido (77,7), pero superior a la de Italia (43,8) y Portugal (40,1), estas últimas relativas al año 2009. En el capítulo correspondiente a los homicidios dolosos y asesinatos consumados, la tasa por cada 100.000 habitantes correspondiente al año 2011 fue de 0,82, que fue inferior a la habida en el año 2010 (0,85). Según Eurostat, en el año 2009, la tasa española de homicidios fue del 0,90, ratio esta que es menor a la de los restantes países europeos, con la salvedad de Alemania (0,86) y Austria (0,51).

Como se observa, España no destaca, precisamente, por la alta incidencia de los delitos contra la vida humana independiente y, de ahí que la instauración de la PPR no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada desmesurada de esta clase delitos.

Mención aparte merecen los atentados contra la vida de tipología terrorista, que durante décadas han constituido una abominable lacra



que ha producido resultados particularmente deletéreos y execrables.

Las cifras al respecto son suficientemente expresivas: en el año 1968 el número de víctimas mortales fueron dos, alcanzándose el número más alto en el periodo de 1978 a 1980 (91, 119 y 122 muertes respectivamente), así como en el 2004, con motivo del asesinato masivo conocido como “la matanza de Atocha” (190 muertos y más de 1800 heridos). No obstante, durante los últimos años la operatividad del principal grupo terrorista ha disminuido de manera drástica, principalmente por la eficaz y abnegada labor de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, digna de toda loa y reconocimiento. Ello denota que la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la PPR en el Código Penal.

a.2. Régimen jurídico de la Prisión Permanente Revisable.

a) Artículo 36.

Para una mejor comprensión del régimen jurídico contenido en el Anteproyecto, se incorpora un cuadro anexo en el que se desglosan las especificidades de la PPR, según los diferentes supuestos tenidos en cuenta por el prelegislador.

En el apartado tres del artículo 36 se recogen las singularidades de la progresión al tercer grado penitenciario, así como los requisitos específicos para el disfrute de permisos de salida. Para que proceda la clasificación en el grado indicado el penado deberá haber cumplido, al menos, quince años de prisión efectiva, salvo que hubiera sido condenado por un delito previsto en el artículo 572. 2.1 del Código Penal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

-es el único supuesto para el que se prevé la PPR, dentro del Capítulo VII del Título XXII, relativo a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo- en cuyo caso, el tiempo de prisión efectiva será, como mínimo, de veinte años.

El establecimiento de una mayor dilación temporal para el acceso del tercer grado, a causa de la peculiar tipología del delito, supone una quiebra de la sistemática seguida por el Código Penal, pues si bien es cierto que el vigente artículo 36.2 prevé un régimen más severo para ciertos delitos –entre ellos, los relacionados con el terrorismo- de cara a obtener la clasificación en el tercer grado, la mayor rigurosidad enunciada no implica más tiempo de prisión efectiva, sino que el requisito relativo al cumplimiento de la mitad de la pena sea obligatorio, en esos casos, mientras que para el resto de delitos se prevea con carácter potestativo.

La diferenciación cualitativa que contempla el vigente Código Penal puede ser discutible, principalmente si se tiene en cuenta que la progresión al tercer grado no es más que la consecuencia de la favorable evolución del tratamiento penitenciario. Ahora bien, si además se establece un tiempo de prisión efectiva superior para una modalidad delictiva sancionada con la misma pena que las restantes, lo que presupone que su gravedad es equiparable, la diferenciación establecida por el Anteproyecto denota que el principal propósito de la medida no es otro que el de endurecer el régimen de cumplimiento, teniendo en cuenta, exclusivamente, la tipología del delito. Por ello, debería reflexionarse sobre la conveniencia de establecer un régimen diferenciado sobre la base exclusiva de la singularidad del delito cometido, pues no cabe olvidar que el régimen jurídico establecido en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

artículo 36.3 es aplicable, únicamente, a los comportamientos castigados con PPR.

La clasificación en el tercer grado penitenciario deberá ser autorizada por el Tribunal, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, una vez oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias.

La obtención de permisos de salida también es objeto de regulación; su disfrute sólo será posible transcurridos ocho años de cumplimiento efectivo, con carácter general, y doce años para el supuesto vinculado a la actividad terrorista. Según reza el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, para la concesión de permisos de salida ordinarios -hasta un total de treinta y seis días por año en segundo grado, o cuarenta y seis en tercer grado- es necesario haber extinguido una cuarta parte de la condena o condenas, y no haber observado mala conducta.

Teniendo en cuenta las directrices enmarcadas en el precepto traído a colación, se constata que para el cálculo del cumplimiento de la cuarta parte de la condena se ha tomado como referencia la cifra de 32 años, para el supuesto general (8 es la cuarta parte de 32) y de 48 años para los delitos vinculados con la actividad terrorista (12 es la cuarta parte de 48). El periodo contemplado por el prelegislador para la concesión de permisos de salida es distinto del seguido para fijar la progresión al tercer grado. Si se tiene en cuenta el criterio establecido en el vigente artículo 36.2, en cuya virtud, para la progresión al tercer grado es necesario haber cumplido la mitad de la condena, el número de años tomados en consideración por el número 3 del artículo 36 es de 30



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

años para el supuesto general (15 es la mitad de 30) y 40 años para los delitos de naturaleza terrorista (20 es la mitad de 40).

Como se observa, los parámetros seguidos para la progresión al tercer grado y para el disfrute de permisos de salidas son diferentes. Tal diferencia no se halla aparentemente justificada y, por ello, sin perjuicio de insistir en la conveniencia de fijar un régimen homogéneo para todos los delitos sancionados con PPR, sería consecuente establecer como referente, a efectos de calcular el cumplimiento de la cuarta parte de condena, la cifra de treinta años y, en su caso, la de cuarenta años para el delito previsto en el artículo 570.2.1, de manera que los permisos de salida pudieran disfrutarse transcurridos siete años y seis meses o, para el caso de mantenerse la diferenciación por la naturaleza del delito, diez años para los delitos relacionados con la actividad terrorista.

En el número cuatro se regula la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, para los enfermos muy graves con padecimientos incurables. El citado número reza del siguiente modo: *“En todo caso, podrá acordarse la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables. En estos supuestos, la progresión al tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal”*. La redacción empleada es mejorable desde un punto de vista gramatical, a cuyo fin se sugiere la siguiente redacción: *“En todo caso, el Tribunal podrá autorizar, previo informe del Ministerio Fiscal, la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, valorando especialmente la escasa peligrosidad de aquél”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Artículos 76.1 e) y 78 bis y 92.

Según establece el artículo 76.1 e) cuando el penado haya sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos esté castigado con PPR, se aplicarán las previsiones especialmente establecidas en los artículos 78 bis y 92. El artículo 78 bis estatuye un régimen general para los delitos sancionados con la pena antes aludida (números uno y dos) y un régimen específico para los delitos de terrorismo (número tres).

En el número uno se dispone que el mínimo de cumplimiento para la progresión al tercer grado será de dieciocho años, cuando uno de los delitos esté sancionado con pena de PPR y la suma del resto de penas exceda de cinco años (letra a), mientras que si al condenado le han sido impuestas dos o más penas de PPR, el mínimo de cumplimiento alcanzará los veintidós años (letra b). Lógicamente, el mínimo de cumplimiento establecido es superior al previsto en el artículo 36.3, pues este precepto solamente toma como referencia la comisión de un hecho delictivo sancionado con PPR o, en su caso, la comisión de varios delitos distintos del que es acreedor a dicha pena, siempre que la suma total no exceda de cinco años.

El número dos del precepto viene referido a la suspensión de la ejecución del resto de la pena –entiéndase el acceso a la libertad condicional según las pautas fijadas por el Anteproyecto-. A tal fin, será necesario que el penado haya extinguido un mínimo de veinticinco años de prisión en el supuesto a que se refiera la letra a (una única pena de PPR) o treinta años de prisión para el caso regulado en la letra b (dos o más penas de PPR). Como a continuación se verá, la regulación que ofrece el Anteproyecto sobre este aspecto no es congruente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Según reza el artículo 92.1a) *“El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando el penado haya cumplido de forma efectiva veinticinco años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo”*. Del proyectado mandato claramente se infiere que tal previsión será de aplicación cuando al penado le haya sido impuesta una única pena de PPR o, además, otras penas cuya suma total no exceda de cinco años, pues si éstas exceden de dicha suma resultará de aplicación el artículo 78 bis. Una vez delimitado el ámbito de aplicación del artículo 92.1 a), si se coteja el tiempo mínimo de cumplimiento fijado en ese precepto (veinticinco años), con el establecido en el artículo 78 bis 2 a) para el caso de que el penado haya sido condenado por un delito castigado con PPR y la suma del resto de penas exceda de cinco años (veinticinco años), fácilmente se infiere que el prelegislador confiere el mismo tratamiento a dos supuestos de gravedad disímil.

Además, tampoco debe pasar inadvertida la diferente terminología empleada en los preceptos objeto de comparación y así, mientras el artículo 78 bis dos refiere que el otorgamiento de la suspensión de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veinticinco años de prisión, en el apartado a) del artículo 92.1 se establece, como requisito ineludible, que el penado haya cumplido de forma efectiva veinticinco años de prisión. Nótese, que cuando el prelegislador alude al “cumplimiento de prisión efectiva” está refiriéndose al tiempo mínimo de privación de libertad para acceder al tercer grado; obviamente, si para acceder a la suspensión de la ejecución “ex artículo 92-1” es preciso estar clasificado en tercer grado (letra b), debería sustituirse la expresión *“cumplidos de forma efectiva veinticinco años de su condena”* por la de *“haber extinguido veinticinco años de su condena”*, de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

cara a establecer una sistemática uniforme respecto de los artículos 78 bis 2 y 92.1 b).

El número tres desarrolla el régimen aplicable a los delitos de terrorismo, cuyos umbrales se elevan para la obtención del tercer grado, a veinticuatro y treinta y dos años respectivamente, y a veintiocho y treinta y cinco años para la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

El artículo 92 tiene por objeto delimitar el régimen jurídico propio de la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR. El apartado a) del número uno ya ha sido analizado anteriormente; el apartado b) contempla la necesidad de que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, lo que igualmente se prevé con carácter general en el artículo 90. 1 a), mientras que el apartado c) ha sido redactado en términos sustancialmente coincidentes con los recogidos en el artículo 90.1 c) vigente, salvo un añadido en virtud del cual se exige que el Tribunal fundamente el eventual pronóstico favorable de reinserción social, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine.

También se establece que si el penado hubiera sido condenado por varios delitos, el examen de los requisitos de las letras b) y c) del apartado uno se realizará con relación al conjunto de delitos valorado en su conjunto. Aparte de la redundancia que supone el empleo por dos veces del vocablo “conjunto”, carece de sentido mencionar el requisito establecido en la letra b), habida cuenta que dicha letra alude al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

requisito ineluctable de la clasificación en tercer gado, cuyo régimen jurídico ya se prevé en el artículo 78 bis y en el artículo 36.3.

El número dos viene referido a los delitos de terrorismo cuya terminología es muy similar a la recogida en el vigente artículo 90.1, último párrafo, para determinar cuando cabe establecer un pronóstico de reinserción favorable.

El número tres recoge el plazo de duración de la suspensión de la ejecución, que será de cinco a diez años con remisión expresa a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 80.1 y en los artículos 82.2 y 83 a 87. La remisión en bloque a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 80.1 se antoja redundante, habida cuenta que el apartado c) del artículo 92.1 contempla, como aspectos a tener en cuenta, la personalidad del penado, sus antecedentes, sus circunstancias familiares y sociales, las circunstancias del delito cometido y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y de las medidas que le fueran impuesta. Por ello, bastaría con añadir al referido apartado c) un inciso, en el que se haga referencia a la conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, que es el único aspecto del artículo 80.1 al que no se refiere el invocado artículo 92.1.c

Por otro lado, la posibilidad de que al penado le sea de aplicación lo previsto en el artículo 84, es decir que el Tribunal pueda condicionar la suspensión de la ejecución del resto de la pena al pago de una multa (ordinal segundo) o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (ordinal tercero) resulta ser manifiestamente desproporcionada, principalmente por la extensión de la PPR. Además,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

no debe pasar inadvertido que las prestaciones o medidas a que se refiere el mentado artículo 84 están previstas para la suspensión inicial de la ejecución de la pena, pues así lo corrobora el mandato contenido en el artículo 90.5, el cual no contempla la aplicación del artículo 84 para el régimen general de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la consiguiente concesión de la libertad condicional.

Por último, en el número cuatro se determina la periodicidad para valorar sobre la procedencia de otorgar la libertad condicional, una vez extinguida la condena a que se refiere la letra a) del número uno del artículo 92 o, en su caso el artículo 78 bis. El plazo mínimo al que viene sujeto el Tribunal es de dos años, sin perjuicio de que el penado pueda formular petición en tal sentido, en cuyo caso, el Tribunal vendrá obligado a resolver, salvo que acote tal posibilidad a una petición por año.

Obviamente, las sucesivas denegaciones de la libertad condicional pueden dar lugar, aunque explícitamente no se recoja en el Anteproyecto, a que el penado se vea abocado a la prisión de por vida, con la consiguiente problemática a que se ha hecho mención en este informe.

b. Clases de penas.

En el número cuatro del artículo 33 se han operado las siguientes modificaciones respecto del catálogo de penas leves.

a) Se suprime el suelo de diez días establecido actualmente para la pena de multa, de manera que pasa a ser considerada leve cualquier multa que sea inferior a dos meses (artículo 33.4 f)



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

b) La pena de localización permanente deja de formar parte del grupo de penas leves, si bien se mantiene como modalidad de pena menos grave en el apartado l) del artículo 33.3 vigente.

c) Los trabajos en beneficio de la comunidad también se excluyen de la modalidad venial de penas, pues su duración pasa a ser de treinta y un días a un año (artículo 40.4).

Varias son las observaciones que cabe formular. En primer lugar, debería subsanarse un error, a saber: la consideración como leve de la multa inferior a dos meses. Redactado en esos términos, la pena de dos meses de multa quedaría en una suerte de limbo jurídico, ya que al no superar los dos meses no sería incardinable en el artículo 33.3 i), como pena menos grave, sin que tampoco pueda ser reputada leve al exceder del umbral fijado por el prelegislador. Por ello, se sugiere conferir al artículo 33.4 f la siguiente redacción: “La multa no superior a dos meses”.

Respecto de los trabajos en beneficio de la comunidad se estima necesario salvar la discordancia detectada entre el vigente artículo 33.3 k), que reputa menos grave dicha pena cuando su extensión es de 31 a 180 días, y el artículo 40.4, el cual prevé que la duración de la pena citada será de 31 días a un año. Dado que el artículo 33.2 no contempla, bajo ninguna circunstancia, la modalidad grave de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se sugiere modificar la redacción del artículo 33.3 k), al objeto de ampliar a un año el techo de la referida pena.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La supresión de la localización permanente como pena leve debería ser repensada, principalmente por razones de coherencia sistemática. Según se prevé en el artículo 53.1 *“Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que tratándose de delitos leves, podría cumplirse mediante localización permanente(...)”*. Resulta paradójico que, por un lado se suprima la posibilidad de imponer la localización permanente como pena leve y, sin embargo, en el artículo 53.1 se prevea que sólo cuando el delito sea leve la responsabilidad personal subsidiaria podrá cumplirse mediante la localización permanente.

Los números uno, primer párrafo, y dos del artículo 57 han sido modificados por el Anteproyecto, mientras que el número tres de dicho artículo ha sido suprimido. Las razones que han impulsado la reforma de estos preceptos se anudan a la desaparición de las faltas y a la consiguiente instauración del delito leve. Por ello, en el primer párrafo del indicado artículo se prevé la posibilidad de imponer alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, hasta el máximo de un año, si el delito fuera leve, previsión ésta que también se establece en el número dos. Obviamente, la desaparición de las faltas conlleva la suspensión del número tres, que contempla la posibilidad de imponer las prohibiciones previstas en el artículo 48 cuando los hechos sean constitutivos de cualquiera de las faltas descritas en los artículos 617 y 620, para un tiempo no superior a 6 meses.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

c. Aplicación de las penas.

Las reglas establecidas en el artículo 66, de cara a la fijación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, han sido objeto de las siguientes modificaciones.

a) Nuevo tratamiento de la reincidencia, cuyo régimen jurídico prácticamente se equipara al establecido para los casos en que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes (número uno, subapartado cuatro).

b) Eliminación de la regla contenida en el ordinal quinto del artículo 66.1 vigente, en cuya virtud, la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia cualificada (condena por tres delitos comprendidos en el mismo título y que sean de la misma naturaleza) habilita la imposición de la pena superior en grado.

c) Aplicación a los delitos leves del régimen previsto en el número tres del artículo 66, para los delitos imprudentes.

La Exposición de Motivos no da cuenta de las razones que han llevado al prelegislador a excluir la reincidencia del régimen previsto para la concurrencia de circunstancias agravantes. No obstante, la medida merece una valoración positiva, desde una perspectiva estrictamente penológica y sin perjuicio de las consideraciones que se formulan en el apartado correspondiente a la custodia de seguridad, habida cuenta que la agravación taxativa prevista por la normativa vigente no se anuda a aspectos relacionados con el reproche que merece la conducta delictiva, sino con la mayor o menor proclividad delictual del autor, aspecto este que puede ser perfectamente valorado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

para la dosificación de la pena. Ahora bien, si a la postre la reincidencia se parifica con los supuestos en que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, carece de sentido seguir considerándola como una circunstancia agravante, pues aunque el subapartado cuatro establece una diferenciación entre las circunstancias personales del delincuente y sus antecedentes, no se aprecia obstáculo alguno que impida subsumir los antecedentes penales dentro del cúmulo de circunstancias concurrentes en el sujeto activo. Por ello, vista la opción por la que se decanta el prelegislador, sería conveniente eliminar la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el vigente artículo 22.8ª.

La modificación a que se ha hecho mención en la letra b) es consecuencia del nuevo tratamiento que se dispensa a la reincidencia y, por ello, sobran mayores comentarios al respecto.

El prelegislador ha equiparado el tratamiento de los delitos leves al previsto para los delitos imprudentes, de manera que para la dosificación de la pena se atenderá al prudente arbitrio del Juez o Tribunal. Esta medida no trae causa de una eventual asimilación con los delitos cometidos por imprudencia, sino de la transposición del régimen jurídico previsto para las faltas en el vigente artículo 638. Siendo esa, aparentemente, la principal razón de ser de la medida, sería conveniente modular el arbitrio judicial, mediante la consideración de las circunstancias concretas del caso y del culpable a que se refiere el citado artículo 638.

El número uno del artículo 71.1 también ha sido objeto de un leve retoque, que atañe al último inciso del precepto, de manera que la frase



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“sin que ello suponga la degradación a falta”, queda suprimida. Tal supresión resulta de todo punto consecuente con la eliminación de las faltas prevista por el Anteproyecto. Ahora bien, la supresión sin más del inciso deja sin solventar, al menos expresamente, una cuestión de importancia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 71.1 vigente, para la determinación de la pena inferior en grado los jueces y tribunales no quedan constreñidos por cuantías señaladas en la Ley para cada clase de pena, de manera que aquéllos únicamente quedan sujetos a las reglas establecidas para la degradación, pudiendo perfectamente traspasar el umbral cuantitativo fijado por el legislador para cada categoría penológica fijada por razón de la gravedad (graves, menos graves o leves) , sin que ello implique la consideración del hecho como falta, cuando con motivo de la degradación apuntada sea de aplicación una pena de carácter leve. Sin embargo, al suprimirse el inciso antes referido, el Anteproyecto no resuelve explícitamente si en el futuro la imposición de una pena leve, con motivo de la degradación penológica, confiere ese carácter a la infracción cometida o, por el contrario, ésta conserva la naturaleza que le corresponda en función a la pena asociada al tipo.

Tal cuestión no es baladí; piénsese, por ejemplo, en la aplicación de las medidas previstas en el artículo 48, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.1, cuya duración depende de si el delito es considerado grave, menos grave o leve (diez, cinco y un año, respectivamente). Asimismo, desde la perspectiva de la prescripción de penas el aspecto tratado también reviste interés, habida cuenta el diferente criterio seguido por la denominada “jurisprudencia menor” en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

relación con la degradación de la pena correspondiente a un delito hasta el umbral propio de las faltas. El AAP de Madrid de fecha 17/2/2011 vino a considerar que el criterio rector se anuda a la pena realmente impuesta, con independencia de la gravedad abstracta de la infracción penal cometida, mientras que el AAP de Zaragoza, de fecha 25/6/2010, sostuvo la tesis contraria, al entender que lo relevante, a esos efectos, es la naturaleza de la infracción (delito o falta), con independencia de la entidad de la pena realmente impuesta. Por tanto, en atención a los argumentos consignados en este informe, sería procedente esclarecer el aspecto antes apuntado, para así disipar cualquier duda interpretativa que pueda suscitar la supresión del inciso al que se ha hecho mención.

Por otra parte, el número dos del artículo citado no ha sido objeto de modificación pese a que, según prevé el Anteproyecto, la Sección 2ª del Capítulo III del Título en que se inserta el artículo ha sido suprimida y, lo que es más importante, el artículo 88 pasa a regular exclusivamente la sustitución de penas impuestas a los extranjeros. Así pues, el mandato que proclama el artículo 71.2 carece materialmente de contenido, ya que la referida Sección ha desaparecido como tal, el artículo 89 se deroga expresamente y el artículo 88 asume, en esencia el contenido del artículo último citado. Por ello, urge conferir una nueva redacción al número dos del artículo 71, de cara a articular una fórmula de sustitución de las penas de prisión inferiores a tres meses.

El artículo 76 es objeto de varias modificaciones. En primer lugar se establece un nuevo ordinal e) en el número primero, que concierne al supuesto en que se haya impuesto una pena de PPR y cuyo análisis ya ha sido efectuado. También se añade un último párrafo al número uno, en cuya virtud se establece que *“A los efectos de este apartado no se*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

computarán las penas impuestas por delitos leves”. Visto el contenido de la adición, cabe apuntar dos posibles interpretaciones sobre el alcance del proyectado mandato: la primera de ellas implica que, a los efectos previstos en los ordinales a) hasta e), los delitos leves no se tendrán en cuenta de cara a la elevación del límite máximo de cumplimiento hasta 25, 30 o 40 años, de manera que para entender cumplido el requisito de haber sido condenado “por dos o más delitos” a que se refieren los citados ordinales, no se tendrían en cuenta los delitos leves por los que hubiera sido condenado el autor.

Ahora bien, el inciso objeto de análisis no dice exactamente que no se computarán los delitos leves a los efectos de ese apartado, sino que no se computarán las penas impuestas por delitos leves. Ese matiz suscita inconvenientes interpretativos, pues conforme a su literalidad cabría extraer conclusiones manifiestamente aberrantes, tales como que las penas impuestas por infracciones livianas quedan excluidas del límite máximo de cumplimiento, y, por tanto, han de ser cumplidas de manera autónoma e independiente, pese a ser imposible el cumplimiento simultáneo (por ejemplo, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de carácter leve sólo podría ejecutarse tras el cumplimiento de las penas de prisión). Por ello, de cara a solventar el problema detectado se sugiere enmendar la redacción dada al precepto.

Por último, se reforma la redacción dada al número dos del artículo, al objeto de plasmar la reiterada doctrina jurisprudencial en relación con dicho precepto, de manera que se prevé la aplicación de las limitaciones penológicas del artículo 76 a las penas impuestas en distintos procesos “(...) cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

hubieran sido en primer lugar". La redacción empleada es susceptible de mejor redacción, a cuyo fin se propone la siguiente *"La limitación se aplicará aunque las penas hayan sido impuestas en distintos procesos, siempre que los hechos se hayan cometido con anterioridad a la fecha de la sentencia de los primeros hechos enjuiciados"*.

Varias son las modificaciones que se introducen en el artículo 77. La primera, y la más importante, es consecuencia del diferente tratamiento que se confiere al delito ideal en su acepción más genuina (un solo hecho que es constitutivo de dos o más delitos) respecto del delito medial (cuando un delito es un medio necesario para cometer otro). Según establece el número dos, para el delito ideal se mantiene la regla actualmente vigente, es decir se impondrá la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, salvo que la pena resultante exceda de la suma de las infracciones cometidas, en cuyo caso se sancionarán por separado. El número tres articula una regla especial para la determinación de la pena aplicable en casos de concurso medial, la cual deberá ser *"superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no podrá exceder de la suma de las penas concreta que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66"*.

No resulta fácil discernir el verdadero significado de la diferenciación que se pretende estatuir. Según pacífica doctrina jurisprudencial, de cara a cotejar si procede aplicar la regla especial contenida en el vigente artículo 77.2, se han de tener en cuenta las penas que resulten aplicables al caso concreto para cada una de las infracciones, es decir, el grado de ejecución, la participación y la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

conurrencia de circunstancias modificativas. Una vez esclarecido el alcance de cada una de las penas imponibles “ad casum”, se aplicará la correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior o, para el caso de que la pena resultante sea superior a la suma de las penas correspondientes a cada delito, se penarán por separado cada una de las infracciones. En la medida en que el régimen jurídico previsto para el concurso ideal no sufre alteración, tampoco se suscitan dudas interpretativas al respecto que, sin embargo, si surgen en relación con el supuesto enunciado en el número tres (concurso medial).

En primer lugar, no se alcanza a comprender la razón por la que en ese número se alude al “caso concreto”, y a las “penas concretas”, mientras que en el número dos se omiten esas indicaciones. Por otra parte, la referencia a la imposición de *“una pena superior a la que hubiera correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave”* suscita dificultades de interpretación. Cuando en el Código Penal se utilizan los vocablos “pena superior” o “pena inferior” tal expresión adquiere un significado absoluto (por ejemplo: el artículo 55 dispone que la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; el artículo 76 alude a la pena de prisión superior a veinte años). Empero, cuando se prevé la imposición de una pena superior respecto de otra se utiliza la expresión “pena superior en grado” o “en su mitad superior”.

Por tanto, si simplemente se alude a *“una pena superior”*, ello no significa que el Juez este obligado a imponer una pena superior en grado o en la mitad superior de la correspondiente a la infracción más grave, pues la interpretación que se antoja más plausible, teniendo en cuenta la literalidad del precepto, es la siguiente: tras la individualización



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de la pena correspondiente a la infracción más grave, ésta deberá elevarse, siquiera sea en su mínima expresión, sin quebrantar las reglas penológicas plasmadas en el artículo 66, ni superar la suma de las penas aplicables a cada delito.

No parece, “prima facie”, que la intención real del prelegislador sea la de conferir un tratamiento al concurso medial que pueda ser más benevolente que el previsto para el concurso ideal, habida cuenta que en la Exposición de Motivos se alude a la fijación de una regla penológica común para dicho concurso y el delito continuado, con miras a un establecer un régimen más severo. Ahora bien, abstracción hecha del juicio de intenciones, lo cierto es que el régimen jurídico que se pretende estatuir en relación con el concurso medial debería ser objeto de reflexión, pues no se aprecian razones que justifiquen el trato potencialmente peyorativo que, desde la perspectiva penológica, se brinda a los supuestos de concurso ideal. Téngase en cuenta que la imposición de la pena más grave en su mitad superior se prevé para aquellos casos en que un solo hecho constituya dos o más infracciones, (por ejemplo la agresión constitutiva de un delito de atentado y lesiones) lo cual no es ontológicamente más grave y reprochable que la comisión de dos hechos delictivos en relación de medio a fin (por ejemplo, falsedad para cometer estafa), pues si bien en ambos casos se ofenden varios bienes jurídicos, lo cierto es que el concurso medial implica la realización de uno o varios hechos delictivos.

Estas consideraciones abogan a favor de reflexionar sobre la bondad de la medida planteada por el prelegislador, sobre todo si se tiene en cuenta que, históricamente, nuestro Derecho penal ha tratado de manera uniforme los supuestos de concurso ideal y medial. Por ello,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones.

La única modificación que se establece en el artículo 78 consiste en la supresión del número dos veinte, lo que implica que la referencia a la totalidad de las penas impuestas en sentencia a que alude el número uno, de cara a la obtención de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo del tiempo para la libertad condicional, ya no será de imperativa observancia en los supuestos previstos en los párrafos a) hasta d) del artículo 76.1, cuando la pena resultante fuera inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas.

Por tanto, tras la supresión de ese mandato, la medida a que se refiere el artículo 78.1 pasa a ser potestativa, salvo si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, cuyo régimen jurídico no sufre variación, o que se trate del supuesto previsto en el ordinal e) del artículo 76.1 – cuando alguno de los delitos esté castigado con PPR- en cuyo caso será de aplicación lo previsto en el artículo 78 bis.

d. Delito continuado.

El apartado III de la Exposición de Motivos recoge una serie de consideraciones relativas al delito continuado, a cuyo través el prelegislador justifica las reformas que en relación con esta figura se propone introducir. Las razones que se ofrecen tienen por objeto circunscribir la aplicación de la continuidad delictual a sus justos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

términos, así como que la reiteración de hechos delictivos tenga oportuno reflejo en la pena. Para el logro de tales fines se introduce el requisito de cercanía temporal y espacial de las acciones que conforman esta modalidad, al tiempo que se revisa el sistema de fijación de penas. Por último, se excluye de la continuidad delictiva los delitos de índole sexual. Conforme a las pautas anteriormente enunciadas, el artículo 74 es objeto de las siguientes variaciones:

a) La pluralidad de acciones u omisiones deben ser próximas entre sí, tanto desde la perspectiva espacial como temporal (número uno).

b) Expresamente se exceptúan las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual (número dos).

c) La pena imponible con carácter general, deberá ser superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la suma que correspondería aplicar si las infracciones se penaran separadamente (número uno). Para las infracciones de carácter patrimonial, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado (número uno).

Siguiendo el orden propuesto, el primer aspecto a tratar versa sobre el requisito de cercanía espacial y temporal. Como indica la STS de 21/7/2010 (Pte. Sr. Colmenero) en el fundamento jurídico cuarto “(...) *la Ley no contiene ninguna exigencia relativa a un eventual elemento de proximidad temporal, aunque la jurisprudencia ha llamado la atención acerca de que un excesivo lapso de tiempo entre un hecho y otro pueda impedir la apreciación de un elemento subjetivo (STS 883/2006) o bien haga patente la autonomía que presenten cada una de las distintas acciones, precisamente demostrada por su distanciamiento temporal (SSTS 627/2009 y 374/2009),*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

exigiendo, por ejemplo, la STS 676/2008, que no haya transcurrido un lapso de tiempo excesivo entre las diferentes actuaciones aisladas (...).”

De conformidad con la doctrina enunciada, el distanciamiento temporal excesivo puede ser revelador de la ausencia del plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión a que se refiere el precepto, y ser reflejo de un dolo renovado o circunstancial que impide que la pluralidad de hechos pueda conformar un supuesto de continuidad delictual. Por tanto, entendemos que la inclusión del requisito de la cercanía temporal es suficiente para impedir que el delito continuado sea objeto de aplicación desmedida y, por ello, se sugiere la eliminación del requisito de proximidad espacial, pues este parámetro no es tan determinante como la cercanía temporal para esclarecer el propósito unitario del autor.

En el número dos se excluye de ámbito de la continuidad a las ofensas –entiéndanse delitos- contra la libertad e indemnidad sexual. El objetivo perseguido con la medida es patente: eliminar la excepción contemplada en el vigente número tres del artículo 74, de manera que al igual que acontece con otros bienes jurídicos eminentemente personales, los ataques contra la libertad e indemnidad sexual queden sujetos al régimen jurídico previsto para el concurso de infracciones, aunque la pluralidad de hechos obedezca a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión.

Mediante la modificación operada, el prelegislador pretende cerrar cualquier resquicio que posibilite que la reiteración de conductas que atenten contra la libertad o indemnidad sexual, en el contexto definido por el artículo 74.1, pueda suponer un trato penológico más favorable que el previsto para las restantes ofensas a bienes jurídicos de carácter



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

personal, salvo los delitos contra el honor. Ahora bien, el hecho de excluir del ámbito de la continuidad delictiva a las infracciones antes indicadas, no presupone que en todos los casos en que se produzca una reiteración de actos libidinosos contra un mismo sujeto pasivo, cada una de las acciones vaya a ser contemplada como un hecho delictivo autónomo. Tal afirmación trae causa del reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de la denominada “unidad natural de acción”, que en palabras de la STS de 18/12/2006 (Pte Sr. Saavedra) tiene el siguiente alcance en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual “(...) *Efectivamente, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que cuando se dan dos o más penetraciones, si el hecho se produce entre las mismas personas y un mismo ámbito espacio-temporal, por ser todo ello realizado en una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay pluralidad de acciones, sino una sola, por lo que no cabe hablar en estos casos ni de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno sólo que absorbe o consume en la infracción penal más grave las que son menos, es decir, no se trata de reproducir los hechos en diversas ocasiones que caracterizaría la continuidad delictiva, sino de apreciar progresivamente una sola acción desarrollada en una misma situación (...)*”.

Obviamente, los casos en que concurren las circunstancias que menciona la sentencia antes indicada no se verán afectados por el cambio establecido por el Anteproyecto, pues como se ha puesto de relieve, en esos supuestos no se aprecia continuidad delictiva sino la comisión de un solo delito.

La Exposición de Motivos hace hincapié en la importancia de la modificación de las reglas de fijación de la pena para los supuestos de continuidad delictiva y del concurso de delitos (...) *con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, en la que la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

figura del delito continuado –a la que se ha ido renunciando en el Derecho comparado-, conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva (...). Más adelante, al objeto de justificar la revisión del modelo penológico vigente, se dice “(...) De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos (...)”.

Vista la finalidad que se persigue, en una primera aproximación cumple decir que mediante la modificación materializada en el artículo 74.1 no se aprecia el recrudescimiento penal que se pretende establecer, según se indica en la Exposición de Motivos. El régimen jurídico establecido en el vigente artículo 74.1 determina que al autor de un delito continuado se le impondrá, imperativamente, la pena correspondiente a la infracción más gravemente penada en su mitad superior y, potestativamente, dicha pena podrá llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Por tanto, la apreciación de continuidad delictiva supone, inexorablemente, la imposición de una sanción más grave que la prevista para el hecho delictivo único, al ser preceptiva la imposición de la pena en la mitad superior de la infracción más grave que, incluso, puede alcanzar la mitad inferior de la pena superior.

El régimen que patrocina el Anteproyecto es el siguiente: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial o temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratase de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio. La primera observación que se formula respecto de la regla penológica transcrita guarda relación con la afirmación contenida en la Exposición de Motivos, acerca de que el modelo penológico seguido para el delito continuado es el mismo que el previsto para los concursos reales de carácter medial. Tal aserto no es cierto, pues para el delito continuado expresamente se alude a *“una pena superior a la mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave”*, mientras que para el concurso medial se omite la referencia a la pena mínima. Este matiz no es intrascendente pues la pena que, según el propósito del prelegislador, se debe tomar como referencia no es la prevista en el caso concreto para la infracción más grave, sino la mínima pena imponible para dicha infracción, según las circunstancias concurrentes al caso.

A partir de ese referente, el Juez o Tribunal deberá fijar una pena superior a ese mínimo, lo cual implica que al no hacerse mención a la mitad superior o a la pena superior en grado, bastará con que ese mínimo imponible se incremente en un día de prisión para que se tengan por cumplidas las exigencias que el tipo impone. Como es notorio, lejos de implicar un inexorable incremento del reproche penal, lo que posibilita es un mayor grado de discrecionalidad en la fijación de la pena, ya que los únicos límites que constriñen el arbitrio judicial consisten en la superación, siquiera sea en su más exigua expresión, de la pena mínima aplicable a la infracción más grave, y, por otro lado, que la pena finalmente impuesta no exceda de la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos que integra la continuidad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Obviamente, el incremento de la discrecionalidad puede dar lugar a que, sin exceder del marco legal configurado, la aplicación de la regla penológica explicitada en el artículo 74.1 conlleve un trato penal más benigno, que es precisamente lo contrario de lo pretendido por el prelegislador, o que la punición sea equivalente a la suma de las infracciones, lo que implicaría, de hecho, ignorar la naturaleza continuada de la infracción.

Más llamativa resulta alteración de la regla estatuida para los delitos contra el patrimonio. Según establece el vigente artículo 74.2 se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Ésta podrá elevarse, motivadamente, en uno o dos grados y en la extensión que resulte conveniente, si el hecho revistiera notoria gravedad o hubiera perjudicado a una generalidad de personas. Por el contrario, el Anteproyecto suprime la posibilidad de agravación y se limita a establecer, para los delitos contra el patrimonio, que la pena se impondrá teniendo en cuenta únicamente el perjuicio total causado. Esta medida no se acompasa, precisamente, con los principios que proclama la Exposición de Motivos.

3. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN Y DE LA LIBERTAD CONDICIONAL LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Se modifica en el Anteproyecto la regulación de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, así como la libertad condicional, que pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

a. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

I.- El Anteproyecto modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, introduciendo un sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece varias alternativas. Así, sigue manteniendo los diversos supuestos de suspensión de la pena privativa de libertad regulados en el actual Código Penal: suspensión ordinaria; suspensión para los delincuentes drogodependientes que hayan cometido el delito a causa de su adicción; y suspensión extraordinaria por enfermedad grave. Y la sustitución de la pena privativa de libertad, que la regula como un supuesto de suspensión, con las consecuencias que más adelante diremos. Además de subsistir la suspensión por tramitación de indulto y suspensión por demencia sobrevenida, reguladas respectivamente en los artículos 4 y 60 del Código Penal que no se ven afectadas por el Anteproyecto

Coherentemente con esta regulación de la sustitución de la pena como una modalidad de suspensión, se modifica la estructura del Capítulo II del Título III del Libro I del Código Penal que pasa a tener tres Secciones (1ª, 2ª y 4ª), al suprimir el apartado cuadragésimo primero del artículo uno del Anteproyecto la rúbrica actual "*Sección 2ª. De la sustitución de las penas privativas de libertad*" y disponerse en el artículo cuadragésimo tercero de ese artículo uno que la actual Sección 3ª del Cap. III del Título III del Libro I, "*De la libertad condicional*", pasará a ser su Sección 2ª.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

II.- Sin embargo, el prelegislador se olvida de modificar la rúbrica de la Sección 4ª “*Disposiciones Comunes*” para que, coherentemente, pase a ser la Sección 3ª.

Tampoco modifica el único artículo que integra esta Sección, art. 94 CP, que en el apartado primero da un concepto de reo habituales a los efectos de la sustitución de la pena y en el segundo se alude a la “*sustitución de la pena conforme al artículo 88*”; cuando en el Anteproyecto la sustitución se configura como una modalidad de suspensión, regulándose en la Sección 1ª y en el artículo 80. Discordancias que, este Consejo considera deberían corregirse.

Igualmente se mantiene la rúbrica del Capítulo III del Título III del Título I, “*De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad*”, cuando el contenido del capítulo en el Anteproyecto se compagina mal con el sentido de la reforma, que pretende establecer un único régimen de suspensión, pasando a configurar la sustitución de la pena privativa de libertad como un supuesto de suspensión de su ejecución y la libertad condicional como suspensión del resto de la pena de prisión. Parecería oportuno, en consecuencia, que se modificase la rúbrica del Capítulo.

III. La reforma introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas y regula como un supuesto de suspensión la vigente institución de la sustitución de la pena privativa de libertad del actual.

La Exposición de Motivos explica esta modificación diciendo que “*De este modo se pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los Jueces y Tribunales penales se ven obligados a resolver de forma repetida*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

sobre la procedencia de la suspensión o sustitución”. Y más adelante, en el apartado IV, se insiste que la revisión de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, “tiene como finalidad esencial facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión”, para lo cual, sigue diciendo, “se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión... da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos de reforma y apelación”. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, “pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de la suspensión. De este modo se asegura que, que Jueces y Tribunales resuelva sobre si la pena de prisión debe ser o no ejecutada una sola vez”.

Este régimen de única opción nos merece un juicio favorable, pues como se señala con acierto en la Exposición de Motivos, dará lugar a una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de la pena, evitando por una parte, que se acuda a los distintos tipos de suspensiones y a la sustitución ante el incumplimiento por parte del penado, de las prohibiciones, deberes o cargas que le fueron impuestas en la suspensión o sustitución inicialmente concedida. Por otro lado, se evitaran las disfunciones que el actual régimen provoca al interpretarse por algunos Jueces y Tribunales que el único pronunciamiento que de modo obligatorio han de hacer, cuando de ejecución de penas privativas de libertad de corta duración se trata, es el de la suspensión ordinaria, pero denegada ésta, ningún pronunciamiento de oficio les corresponde hacer sobre suspensión extraordinaria caso de que el penado haya delinquido por su adicción a las sustancias tóxicas del art. 20.2ª CP o sobre la sustitución, que supeditan en la práctica a la previa petición de parte, aun cuando no lo dice el Código.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Sin embargo, la contundencia de la afirmación de este nuevo régimen único no tiene después un reflejo en el articulado, pues no se dice de modo expreso que se trate de un sistema de opción excluyente, de manera que la petición y resolución sobre una clase de suspensión impida la ulterior petición de otra modalidad de suspensión, ni establece explícitamente la imposibilidad de solicitar una nueva suspensión distinta a la que fue denegada o que se concedió y posteriormente se revocó, al modo de lo que el actual art. 88.3 CP prevé para la sustitución (*“En ningún caso se podrán sustituir penas que sean substitutivas de otras”*); expresión esta última que no deja margen a interpretación alguna. Ciertamente en el nuevo artículo 86 redacción dada por el Anteproyecto se establece *“1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena...”*, mas este precepto es del mismo tenor que el actual artículo 85.1 CP (*“1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena”*), que no ha constituido obstáculo para solicitar, una vez revocada la suspensión, bien una nueva suspensión por causa distinta o bien la sustitución de la pena.

Por ello, estimamos adecuado que en el articulado se indicase con mayor precisión y contundencia el tratamiento de régimen único y la imposibilidad de que, revocada la suspensión de la pena, pueda acudir o solicitarse otra clase de suspensión, incluida la sustitución, que, insistimos, el Anteproyecto regula como una modalidad de suspensión.

Debe, además, utilizarse en la redacción de los preceptos una estructura y una redacción sencillas y claras, pues no debe olvidarse que son miles los operadores jurídicos que han de aplicar la regulación, y toda formulación obscura llevará consigo mayor inseguridad jurídica y conculcación del principio de igualdad. En este sentido de perseguir una



mayor claridad, deben emplearse idénticas expresiones para describir los mismos procesos, y no modificar –a no ser que exista una evidente situación dispar por su naturaleza y finalidad- caprichosamente el tratamiento y la descripción de los mismos.

a.1 La suspensión ordinaria.

El apartado trigésimo tercero del artículo primero del Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 80 Código Penal, regulando los supuestos y condiciones de las distintas clases de suspensión de la pena privativa de libertad: suspensión ordinaria (art. 80.1 y 2); suspensión sustitutiva (art. 80.3); suspensión por enfermedad muy grave (art. 80.4); y suspensión del drogodependiente (art. 80.5).

I.- En cuanto a la suspensión ordinaria y en concreto, a la duración de las penas susceptibles de ella, el art. 80.1 y 80.2.b) en su redacción dada por el Anteproyecto, siguen manteniendo el término utilizado por el actual art. 80.1 CP *“no superiores a dos años”*, que fue consagrado por la LO 15/2003 y que pretendía acompasar su redacción con el tenor literal de la condición segunda del artículo 81 CP (en el anteproyecto, 80.2.2ª). Sin embargo, al regular la duración de la suspensión en el artículo 81, el prelegislador dice que *“será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años”*, lo que constituye una contradicción ya que excluye la pena de dos años cuando expresamente se incluye en los artículos 80.1 y 80.2.2ª, comprendiéndose en la expresión *“penas no superiores a dos años de privación de libertad”* obviamente la pena de dos años de prisión. Por ello, consideramos que esta discordancia debería ser subsanada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Sería conveniente también que, en este mismo artículo 81, al regular el plazo de suspensión de las penas leves, se precisara que se trata de “penas leves privativas de libertad”, únicas respecto de las que se prevé la suspensión de su ejecución (frente a la regulación de la legislación de menores, art. 40 LO Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor o a otras legislaciones europeas).

II.- En relación a los criterios de decisión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el Anteproyecto sigue el mismo sistema que la regulación actual, estableciendo unas condiciones de ineludible concurrencia, que constituyen presupuestos necesarios pero no suficientes de la suspensión, que se configura como una facultad discrecional del Juez o Tribunal. Junto a estos presupuestos, se dan unas circunstancias o pautas a valorar por el órgano judicial para resolver sobre el beneficio.

Las condiciones necesarias de la suspensión ordinaria, reguladas en el art. 80.2., siguen siendo como en el régimen actual, que el condenado haya delinquido por primera vez, es decir que sea un delincuente primario; que la pena o suma de las impuestas, no sea superior a los dos años sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa; y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia.

Aun cuando la regulación de la condición primera es idéntica a la del vigente art. 81.1 CP, sería conveniente aprovechar la reforma para fijar el momento al que ha de referirse la primareidad delictiva: si al tiempo el que se cometió el hecho objeto de la condena donde se impone la pena objeto de suspensión; o al momento de la decisión sobre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la suspensión. Cuestión que resulta discutida por la doctrina y por los Tribunales. La reforma ha venido a introducir nuevos elementos de discusión. Así mientras que la mención a “*antecedentes*” del penado en el apartado 2 del art. 80.1, como elemento de discrecional valoración para resolver sobre la suspensión, parece avalar que para determinar la primareidad delictiva ha de atenderse a la fecha de comisión del hecho objeto de condena, pues que caso contrario, ningún sentido tendría esa referencia a los antecedentes al suponer una inútil reiteración; el nuevo artículo 87.3, al configurar como supuesto de la revocación de la suspensión que el penado haya sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de la suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma, solo encuentra explicación si se entiende que la condición de primario ha de concurrir en el momento de decidir sobre la suspensión.

Entendemos como criterio adecuado el de la fecha del hecho, de manera que el condenado será primario si en el momento de cometer el delito, cuya condena se trata de suspender, no tenía ninguna condena firme por delito doloso. Criterio que es el defendido por la mayoría de la doctrina y por el Tribunal Supremo desde antiguo (STS 2134/1994, de 7 de diciembre, F.J. 3 y 17 de julio de 2000) y por la Fiscalía General del Estado (Consulta de la Fiscalía General del Estado 4/1999, de 17 de septiembre, sobre algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad).

En resumen, se considera recomendable que se concrete que la previsión de primareidad delictiva del penado ha de referirse al momento de comisión del delito cuya pena se trata de suspender.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

III.- La reforma modifica el régimen de valoración del requisito legal del cumplimiento de la responsabilidad civil.

En la regulación actual, constituye condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena *“que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o el tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”* (art. 81.3ª actual CP). En el Anteproyecto se sigue manteniendo como condición necesaria la de la satisfacción de las responsabilidades civiles que se hubieren originado, a la que se añade la efectividad del comiso acordado en sentencia conforme el artículo 127 CP. Indicándose en el párrafo siguiente que *“Este requisito se entenderá cumplido con el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso y sea razonable esperar que el mismo sea cumplido”* (art. 8.2.3ª). En coherencia, se establece como causa de revocación de la suspensión, el incumplimiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que el penado careciera de capacidad económica para ello. Equiparando a este incumplimiento, la facilitación de información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado y la facilitación de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 86.1.4).

Con esta nueva regulación se viene a extender con carácter general el sistema que ya se había establecido para las sentencias dictadas de conformidad en los procedimientos de juicio rápido, en donde para acordar la suspensión de la pena privativa de libertad basta, a los efectos de lo dispuesto en el actual artículo 81.3ª del Código Penal,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije (artículo 801.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Previsión temporal, esta última, que no se ha recogido en el Anteproyecto y que consideramos esencial a fin de dotar de certeza al compromiso y a su incumplimiento por vencimiento del término, no pudiendo perderse de vista que el incumplimiento del compromiso constituye causa de revocación de la suspensión, por lo que es preciso fijar el tiempo de cumplimiento del mismo para valorar y determinar su incumplimiento.

La modificación merece en este punto un juicio positivo pues, coincidiendo con la Exposición de Motivos, agilizará la ejecución de la condena penal, especialmente cuando se haya concedido un fraccionamiento en el pago de las indemnizaciones y pondrá fin a la situaciones que actualmente se producen en la práctica, donde, una vez obtenida la suspensión, el penado deja de pagar la indemnización o los plazos que le habían sido concedidos en la confianza que este incumplimiento posterior no puede suponer la revocación automática de la suspensión, por no preverse en la regulación actual como causa de revocación. Solo si se ha recogido como obligación del vigente artículo 83 en el Auto de suspensión y se trata de un incumplimiento reiterado, podría dar lugar a la revocación.

El nuevo régimen que establece el Anteproyecto, erigiendo como causa de revocación el incumplimiento de las responsabilidades civiles cuando se tiene capacidad económica de hacerlo, resulta más favorable para el perjudicado, pues sin duda la certeza de la revocación de la suspensión ante el incumplimiento de la condena de responsabilidad civil servirá de acicate para el cumplimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

No obstante, advertimos que la reforma suprime la audiencia de las partes y del perjudicado en este punto y que sí viene establecida en el vigente art. 81.3 CP. Audiencia que es necesaria de conformidad con el artículo 125 CP. Adelantamos ya en este punto el olvido del prelegislador de regular el trámite o procedimiento del incidente de la suspensión de la pena, donde puedan ser oídas todas las partes y el penado, cuya audiencia en este trámite ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 248/2004, de 20 de diciembre de 2004, constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión, como más adelante expondremos.

Para los delitos contra la Hacienda Pública se establecen reglas complementarias de las disposiciones generales de la suspensión y que solo afectan a esta condición tercera. El artículo de nuevo cuño 308 bis, introducido por el apartado centésimo quincuagésimo tercero del artículo único del Anteproyecto, dice:

“1. La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título III del Libro I de este Código, completadas por las siguientes reglas:

1a. La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el art. 80 de este Código, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

La resolución por la que el Juez o Tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda.

2a. El Juez o Tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del art. 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

2. En el supuesto del artículo 125, el Juez o Tribunal oirán previamente a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda, al objeto de que aporte informe patrimonial de los responsables del delito en el que se analizará la capacidad económica y patrimonial real de los responsables y se podrá incluir una propuesta de fraccionamiento acorde con dicha capacidad y con la normativa tributaria."

Pudiera pensarse que este art. 308 bis es inútil en cuanto redundante del régimen general de la suspensión ordinaria y que solo se aparta de ella al erigir en causa legal excluyente del beneficio de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

suspensión, lo que en el régimen general (y también en la regla 2ª de este art. 308 bis CP) se configura como una circunstancia de revocación de la suspensión de las pena, cual es la facilitación de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. Desigualdad de trato que no viene explicada en la Exposición de Motivos y que no tiene justificación, más cuando la ejecución de la responsabilidad civil se ha confiado por el legislador a la propia Administración Tributaria (art. 305.5 CP).

En lo que se refiere a la facilitación de información inexacta o insuficiente, tanto como causa impeditiva del beneficio de la suspensión como causa de revocación de la concedida, esta falta de información no se conecta en este art. 308 bis a la obligación del art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como sí se hace en el régimen general de la suspensión. Lo que permite interpretar que la suspensión de la pena podrá verse impedida o podrá ser revocada porque el condenado haya ofrecido una información inexacta o insuficiente a la Hacienda Pública en otras actuaciones tributarias que nada tengan que ver con el delito ni con la exacción de la responsabilidad civil impuesta. Lo que no resulta admisible, al perseguir una finalidad ajena a la suspensión de la pena. El hecho de que el condenado por un concreto delito fiscal tenga además otras deudas tributarias o deudas con la Seguridad Social u observe una posición desleal para con la Administración Tributaria, será un dato importante para valorar su peligrosidad y la oportunidad o no de la suspensión de la condena, pero no puede impedirle *ex lege* el acceso al beneficio. En otros términos, la suspensión de la pena no puede convertirse en una causa general para lograr que, bajo la amenaza del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el condenado regularice su situación con la Hacienda Pública y con la Seguridad Social por hechos distintos y ajenos al delito objeto de condena.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Por ello, este artículo 308 bis, en los términos en que viene redactado, no es aceptable, por lo que debería ser suprimido o matizado en el sentido de que la existencia de otras deudas con la Hacienda Pública o la Seguridad Social, distintas a las comprendidas en la responsabilidad civil del delito, o el incumplimiento de otras obligaciones tributarias, en los supuestos de suspensión de penas por delitos contra la Hacienda Pública, puedan ser consideradas como circunstancias o datos a valorar en la decisión sobre la suspensión de la pena privativa de libertad.

IV.- El anteproyecto da una nueva regulación a los criterios de libre valoración rectores de la decisión judicial de la suspensión.

En la regulación actual el artículo 80.1 CP remite a la peligrosidad del penado y la existencia de otros procedimiento penales contra él; mención esta última introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre y que había suscitado una crítica generalizada en cuanto que comprometía el derecho a la presunción de inocencia del penado, debido a la injusta anticipación mental del resultado de procesos en curso. El anteproyecto introduce la realización de un juicio de prevención general de la norma en el artículo 80.1 (*“cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”*), y establece a continuación, como datos rectores de la decisión: *“las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, su antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo en reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La modificación tiene un alcance más amplio de lo que parece a primera vista. Se prescinde del parámetro de peligrosidad, concepto clásico de la doctrina penalista, de raigambre criminológica, que se encuentra en la raíz de justificación de las medidas de seguridad y que evidencia la función preventiva especial conferida a la suspensión de la pena. Y se acude a la personalidad del penado, que desde luego, es distinto a sus circunstancias personales, que se mencionan más adelante. Este término sugiere un Derecho Penal de autor que no atiende a hechos sino a conductas de vida o personalidades conflictivas. Impresión que se refuerza con la expresión “*peligro de comisión de nuevos delitos*” usada en el artículo 83, como pauta del establecimiento de prohibiciones y deberes en la suspensión. O con la referencia a que “*pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo*” en la prohibición 2ª de ese artículo 83.

Por otra parte, esta referencia a la personalidad del penado no viene acompañada de la necesidad de que el Juez o Tribunal cuente con un informe psico-social de prognosis criminal, lo que es reclamado por un sector de la doctrina y de los tribunales. Esta carencia de informes técnicos compagina mal con la pretensión de que el órgano de enjuiciamiento haga un pronóstico razonado y razonable de prevención general y especial para acordar la suspensión, el plazo de duración y los deberes, prohibiciones y medidas que han de acompañarla.

En resumen, consideramos desaconsejable la alusión a la “*personalidad*” del penado siendo más adecuada la referencia a las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“circunstancias personales” como así se acoge en la suspensión sustitutiva del número 3 del art. 80.

El resto de los criterios, cuentan con una base objetiva y son los que se vienen utilizando en la práctica por los Juzgados y Tribunales; sin perjuicio de insistir en la necesidad de un informe psico-social, pues la experiencia enseña que muchas de estas circunstancias no acceden al proceso y habrá de confiarse en el criterio del Juzgador y en la diligencia de las partes para reunir los datos que justifiquen la suspensión o la ejecución de la pena, aportándolos al proceso, pues la decisión sobre la suspensión ha de adoptarse en sentencia o, en su caso, en ejecución, pero sin establecerse ningún incidente para su sustanciación.

Quizá sería conveniente incluir expresamente entre las circunstancias valorables el hecho de que el penado se haya sometido a mediación y haya alcanzado un acuerdo, en cuanto elemento altamente significativo de la innecesidad en el caso concreto del cumplimiento de la pena privativa de libertad a los fines de la prevención especial. Y ello en coherencia con la referencia en el artículo 84, redacción dada por el anteproyecto, que prevé como prestación o medida condicionante de la suspensión “*el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*”.

a.2 La suspensión sustitutiva

I.- La reforma configura como un supuesto de suspensión de la pena de prisión el de la sustitución regulado en el artículo 88 del texto actual.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En el vigente art. 88 CP la sustitución de la pena privativa de libertad se configura como una institución distinta a la suspensión de la pena en cuanto que con ella no se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad, sino que la pena se sustituye por otra (multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente), que es la que se ejecuta. Solo en el caso de que esta pena sustitutiva sea incumplida, en todo o en parte, se procederá a ejecutar la pena de prisión inicialmente impuesta o la parte pendiente de cumplimiento tras descontarse la parte de la pena sustitutiva que se hubiera cumplido. La pena susceptible de sustitución es la de prisión que no exceda de un año y excepcionalmente, las penas de prisión que no excedan de dos años siempre que se trate de reos no habituales. Se prohíbe expresamente la sustitución de penas sustitutivas de otras. Y se establece la posibilidad de imponer al penado alguna o algunas obligaciones o medidas del actual art. 83 CP solo si no se han establecido como penas en la sentencia, siendo obligado la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y las prohibiciones de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

En el anteproyecto se establece como forma de suspensión la sustitución de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, siempre que no se trate de reos habituales. Por tanto, frente a las otras suspensiones de pena (la ordinaria, del drogodependiente y por enfermedad grave) que podrán ser de toda clase de penas privativas de libertad, incluyéndose así la responsabilidad personal por impago de multa y la localización permanente; solo la pena de prisión es objeto de una posible suspensión sustitutiva. Entendemos que configurándose en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

el anteproyecto un único régimen en el que la sustitución es una modalidad de la suspensión, sería aconsejable que la sustitución pudiera ser también de otras penas privativas de libertad distintas a la prisión, más cuando habitualmente esas otras penas privativas de libertad van a tener una menor extensión y constituyen, por ello, penas que se adecúan más que la prisión al espíritu que inspira la suspensión.

II.- El actual artículo 88 CP distingue una sustitución ordinaria de penas de hasta un año de prisión y otra extraordinaria de penas de hasta dos años de prisión. En la práctica la distinción era inútil pues los requisitos, términos y módulos de conversión de una y otra modalidad eran idénticos. La reforma unifica el plazo de duración de la pena suspendible, que fija en dos años, lo que merece un juicio positivo.

El anteproyecto da una respuesta expresa a la cuestión de si en el supuesto de penas de prisión concurrentes inferiores a dos años pero que sumadas conjuntamente excedan del límite de dos años, es posible la sustitución. En el Código Penal vigente este aspecto viene regulado para la suspensión de la pena en el artículo 81.2 CP, pero no en la sustitución de las penas, lo que ha dado lugar a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales discrepantes.

La reforma acoge la tesis mayoritaria, permitiendo en el art. 81.3 la suspensión sustitutiva de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, por lo que podrán ser suspendidas las penas que en su conjunto excedan de dos años pero que individualmente no rebasen ese límite. Esta opción se considera adecuada y encuentra la justificación del distinto tratamiento respecto de la suspensión ordinaria en el que el límite de dos años resulta infranqueable cuando de varias



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

penas se trata- en el hecho de que en esta suspensión sustitutiva la pena de prisión se sustituye por medidas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, además de poder ser impuestos también los deberes o prohibiciones del art. 83.

III.- En cuanto a los presupuestos y criterios para la adopción de esta suspensión sustitutiva, el artículo 80.3 mantiene la regulación del actual art. 88 CP. Pero al regularse en el anteproyecto la sustitución como una forma de suspensión y dar en el art. 80.1 una nueva redacción a los presupuestos generales de ésta, da como resultado una fútil reiteración de los criterios de decisión, solapándose los de la suspensión ordinaria y los de la suspensión sustitutiva, de manera que ninguna especificidad se añade a esta última modalidad de suspensión, de la que podrán beneficiarse los delincuentes no primarios siempre que no sean reos habituales y aquellos que hayan sido condenados por varias penas sin que ninguna de ellas supere los dos años de prisión, aunque en su conjunto sí rebasen ese límite.

IV.- Esta suspensión sustitutoria se condiciona en el art. 80.3 necesariamente a la reparación efectiva del daño o indemnización del perjuicio conforme a las posibilidades físicas y económicas, lo que constituye una redundancia de la obligación de satisfacer la indemnización que asimismo ha de asumir como condición legal de la suspensión ordinaria conforme establece el art. 80.2.3ª. Y, además, al cumplimiento de una medida de las de los números 2 y 3 del art. 84, a saber: multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

Se trata de los mismos recursos sustitutorios de la actual sustitución de pena (a salvo de la localización permanente que sí



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

contempla el vigente art. 88 CP). Pero mientras que en la institución de la sustitución de la pena del vigente art. 88 CP se sustituye una pena de prisión por otra pena distinta, cuya equivalencia se delimita claramente por el legislador y para cuya ejecución se atiende a la regulación de esta clase pena en el Código Penal; en la nueva regulación ya no hay una sustitución de penas, sino una suspensión de la pena de prisión con cumplimiento de medidas, huérfanas de todo tipo de regulación.

No estamos solo ante un simple cambio de nombre, sino de concepto, por lo que no parece posible pueda acudir a la regulación que el Código Penal hace de las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad para la concreción, determinación y cumplimiento de las medidas sustitutivas. Así las normas de dosimetría para su concreta determinación como penas no resultan aplicables para su concreta determinación como medidas, pues atienden a principios, presupuestos y conceptos distintos.

El Anteproyecto no da las pautas a las que se debe atender para la concreta determinación de la medida, dejando al exclusivo arbitrio del Juez o Tribunal los criterios de equivalencia, estableciendo únicamente unos máximos, que son los mismos que el actual artículo 88 prevé para la sustitución de penas: dos cuotas de multa por cada día de prisión y un día de trabajos en beneficio de la comunidad por cada día de prisión.

No se establece un criterio de proporcionalidad entre la duración de la pena de prisión que se suspende y la extensión en que haya de imponerse la medida sustitutiva. Tampoco se fija correlación con otros parámetros o circunstancias, por lo que para la concreción de la medida y de su extensión habrán de ser tenidas en cuenta las mismas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

circunstancias a las que ha de atenderse para decidir sobre la suspensión sustitutiva.

El Consejo no se va a pronunciar en contra del reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad judicial en este punto; más cuando el sistema actual conduce a excesos intolerables, llegándose a fijar unas penas de trabajos en beneficio de la comunidad tan extensas que son de difícil cumplimiento en la fase ejecutiva. Pero la omisión de criterios orientativos de conversión y de unos claros límites mínimos, puede generar inseguridad, por lo que debería dotarse de unos criterios flexibles pero seguros que permitieran conocer con una certera probabilidad la medida a cumplir. Siendo especialmente importante contar con esos criterios en cuanto que en la nueva regulación se elimina totalmente la audiencia de las partes.

Al fijar el módulo máximo de conversión de la medida de multa, se acude al sistema de multa cuota, pero sin fijarse los límites máximos y mínimos de la cuota diaria ni los datos a atender para su concreción. Insistimos que resulta más que cuestionable acudir a las normas del Código Penal reguladoras de la pena de multa, al no estarse ante una pena sino ante una medida inherente a la suspensión.

En otro orden de cosas, y pese a la cita que al sistema de multa-cuota hace el art. 84.2, no existe objeción alguna para imponer una multa proporcional única.

Por lo que se refiere a los trabajos en beneficio de la comunidad a la que se refiere el artículo 84.3, negada la aptitud de la remisión a la normativa reguladora de esta pena, resulta necesario que se establezca



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

con claridad que su imposición exige el previo consentimiento del penado a esta medida, como expresamente se dice en el vigente art. 49 CP para la pena de TBC y reclama el art. 25 Constitución Española (“*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad...no podrán consistir en trabajos forzados*”). Los trabajos en beneficio de la comunidad, se consideren pena o medida, requieren para su ejecución la actuación positiva del condenado por cuanto la condena se concreta en una obligación de hacer. Esta naturaleza singular está en estrecha relación con el requisito del consentimiento, que el artículo 49 del Código Penal exige como condición sine qua non para la individualización de la pena, su imposición y ejecución. La exigencia del consentimiento del penado es una garantía para evitar la vulneración del mandato del artículo 25.2 de la Constitución que prohíbe las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad que consistan en trabajos forzados.

Añadir que al no estarse ante penas sustitutivas, sino ante medidas, se hace preciso regular también su ejecución y el control del cumplimiento, que el proyecto perfila respecto de las prohibiciones y deberes del art. 83, pero olvida en las medidas del art. 84.

En el régimen de sustitución actual, el artículo 88 CP excluye la pena de multa como pena sustitutiva caso de que la pena de prisión se hubiera impuesto por un delito relacionado con la violencia de género. El fundamento de esta exclusión se encuentra en la tutela de los intereses económicos de la víctima: la multa, se dice, afectaría a la capacidad económica de la unidad familiar y no solo al autor, repercutiendo negativamente en la víctima, por lo que no se considera adecuada imponerla en estos casos. El anteproyecto suprime esta prohibición de acudir a la multa en los supuestos de pena por delitos relacionados con la violencia de género. Pues bien, sin perjuicio de que puedan excluirse



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

aquellos supuesto en los que la mujer es económicamente independiente de modo suficiente, consideramos adecuado el mantenimiento del criterio actual, exceptuándose el recurso a la multa cuando se trata de delitos de violencia de género, a fin de evitar las repercusiones negativas que una multa a su agresor supondría para la mujer maltratada sin recursos económicos propios y suficientes y con hijos a su cargo.

V.- Por otra parte, debe advertirse que la falta de referencia en la nueva regulación a la posibilidad de imponerse además de las medidas y la obligación de reparación/indemnización, alguna de las prohibiciones y deberes del art. 83 (que serán obligatorias en el delitos mencionados en el número 2 del mismo precepto cometidos contra la mujer que sea o haya sido cónyuge del penado o ligada a él por relación similar de afectividad), previsión que sí se contiene expresamente en el actual art. 88 CP, es acorde con la concepción de la sustitución como una clase de suspensión, de manera que como tal, le resulta de plena aplicación el art. 83 y la posibilidad de imponer las prohibiciones y deberes que el mismo regula.

VI.- Finalmente y por lo que respecta a las consecuencias del incumplimiento de las medidas sustitutivas, frente al régimen actual de sustitución que supone la inmediata revocación del beneficio y consecuente cumplimiento de la pena de prisión sustituida (vigente art. 88.2 CP), en el anteproyecto, en los artículos 86 y 87, se da el mismo tratamiento al incumplimiento de los deberes y prohibiciones del art. 83 y a las medidas y prestaciones del art. 84 (que estos artículos 86 y 87 llaman “condiciones”, pareciendo conveniente la subsanación de esta discrepancia): solo el incumplimiento de forma grave o reiterado dará



lugar a la revocación de la suspensión. Si el incumplimiento no es grave o reiterado podrá imponer nuevas medidas o prorrogar el plazo de suspensión con los límites que se establecen en el art. 87.

a.3 La suspensión por enfermedad muy grave.

El número 4 del artículo 80, en su redacción dada por el apartado trigésimo tercero del artículo único del Anteproyecto, mantiene la misma redacción que el actual artículo 80.4 CP, para regular la suspensión de las penas caso de que el penado padezca una enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

a.5 La suspensión de la pena del drogodependiente

La regulación que de esta sustitución hace el apartado 5 del art. 80, en su redacción dada por el apartado trigésimo tercero del artículo único del anteproyecto, es la misma regulación que la del actual del art. 87 CP, con tres diferencias, solo una de las cuales merece un juicio favorable.

En primer término, siguiendo la tónica observada en la nueva regulación de no intervención en esta materia de las partes, se suprime la mención de la audiencia de las partes de la regulación actual, lo que no consideramos adecuado por la necesidad de establecer un trámite donde se oiga al penado y a las partes sobre la suspensión, como desarrollaremos más adelante.

En segundo lugar, se suprime la obligación de solicitar informe al médico forense, dejando al criterio del Juez o Tribunal la determinación de las comprobaciones necesarias para comprobar el cumplimiento de los requisitos para la suspensión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En tercero, se suprime la obligación de la información periódica al Juez o Tribunal sobre la evolución del tratamiento de deshabituación al que el penado drogodependiente se ha sometido. Ninguna explicación se ofrece sobre esta modificación, que probablemente se deba a un olvido en la creencia de que el control ya se establece en el art. 83, regulador de las prestaciones o deberes que pueden ser impuestos al penado caso de la suspensión, entre los que se viene a regular ahora (7ª): "Participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes". Programa que se confía a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, a los que sí se impone la obligación de información periódica sobre su evolución. Pero, desde luego, este tratamiento es distinto al tratamiento de deshabituación del art. 80.5. No resulta adecuada la supresión de este deber de información, que potencia la seriedad y rigor del programa de deshabituación emprendido, controlándose a lo largo de la suspensión el comienzo del tratamiento, su evolución, las modificaciones que pueda experimentar, sin tener que esperar al término del plazo para conocer que el tratamiento no ha sido seguido y que, en su consecuencia, persiste el factor criminológico que le llevó a delinquir.

Por lo expuesto, se recomienda se rehabilite la obligación de información periódica de la evolución del tratamiento por parte de los servicios responsables del mismo.

a.5 Aspectos procesales

I.- El apartado trigésimo quinto del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 82 Código Penal que queda redactado como sigue:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“1.- El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

2.- El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiere sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme”.

Merece una valoración positiva la posibilidad que ya en la sentencia misma pueda acordarse sobre la suspensión, lo que no deja de plantear algunos problemas, pues el Juez no dispondrá de todos los datos necesarios para realizar un pronunciamiento suficientemente informado. Baste indicar que la existencia de sentencias firmes, que por vía de antecedentes penales han de figurar en la causa, no suele estar actualizada en el momento de la sentencia.

En otro caso, el artículo 82 remite la resolución a la fase de ejecución, como ocurre en la actualidad. Lo que deberá de hacerse mediante resolución motivada tal como establece el art. 80.1, que resulta conforme en esta previsión con la doctrina constitucional al respecto (STC 110/2003, de 16 de junio; 2/1997, de 13 de enero; 79/1998 de 1 de abril, 25/2000, de 31 de enero).

Sin embargo la reforma resuelve de modo defectuoso el incidente de ejecución, suprimiendo las escasas referencias que la actual regulación hacía a la audiencia e intervención de las partes, que en el anteproyecto se circunscribe a la audiencia del perjudicado cuando se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

trate de delitos previa denuncia o querrela (art. 80.6) y la audiencia del Ministerio Fiscal solo para la fijación del plazo de la suspensión (art. 81. 1 inciso primero).

El Tribunal Constitucional en sentencia 248/2004 de 20 de diciembre ya declaraba la necesidad de que para resolver sobre la suspensión, se articulara un incidente de ejecución cuyo objeto específico sería la posibilidad de la suspensión, donde deberá ser necesariamente el penado, cuya *“audiencia [en palabras del Alto Tribunal] constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario”*. Por ello se hace necesaria la audiencia del penado sobre la suspensión de la pena, su plazo y condiciones.

Resulta asimismo obligado oír al Ministerio Fiscal sobre la suspensión y sus condiciones y no únicamente sobre el plazo de suspensión.

Es necesario que se regule el trámite procesal para resolver sobre la suspensión en el que se posibilite la obligada audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas.

II.- El nuevo artículo 82 en su apartado segundo aborda el tema del momento en que ha de computarse el plazo de suspensión, optando por la fecha de la resolución que lo acuerda o el de la firmeza de la sentencia caso de que la suspensión se acordase en sentencia. Si bien ha de aplaudirse que el prelegislador haya abordado esta cuestión,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ofreciendo una seguridad jurídica a la cuestión, discrepamos de la solución que se propone. La STC 251/2005, de 10 de octubre, fija este momento en el de la notificación del Auto de suspensión de la pena al penado, lo que resulta más coherente con la filosofía y finalidad de la suspensión, institución en la que el Estado se compromete a remitir la pena en la medida que el penado cumpla las condiciones que se le imponen para la suspensión, de manera que el periodo probatorio al que se le somete ha de iniciarse necesariamente con la notificación de la resolución en el que se le concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Y esta solución, que consideramos más adecuada al concepto mismo de la suspensión, es la acogida en la práctica, anotándose en la hoja histórico criminal la fecha de la resolución por la que se concede el beneficio de la suspensión y aquella en la que se notificó el Auto al penado. La solución acogida por el anteproyecto podría dar lugar al supuesto patológico, pero bastante posible, de que se lograra la remisión definitiva de la pena de un penado insolvente que no fue habido tras serle concedido la suspensión, sin imponerle prohibición, deber o medida alguna, por lo que no la conocía por no ser habido. Entiende, en consecuencia, este Consejo que ha de ser la acogida en la nueva regulación, modificándose el art. 82.2 en este sentido.

Al hilo de esta cuestión, ha de advertirse que se lamenta que la reforma no haya abordado la situación que se produce cuando el penado no es habido tras dictarse la resolución por la que se le concede el beneficio de la suspensión. El art. 8 de la derogada Ley de 17 de marzo de 1908, establecía que si a la segunda citación en forma no compareciere injustificadamente el sentenciado, para la diligencia de notificación del auto concediéndole el beneficio, se dejaría sin efecto la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

suspensión de condena y se procedería desde luego a ejecutarla. Los arts. 9 y 10 señalaban igualmente que se dejaría sin efecto la suspensión cuando el reo incumpliere la obligación de poner en conocimiento del Juez sus cambios de domicilio. La regulación actual no dice nada para el supuesto de incomparecencia del penado tras la concesión de la suspensión. Como advierte la Consulta de la Fiscalía General del Estado 4/1999, de 17 de septiembre, sobre algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la ilocalización del penado una vez concedida mediante auto la suspensión no es causa de revocación, por lo que la única solución factible es acordar alguna medida tendente a lograr la comparecencia del penado en el ejecutoria para la notificación del Auto de suspensión. Solución que no resulta satisfactoria, pues es incuestionable que un penado que se pone fuera del alcance del Juez o Tribunal no es merecedor de beneficio alguno.

Se hace necesario, por tanto, la regulación de esta situación, entendiéndose este Consejo que la falta de localización del penado, que se ha puesto fuera del alcance del órgano judicial, impidiendo la notificación del Auto de suspensión –y en consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones o medidas que pudieran haberle sido impuestas-, debería dar lugar a la revocación del beneficio.

a.6.- Prohibiciones, deberes y medidas

I- La reforma hace una nueva regulación de las obligaciones a las que discrecionalmente puede quedar condicionada la suspensión de la ejecución de la pena. Distingue entre las prohibiciones y deberes que regula en el artículo 83 y las prestaciones y medidas del artículo 84.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Frente a la regulación vigente, en la que el artículo 83.1 dispone que *“la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal”*, la reforma no establece esa obligación, que es propia de la suspensión misma. Que la suspensión de la ejecución de la pena se condiciona a que el penado no delinca en el periodo de suspensión se deduce, en la reforma, del régimen de la revocación, pero insistimos en ningún artículo se instaura esa obligación. Parece, pues, que se trata de un olvido, que entendemos debe ser subsanado, incluyéndose una mención expresa a la prohibición de delinquir igual a la que contiene el actual art. 83.1 CP.

El anteproyecto configura los deberes y prohibiciones como reglas necesarias para *“evitar el peligro de comisión de nuevos delitos”*, expresión que no es afortunada y que encuentra sus raíces en un modelo penal garantista y en el Derecho penal del riesgo, desembocando en un Derecho de policía, en el que se pone bajo sospecha más que al autor, a determinados grupos sociales y condiciones de vida.

De ahí que junto a las prohibiciones que ya existen en el régimen actual, se incluya la (2ª) *“Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitar la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarles a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas”*. Prohibición que nos merece un total rechazo en cuanto que se funda en la mera sospecha y va mucho más allá de las limitaciones de derechos sufridas por las penas, entre las que desde luego no se encuentra la pena a no relacionarse con determinadas personas, salvo que de la víctima se trate.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La (4ª) *“Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo de cometer nuevos delitos”* es excesivamente abierta e indeterminada, además de ampliar de manera injustificada y desmesurada el radio de lugares prohibidos con respecto a lo que establece el artículo 48 CP para la pena de privación del derecho a residir, que es más adecuado en cuanto que en ese artículo 48 CP la selección de lugares de prohibida estancia encuentra una base objetiva; fundamento que es sustituido en el art. 83.4ª por apreciaciones subjetivas de riesgo y sospecha.

El deber de (7ª) *“participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes”* supone una injerencia en derechos fundamentales, debiendo recordarse las previsiones que en relación al derecho a la autodeterminación personal establece la legislación sanitaria, exigiendo, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad (art. 2.2. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de la paciente, información y documentación clínica). De manera que no resulta posible el establecimiento de esta obligación sin consentimiento del afectado, lo que así debería hacerse constar de modo expreso.

En la (1ª) *“prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el Juez o Tribunal...”* se ha excluido del ámbito de protección a *“otras personas que el Juez o Tribunal estime conveniente”*, lo que resulta desafortunada por cuanto que quedan fuera de la prohibición personas relacionadas con la víctima pero no unidas a ella por lazos familiares, como puede ser su novio, nueva pareja,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

compañeros de trabajo, etc. y que, precisamente, por su cercanía con la víctima podrán ser objeto de represalias o ser utilizados para inquietarla.

En esta misma prohibición 1ª se ha suprimido sin explicación alguna la prohibición de comunicar con estas personas que se contiene en la regulación actual, lo que no resulta acertado ya que la protección de la víctima buscada con esta prohibición se podrá ver comprometida si el penado tiene la posibilidad de comunicar por cualquier medio con una víctima a la que no puede aproximarse. Por ello, consideramos que debería mantenerse la redacción actual.

El resto de las prohibiciones y deberes se corresponden con los que existen en la regulación actual, por lo que huelga cualquier comentario sobre ellos.

En el número 2 de este nuevo artículo 83 se establece la imposición obligatoria de las prohibiciones y deberes 1ª, 4ª y 6ª (participación en programas formativos) cuando el delito fuera uno de los tipificados en los Títulos III, VI, VII y VIII y se hubiera cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado por una relación similar de afectividad aun sin convivencia. Se elimina la tradicional mención de "*delitos relacionados con la violencia de género*" y se excluye los delitos del Título I ("*Del homicidio y sus formas*"), lo que parece un olvido que también debería ser subsanado.

II.- Resulta acertada la determinación que el art. 83 hace de la persona a la que corresponde vigilar el cumplimiento y deberes, completando las previsiones del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas. Se dispone que los agentes encargados de la vigilancia de las prohibiciones y deberes serán las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado en las prohibiciones y deberes 1ª a 4ª y los servicios de gestión de penas y medidas alternativa de la administración penitenciaria para las demás.

III.- Por lo que se refiere a las prestaciones y medidas del artículo 84 no se da ninguna pauta que oriente cuándo han de ser impuestas en el caso de un a suspensión no sustitutiva. Las medidas 2ª (multa) o 3ª (trabajos en beneficio de la comunidad) serán necesariamente impuestas cuando se trate de una suspensión sustitutiva, remitiéndonos a lo anteriormente expuesto. Y en cuanto a la 1ª (*“El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”*) obviamente solo podrá imponerse si ha existido una mediación y un acuerdo. El Consejo considera aconsejable recoger de forma expresa, en este mismo punto, la exclusión de la mediación en los supuestos de violencia de género como señala la Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre, y la Recomendación 3.9.1 del Manual de Legislación de Violencia sobre la Mujer elaborado en el año 2010 por Naciones Unidas y el artículo 48 del convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia las mujeres y violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, cerrando el paso a una eventual interpretación de la tácita derogación del art. 87 ter 5 de la LOPJ por el reconocimiento que en este número 1 del art. 84 se hace de la mediación penal y de la incorporación de su resultado al procedimiento penal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

a.7 La modificación de las prohibiciones, deberes, prestaciones y medidas acordadas y la revocación de la suspensión.

I.- El apartado trigésimo octavo del artículo único del texto del anteproyecto da una nueva redacción al artículo 85, que queda redactado como sigue: *“Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya se hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas”*.

La Memoria del análisis del impacto normativo alude expresamente a esta posibilidad de modificación de las reglas de conducta impuesta, valorándola como una mejora técnica.

Consideramos, sin embargo, desacertado este precepto en los términos en los que viene redactado, en cuanto que posibilita el agravamiento de los deberes, prohibiciones, medidas o prestaciones impuestos como condiciones de la suspensión de la pena, aun cuando las establecidas se estuvieren cumpliendo con éxito. De esta manera se confunde la naturaleza de las reglas de conducta aparejadas a la suspensión de la pena, transmutándolas en una especie de medidas de seguridad. La variación de las circunstancias que llevaron a un juicio positivo sobre la suspensión -y en consecuencia, negativo de la peligrosidad del condenado-, y determinaron la imposición de determinados deberes u obligaciones, podrá justificar la eliminación o minoración de las reglas de conducta impuestas si aquella variación pone de manifiesto que la peligrosidad del penado ha desaparecido; o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

cuando por la modificación de sus circunstancias personales, familiares o económicas las reglas de conducta resulten excesivas o desproporcionadas -en palabras del art. 83-. Pero tal modificación de circunstancias (que se circunscribirán a las relativas al penado y no a las del hecho que por razones obvias permanecen inmutables) no puede justificar una agravación de las reglas de conducta condicionantes de la suspensión de la pena concedida, cuando el penado está cumpliendo las impuestas, pues ante tal obediencia lo único que le cabe esperar es la remisión definitiva de la pena llegado el término de la suspensión, pues él ha cumplido las condiciones que le fueron fijadas durante el periodo de suspensión, se ha comportado como un penado diligente, por lo que en modo alguno, puede verse sorprendido por una agravación de su situación. Esta posibilidad de nuevas reglas de conducta pese al buen cumplimiento de las que fueron impuestas, quiebra el mandato de certeza incluido en el art. 25 de la Constitución, que exige, en palabras del Tribunal Constitucional, que el ciudadano “pueda conocer de antemano el ámbito de los proscrito y prever, así las consecuencias de sus acciones”.

En resumen, se considera desafortunado este precepto. La modificación de las reglas de conductas solo podrá tener lugar para eliminar las impuestas o sustituirlas por otras menos gravosas cuando las circunstancias del penado varíen convirtiendo las fijadas en desproporcionadas y excesivas; pero no para agravar las impuestas cuando el penado las esté cumpliendo de manera eficaz, aun cuando sus circunstancias personales hayan variado. Solo el incumplimiento de las reglas de conducta establecidas como condición de la suspensión podrá justificar su agravación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

II.- El artículo 86.1 regula la revocación de la suspensión, en términos similares a la actual regulación, con la novedad, a nuestro juicio acertada, de incluir como causa de suspensión el incumplimiento del compromiso de pago de las indemnizaciones, salvo insolvencia. A lo que se equipara el hecho de facilitar una información inexacta o insuficiente de su patrimonio incumpliendo la obligación del art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del paradero de los bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado.

En el número 2 del artículo 86 se disciplinan las consecuencias del incumplimiento de las reglas de conducta no grave o no reiterado de una manera parecida al actual artículo 84 CP. Es decir, se podrá imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas prorrogar el plazo de suspensión. Si bien la reforma, precisa que el plazo prorrogado en ningún caso puede exceder de la mitad de la duración del inicialmente fijado; previsión más acertada que la actual – en donde se dice que no podrá exceder de cinco años-, excesivamente indeterminada.

Por su parte, el art. 87.2 fija unas reglas especiales para el caso de que, concedida la suspensión por la adicción a drogas tóxicas, no se haya acreditado la deshabituación del penado o la continuación del tratamiento; manteniendo en este punto la regulación actual.

Insistir en la necesidad de que el penado sea oído antes de acordar sobre si ha existido o no incumplimiento y decidir la revocación de la suspensión o la agravación de sus condiciones o del plazo de suspensión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

II.- La reforma suprime el distinto tratamiento ante el incumplimiento que se dispensa en la regulación actual a los delitos relacionados con la violencia de género. El vigente art. 84.2 CP dispone que en esos supuestos, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1^a, 2^a y 5^a del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. Con la reforma, estos delitos relacionados con la violencia de género siguen el régimen general, de manera que también para ellos se exige para poder ser revocada la suspensión que el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas sea grave y reiterado.

III.- Finalmente, el número 3 del art. 87 del Anteproyecto introduce un nuevo supuesto de revocación de la suspensión, *“cuando el penado hubiera sido condenando con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por delito cometido con anterioridad a la misma”*, que resulta distorsionador

Condición necesaria de la suspensión es que el delincuente haya delinquido por primera vez. Ya hemos advertido que la reforma no entra a precisar cuál ha de ser el momento al que ha de referirse la primariedad delictiva del condenado y hemos señalado que nos parece la solución más adecuada la del momento de la comisión del hecho sancionado con la pena objeto de suspensión, que es la patrocinada por el Tribunal Supremo y por la práctica generalidad de la doctrina. Más cuando se optara por el otro criterio, lo que es indiscutible es la necesidad de que exista una sentencia firme condenatoria por exigencia del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE, pues solo puede decirse que ha delinquido cuando hay una sentencia firme que así lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

establece (en este sentido, STS 1196/2000, de 17 de julio y Consulta FGE 4/1999, antes citada).

Lo que nos lleva a concluir que la existencia de un hecho que reviste los caracteres de un delito al tiempo de acordar sobre la suspensión, pero respecto del que no existe sentencia firme condenatoria, no afecta a la primariedad delictiva del condenado, sea cual se sea el momento que se tenga en cuenta a estos efectos. La existencia del procedimiento penal por ese hecho podrá constituir una circunstancia a valorar en el momento de la decisión sobre la suspensión, pero en modo alguno puede afectar a la condición de primario respecto del hecho objeto de la condena que se suspende. Por ello la condena firme que pueda producirse después de la suspensión, por ese hecho anterior que no había sido sentenciado al tiempo de decidir sobre la suspensión, ninguna incidencia debería tener en la suspensión, pues la condición de primario respecto del hecho objeto de la suspensión no se ve afectado por la condena posterior de un hecho anterior, sin que tampoco se haya producido una infracción de la obligación de no delinquir durante el periodo de la suspensión, ya que el hecho que se condena en esa sentencia posterior se produjo antes de la suspensión. Por todo ello, la condena posterior de un hecho anterior a la suspensión no debería poder constituir en ningún caso causa de revocación de la suspensión, por lo que consideramos manifiestamente inadecuado este supuesto de revocación de la suspensión, que debería ser suprimido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

b. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español

I.- El artículo 88, que en la actualidad trata sobre la sustitución de la pena de prisión, con la reforma pasa a regular la sustitución de las penas de prisión impuestas a extranjero por su expulsión del territorio español.

Llama la atención el empleo de término “ciudadano extranjero” utilizado en el número 1 del nuevo artículo, que en sí mismo es contradictorio, por lo que sería conveniente utilizar solo “extranjero”, como así se hace en el resto del precepto.

La reforma vuelve a la regulación anterior a la LO 11/2003 en lo relativo a la no automaticidad de sustitución, que deberá acordarse solo si resulta proporcionada, *“a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España”*, tal como dice el número 3 del art. 88 en su nueva redacción dada por el Anteproyecto.

Con ello se pone fin, con acierto, a la configuración de la expulsión como preceptiva o automática, solo alterada por la posibilidad de una excepción para determinados delitos, que se instauró con la LO 11/2003 y que se mantuvo en las reformas posteriores, pese al unánime rechazo de la doctrina y de la jurisprudencia.

Este Consejo en el informe que realizó el 26 de febrero de 2003 al entonces Proyecto de Ley Orgánica 11/2003, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Por su parte, el Tribunal Supremo (sentencias 1231/06, de 23 de noviembre de 2006, 901/2004, de 8 de julio y 7 de junio de 2005) ha venido realizando una relectura constitucionalizada del art. 89 Código Penal, ya anticipada por el Tribunal Constitucional (SSTC 24/2000, 99/85, 242/94 y 203/97), ante la realidad de la afección que la sustitución por expulsión puede tener para derechos fundamentales de la persona- sea o no inmigrante, ilegal o no-, declarando que la expulsión no puede ser automática y que, en todo caso, los efectos de esta decisión que entraña la sustitución de una pena grave, no pueden adoptarse sin tenerse en cuenta todos los intereses en conflicto.

II.- La reforma extiende la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español a los extranjeros con residencia legal.

Desde que la expulsión sustitutiva de los extranjeros fue incorporada al articulado del Código Penal de 1995, se limitó a extranjeros sin residencia legal, cuya situación irregular, se decía, dificultaba su reinserción. No se da ninguna explicación de esta ampliación del círculo de sujetos respecto de los que puede acordarse la expulsión, estándose ante una decisión de política criminal, vinculada a la política de extranjería, que incumbe al legislador legítimamente diseñar.

El artículo 57.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que *“2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.” Y más adelante, en el apartado 8, regula el momento en que ha de tener lugar la expulsión de extranjeros, sean o no residentes condenados por determinados delitos.

Por tanto, no hay en principio, ninguna objeción legal para que la sustitución de la pena de prisión por expulsión pueda acordarse también respecto de los residentes legales.

Ahora bien, resulta conveniente limitar la posibilidad de la expulsión de extranjeros, residentes o no, a las penas de prisión superiores a un año –como así hace el anteproyecto- y por delitos dolosos, tal como dice el antes citado art. 57.2 LOEx.

III.- La reforma establece la pena mínima que puede ser sustituida por expulsión, que es la de prisión de más de un año. Con la introducción de este límite se destierran de la expulsión sustitutiva, las demás penas privativas de libertad –y en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa- y las penas de prisión de un año o inferiores. Previsión que no solo es ajustada al art. 57.2 LOEx., sino, y de modo fundamental, al principio de proporcionalidad.

Por otro lado, frente a la actual regulación en la que las penas inferiores a seis años de privación de libertad son sustituidas en su integridad por la expulsión del territorio nacional, mientras que en las superiores a esa duración, la expulsión solo puede tener lugar una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la pena; en la reforma se fija el límite de la expulsión sustitutiva sin previo cumplimiento de parte de la pena en los tres años de prisión. Lo que resulta adecuado en atención a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

modificación de la penalidad de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que vino a establecer como pena del tipo básico de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud, la pena de prisión de tres años a seis años. Esta rebaja de las penas, provocó que todos aquellos extranjeros irregulares que introducen drogas que causan grave daño a la salud (principalmente cocaína), escondida en su equipaje o en su organismo, puedan ser de facto castigados solo con la expulsión, por cuanto que la pena es inferior a los seis años y por tanto, de obligada sustitución por expulsión, según la regulación vigente. Lo que ha originado un grave déficit en la función de prevención general de la pena, convirtiendo la expulsión en un instrumento favorecedor del delito, ante la bondad de la sanción para la comisión de estos hechos, desactivando el fin preventivo disuasorio de la pena establecido en la norma penal.

Por tanto, la rebaja del límite de las penas enteramente sustituibles por expulsión, sin cumplimiento parcial previo, resulta de todo punto adecuada.

Distinto juicio merece la regulación de la decisión de cuál sea la parte de pena de efectivo cumplimiento en caso de penas superiores a los tres años de prisión, que el Anteproyecto, en el número 2 del art. 88 deja a la libre decisión del Juez o Tribunal, *“en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”*.

En la regulación actual, el artículo 89 CP fija la parte de la pena de efectivo cumplimiento. Se considera más adecuada esta regulación, en la que es el legislador quien, tras hacer el juicio de valoración de la suficiencia de la función de prevención general de la pena, establece la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

parte de pena que ha de ser cumplida para que queden salvaguardados los fines de prevención general negativa y positiva que la que se contiene en el Anteproyecto. Parece necesario que se establezcan en la ley unos criterios seguros y previsibles sobre la parte de pena a cumplir, sin perjuicio de establecer ciertas flexibilizaciones o modulaciones en atención a las circunstancias personales del penado y particulares del hecho.

IV.- La reforma, para acordar la expulsión sustitutiva, solo exige la audiencia previa del penado. Suprime toda referencia a la audiencia del Ministerio Fiscal –que ha estado prevista en todas las regulaciones que ha tenido el actual art. 89 CP- y de las partes –que introdujo la reforma de LO 5/2010-; y que consideramos debe ser introducida en la regulación del proyecto, más cuando tanto la decisión sobre la sustitución como la necesidad de cumplimiento efectivo de parte de la pena superior a tres años de prisión, se deja a la discrecionalidad del Juez o Tribunal.

V.- El apartado 7 del nuevo artículo 88 reproduce el vigente número 6 del art. 89 CP, contemplando la posibilidad de internamiento previo a la expulsión con el fin de asegurar su ejecución. Debe advertirse que este tiempo de privación de libertad no se configura como de “ejecución de la pena o de la medida”, sino como un internamiento aparentemente administrativo, con los límites y garantías que le son propios. Resulta, por tanto, conveniente, que se establezca una previsión para el abono del tiempo de este internamiento para el caso de que finalmente la pena de prisión haya de ser cumplida, bien porque la expulsión no haya podido llevarse a efecto, bien porque el extranjero



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

expulsado regrese a España ante de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente (art. 88.6).

Igualmente parece aconsejable prever en ese último supuesto unas reglas de conversión para el abono de proporcional de la suspensión cumplida.

c. La suspensión del resto de la pena privativa de libertad y la libertad condicional.

I.- El Anteproyecto regula la libertad condicional como una modalidad de la ejecución del resto de la pena, dando una nueva redacción a los artículos 90, 91 y 92 del Código Penal.

En la actualidad, la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la pena de privación de libertad. Con la reforma, como indica la Exposición de Motivos, la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento, por un plazo. Si durante ese tiempo, el penado no comete un delito y cumple las condiciones que le hayan sido impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento. Si por el contrario, delinque o incumple gravemente las condiciones, la libertad le será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin abono del tiempo de la suspensión.

II.- Lo más llamativo de la nueva regulación es la falta de determinación del órgano competente para la decisión de la libertad condicional, que en la actualidad y de conformidad con el artículo 76-2 b) de la Ley General Penitenciaria está atribuida expresamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, encontrándose regulado el procedimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

para la tramitación de los expedientes de libertad condicional en los artículos 194 y siguientes del Reglamento Penitenciario.

El artículo 90, en su redacción dada por el apartado cuadragésimo cuarto del artículo único del Anteproyecto, comienza diciendo en su apartado 1: *“El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos...”* Pero esta es la única referencia que se hace al Juez de Vigilancia Penitenciaria, ya que en el párrafo segundo de este art. 90.1 se indica que *“Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el Juez o Tribunal...”*. Y es a este “Juez o Tribunal” al que se refieren los arts. 90, 91 y 92, que no vuelven a mencionar al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Obviamente cabe deducir que ese “Juez o Tribunal” no puede ser otro que el sentenciador –o aquel que tenga atribuida la ejecución-, eliminando toda duda de que pudiera referirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria la mención de “Tribunal”.

Entendemos que el Juez competente para la decisión, ejecución y en su caso, revocación, de la libertad condicional ha de ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria en primer lugar porque así establece el art. 76.2 LOGP en relación con el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguno de los cuales se modifica en el Anteproyecto, sin que en la Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto se prevea su modificación. En segundo, porque será él quien, como Juez que ha conocido y ha seguido la trayectoria penitenciaria del penado, cuente con más datos para realizar la valoración que la ley establece para resolver sobre la suspensión: la personalidad, antecedentes, su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

conducta durante el cumplimiento de la pena, circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas.

En tercer lugar, porque en muchos casos el Juez o Tribunal al que se refiere el Anteproyecto será distinto al sentenciador. Piénsese, a modo de ejemplo, en los supuestos de acumulación de penas del art. 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal, o de cumplimiento sucesivos de varias penas privativas de libertad.

En conclusión, se hace necesario que el prelegislador dé solución a este problema, clarificando la competencia

III.- La nueva regulación no deja claro si la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión debe ser acordada de oficio una vez se cumplan los requisitos del artículo 90 y exista un pronóstico favorable, como así parece indicar la dicción del 90.1 (*“El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar...”*); o si es a instancia del penado, como parece que se establece en el nuevo número 7 del art. 90 (*“El Juez o Tribunal resolverán sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado”*).

También este punto ha de ser clarificado por el prelegislador.

IV.- Por lo que se refiere a los requisitos y tipos de la libertad condicional, el anteproyecto mantiene en líneas generales la actual regulación, si bien introduce dos nuevos supuestos de libertad condicional privilegiada, que no son aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Libro XXII del Libro II del CP (*“De las organizaciones y*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”) o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (apartado último del art. 90.8)

:

El primero, regulado en el número 3 del artículo 90, para penados que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y ésta no supere los tres años de duración. En este caso, concurriendo los demás requisitos de la libertad condicional, podrá acordarse la suspensión de la pena cuando se haya extinguido la mitad de la pena, frente a la exigencia de cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena prevista con carácter general. Se excluye de esta modalidad privilegiada a los condenados por un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Esta previsión se valora positivamente, pues atiende a las características del recluso primario por una pena de corta duración, que ha observado una buena conducta, por lo que el cumplimiento de la mitad de la pena puede ser considerado bastante.

El segundo, regulado en el número 2 del art. 90, para los penados que durante el cumplimiento de la pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con aprovechamiento, del que se hay derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva. En este caso, se exige para la libertad condicional, haber extinguido las $\frac{2}{3}$ partes de la condena; pudiendo, además, adelantar el Juez o Tribunal, una vez cumplida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con aquel plazo de las $\frac{2}{3}$ partes, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable se exige en el artículo 92, el cumplimiento efectivo de 25 años de condena, que serán 30 años cuando el penado haya sido condenado por varios delitos y al menos dos o más de ellos estén castigados con una prisión permanente revisable.

V.- Salvo en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente, en los que el número 3 del artículo 92 declara que *“La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años”*, para el resto de penas de prisión, no se establece cuál ha de ser el plazo de suspensión, indicando únicamente el art. 90.5 que *“En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de la libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento”*. Al decir este artículo también que para la suspensión de la ejecución del resto de las penas y libertad condicional son aplicables las normas de los artículos 81, 82.2, 83 y 85 a 87, parece deducirse que el plazo de suspensión será de dos a cinco años siempre que la parte pendiente de cumplimiento sea inferior a 5 años.

VI.- Los artículos 90.5 y el 92.3 para las penas de prisión permanentes revisables, establecen que para la suspensión de la ejecución del resto de las penas y libertad condicional son aplicables las normas de los artículos 81, 82.2, 83 y 85 a 87, si bien para la suspensión de penas de prisión permanente revisable es asimismo aplicable el art. 84 (es decir las posibilidades de imposición de las medidas en él previstas).

De manera que atendiendo los criterios establecidos para la suspensión de la ejecución de las penas, podrán imponerse las prohibiciones, obligaciones y, en el caso de penas de prisión



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

permanente revisable, las medidas previstas para la suspensión de la ejecución. Siendo el régimen de consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de las prohibiciones, obligaciones o medias impuestas, el mismo del de la suspensión de la ejecución.

Por lo que se refiere a la revocación de la libertad condicional, establece el art. 90.6 que *“La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena”*. No obstante, en caso de se hubieran impuesto las medidas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad del art. 84, deberá abonarse a la pena pendiente de cumplimiento los pagos y las prestaciones de trabajos que hubieren sido realizados o cumplidos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 86.3, que resulta de aplicación.

Como se ha expuesto, esta regulación es una consecuencia obligada de la consideración novedosa, por la que el prelegislador ha optado, de reputar la libertad condicional, como un supuesto de ejecución del resto de la pena.

VII.- El anteproyecto no modifica ni suprime el actual artículo 93 CP que resulta tácitamente derogado con la nueva regulación. Sin embargo, sería conveniente se acordase su expresa derogación.

4.- DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

a. Introducción

I.- El Anteproyecto lleva a cabo una total reforma de las medidas de seguridad, implantando de manera decidida los postulados del llamado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Derecho penal de la peligrosidad, en la línea iniciada por la LO 5/20120, de reforma del Código Penal. Desde los axiomas de este derecho de la peligrosidad, la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, trasladando al ámbito del derecho penal la inquietud social ante determinados tipos de delincuentes.

La reforma se alinea así con las legislaciones de otros países europeos que han dado entrada en sus legislaciones desde hace tiempo a institutos similares, como la libertad vigilada y la custodia de seguridad, que introduce la reforma; en la consideración de que las medidas de seguridad no solo son adecuadas para los sujetos inimputables y semimputables, sino que también resultan eficaces para combatir a los delincuentes peligrosos y reincidentes imputables, ante la insuficiencia de la respuesta dada al delito por la pena en tanto que fundada en el concepto de culpabilidad. Se opta rotundamente por un sistema dualista en el que la pena se verá complementada por una medida de seguridad: *“la reforma que ahora se lleva a cabo-dice la Exposición de Motivos- culmina la evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista, tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad”*.

En clara acogida de los fundamentos postulados por el Derecho penal de la peligrosidad, por un lado, se avanza en la aplicación de las medidas de seguridad no privativas de libertad a los imputables considerados peligrosos, novedad que introdujo la LO 5/2010 con la libertad vigilada para delincuentes sexuales y terroristas y a la que el anteproyecto da una nueva regulación y extiende a muchos otros supuestos; y se instauran medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes imputables considerados peligrosos – la custodia de seguridad y el internamiento en centro de rehabilitación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

adicciones-, que se vienen a acumular a la pena, eliminando así el sistema vicarial que rige en la actualidad, conforme al cual en caso de imponerse penas y medidas de seguridad privativas de libertad, se comienza con el cumplimiento de la medida, que se abonará para la pena. Con ese sistema se evita que la duración de privación de libertad se prolongue más allá de la privación de libertad a la que ha sido condenado el delincuente, o en caso de ser inimputable, de la duración de la pena abstracta prevista para el hecho cometido, sea cual sea la sanción penal impuestas (pena o medida de seguridad). En otros términos, no podrá cumplirse una privación de libertad más allá del límite de la pena concreta impuesta o, en caso del inimputable, abstracta imponible, al entender que la pena y la medida de seguridad son instituciones distintas, fundadas en conceptos diferentes y que únicamente la pena es la respuesta penal frente a la conducta típica y antijurídica, mientras que la medida de seguridad es la consecuencia jurídica de la peligrosidad del sujeto.

Con la reforma, las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas a delincuentes imputables considerados peligrosos se cumplen después de la pena de prisión, con lo que el tiempo total de privación de libertad vendrá dado por la suma del tiempo de la pena y el de la medida privativa de libertad, a lo que seguirá después, en un buen número de supuestos, una medida de libertad vigilada que durará lo que dure la peligrosidad del penado, pudiendo prorrogarse de por vida. En conclusión, se instaura un sistema penal de una extraordinaria y contundente respuesta penal.

II.- Se modifican además los parámetros que han de servir para ponderar el criterio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de seguridad. Ya no se atenderá solo y de manera fundamental al criterio de la gravedad del hecho, sino que ha de atenderse al de peligrosidad del autor, en tanto que pronóstico de futuro asociado a la probable comisión de delitos. Como corolario a esta nueva filosofía, la reforma por un lado elimina la limitación temporal de las medidas de seguridad en atención a la gravedad del delito cometido por el sujeto que contiene el actual artículo 6.2 CP (*“Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más graves ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido...”*). Lo que deja abierta la puerta a medidas de duración indeterminada, bajo la premisa que no es posible determinar de antemano el tiempo durante el cual el sujeto es peligroso. En este sentido, la medida de internamiento en centros psiquiátricos y centros de educación especial si bien en principio no puede tener una duración superior a cinco años, se podrá acordar su prórroga por periodos sucesivos de cinco años, sin límite máximo de prórrogas. Iguales prórrogas ilimitadas, por periodos quinquenales sucesivos, se establecen para la medida de libertad vigilada.

III.- Se ha de poner de relieve que la reforma, que, por lo demás hace una regulación de la materia poco satisfactoria y demasiado inconcreta e indeterminada, abre la puerta a la instauración de medidas indeterminadas por tiempo indeterminado, pese a una apariencia formal de determinación. Lo que se agrava con la ausencia de la regulación de un procedimiento para la revisión de las medidas de seguridad, esencial cuando de medidas temporalmente indeterminadas se trata; y la inexistencia de un derecho de ejecución de las medidas de seguridad. Por otra parte, se introduce la figura de la custodia de seguridad, que se importa del derecho alemán y que tanta críticas y condenas por parte de la doctrina y de organismos institucionales ha recibido, hasta el punto que el Tribunal Constitucional alemán, país donde se creó y expandió, la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ha declarado recientemente inconstitucional en los términos en los que está regulada, por considerarla lesiva a los derechos fundamentales, si bien ordenó su aplicación hasta que entrara en vigor la nueva legislación, a más tardar el 31 de mayo de 2013, estando pendiente todavía la redacción de una nueva legislación sobre esta institución.

IV.- Entrando ya en el análisis del Anteproyecto, el mismo hace una nueva la regulación de las medidas, modificando todos los artículos del Título IV (*De las medidas de seguridad*), artículos 95 a 108 e introduciendo varios artículos bis y ter.

Este Título IV consta de dos capítulos: Capítulo I (*De las medidas de seguridad en general*), artículos 95 a 100; Capítulo II (*De la aplicación de las medidas de seguridad*), que, a su vez, se compone de dos Sección: Sección 1ª (*De las medidas privativas de libertad*), artículos 101 a 104, y Sección 2ª (*De las medidas no privativas de libertad*), arts. 105 a 108. El Anteproyecto no tiene en cuenta esta estructura, que no modifica, lo que da lugar a una inadecuada sistematización del articulado, no respondiendo las rúbricas de los Capítulos –que el anteproyecto no modifica- con su contenido. Así los artículos 98, 99 y 100, que están en el Capítulo I (*De las medidas de seguridad en general*), con la reforma pasan a regular las medidas de seguridad privativas de libertad de internamiento en centro psiquiátrico, internamiento en centro de educación especial e internamiento en centro de deshabitación. Las normas relativas al tiempo y modo de ejecución de estos internamientos, su revisión y suspensión aparecen en los artículos 102 y 103, que están en el siguiente Capítulo, el II (*De la aplicación de las medidas*), en la Sección 1ª (*De las medidas privativas de libertad*). Y los tres artículos que regulan la medida de libertad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

vigilada, que no es privativa de libertad, artículos 104, 104bis y 104 ter se ubican en esta Sección 1ª (*De las medidas privativas de libertad*) del Capítulo II, continuándose con la regulación de la libertad vigilada en los artículos 106 y 107 CP, ubicados en la Sección 2ª (*De las medidas no privativas de libertad*).

Se hace necesario, en consecuencia, la subsanación de este defecto de técnica legislativa.

b. Legislación comparada

I.- En el derecho continental los mecanismos protectores frente a los delincuentes peligrosos, con tendencia a la repetición de hechos graves, se han articulado a partir de la custodia de seguridad de Derecho alemán, presente en ese ordenamiento desde 1993. Al menos ocho países europeos (Austria, Francia, Dinamarca, Liechtenstein, Italia, San Marino, Eslovaquia y Suiza) han adoptado en sus sistemas la llamada detención preventiva (*“preventive detention”*) respecto de aquellos delincuentes imputables, condenados por sentencia firme, que son reputados peligrosos y por tanto, capaces de reincidir. La detención preventiva o custodia de seguridad es acordada, en general, en la sentencia de condena y la peligrosidad es revisada periódicamente, permaneciendo entre tanto en centros de internamiento especiales si hay o en cárceles comunes, bajo un régimen de cumplimiento especial.

II.- Por ser Alemania de donde trae su origen la custodia de seguridad que la reforma instaura es por lo que resulta obligado el examen de su regulación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

El Código penal alemán distingue entre penas (Strafen) que se fundan en el principio de culpabilidad y medidas de corrección y prevención (Mabrageln der Besserung und Sicherung) basadas en el principio de proporcionalidad. Las medidas persiguen fundamentalmente la protección de la comunidad frente al peligro que representa el autor del delito en base a un diagnóstico de peligrosidad. Las medidas de privación de libertad pueden ser: el internamiento en hospital psiquiátrico, el internamiento en establecimiento de desintoxicación y la custodia de seguridad.

El internamiento en hospital psiquiátrico (art. 66) está previsto para sujetos que han cometido un hecho típico y antijurídico y son inimputables o semimputables, cuando de la valoración conjunta del sujeto y del hecho puede esperarse de él la comisión de hechos ilícitos y por eso es considerado peligroso. El internamiento en hospital psiquiátrico dura lo que sus fines requieran de modo que, sin perjuicio de su revisión periódica, que debe hacerse obligatoriamente al menos una vez al año (art. 67 e II), puede llevar a ser de por vida.

El internamiento para tratamiento de adicciones (art. 64) está previsto para quienes presentan una inclinación al consumo inmoderado de sustancias estupefacientes, alcohol u otros tóxicos y que hayan sido condenados por un delito cometido bajo estado de intoxicación o a causa de ese consumo, cuando exista el peligro que, a causa de esa adicción, cometan nuevos delitos. La medida no se impone si el tratamiento de desintoxicación aparece de antemano como inconducente (art. 64 II). En cuanto a su duración, en principio no puede extenderse más de dos años, sin perjuicio de ampliar ese plazo por el mayor tiempo de duración de una pena privativa de libertad impuesta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

conjuntamente (art. 67 d I). La revisión de la medida tiene que hacerse obligatoriamente cada seis meses (art. 67 e II).

Finalmente, el internamiento en custodia de seguridad, regulado en los artículos 66 y siguientes, se prevé en términos obligatorios para los que han sido condenados por un delito doloso con pena privativa de libertad de al menos dos años, cuando se dan los siguientes requisitos: 1) que el autor haya sido condenada dos veces, en cada ocasión al menos a un año de prisión por un delito doloso que ha cometido con carácter previo al delito ahora enjuiciado; 2) que por uno o más de estos delitos previos, haya cumplido al menos, un plazo de privación de libertad de dos años, por pena de prisión o como consecuencia de una medida de rehabilitación o incapacitación, y 3) que de una evaluación exhaustiva de la persona condenada y de sus delitos se desprenda que, debido a su propensión a cometer delitos graves, particularmente de los que causan graves daños emocionales o lesiones físicas a las víctimas o daños económicos importantes, representa un grave peligro para la seguridad pública (art. 66. I).

Tras la reforma del año 1998 se eliminó el periodo máximo de cumplimiento, establecido en diez años, para transformarlo en indefinido. Hasta el año 2002 la medida de custodia de seguridad debía acordarse en la sentencia condenatoria, pero desde ese año cabe reservarse en la sentencia la posibilidad de su imposición hasta el momento en que el penado haya cumplido una parte importante de la condena. En el año 2004 se introdujo la posibilidad de imponer la custodia de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena, antes de que el penado fuera puesto en libertad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Es importante destacar que durante los últimos años, se ha producido una reacción de numerosos organismos internacionales frente a la custodia de seguridad (el Comité Europeo para la prevención de la Tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes (CPT) en el año 2005; el Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa en el año 2006 y el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas en el segundo semestre del 2011). Por su parte, la STEDH de 17 de diciembre de 2009 (M.c. Allemagne) pone en entredicho la custodia de seguridad. Con posterioridad a esta sentencia, el TEDH lo ha ratificado en tres sentencias más de 13 de enero de 2011 (Kalweit c. Allemang, Mateus s. Allemagne y Schummer c. Allemagne) y su doctrina ha sido asumida por el Tribunal Constitucional alemán, que con anterioridad se había pronunciado en dos ocasiones sobre la constitucionalidad de la custodia de seguridad, y en sentencia de 4 de mayo de 2011 declaró la inconstitucionalidad de la normativa sobre la custodia de seguridad, aunque como ya hemos indicados más arriba, ordenó su aplicación hasta que entrara en vigor la nueva legislación, a más tardar el 31 de mayo de 2013; lo que todavía no se ha producido.

III.- En Francia la custodia de seguridad se introdujo en el año 2008 y creó una gran polémica. Está prevista en el artículo 706-53-13 y fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado por Sentencia de 21 de febrero de 2008. Importa destacar que a ese juicio de constitucionalidad se llega por la existencia de una previa comprobación de la necesidad de la medida antes de iniciar su ejecución, a la vista del acuerdo favorable de la comisión pluridisciplinar para las medidas de seguridad, por un tribunal y tras un debate contradictorio y público, en el que penado es asistido por abogado,



siendo la resolución susceptible de recurso ante un Tribunal superior. Condiciones que como veremos, no existen en la regulación que hace el anteproyecto.

c. La modificación del artículo 6 Código Penal, la supresión del procedimiento de revisión y la derogación del sistema vicarial.

I.- El apartado tercero del artículo único del anteproyecto da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 6 del Código Penal, que queda como sigue: “2. *Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesarios para prevenir la peligrosidad del autor.*”

Se suprime el límite máximo de duración de las medidas en atención a la duración de la pena abstracta prevista para el hecho cometido que proclama el actual art. 6.2 CP, indicándose al respecto en la Exposición de Motivos que mientras el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad del hecho, el de la medida de seguridad se encuentra en la peligrosidad del autor. Concluyendo que “*las medidas de seguridad han de ser proporcionadas no solo con la gravedad del hecho delictivo, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, y por tanto, a su peligrosidad*” (Apartado VI Exposición de Motivos).

La regla de proporcionalidad que contiene el hoy vigente art. 6.2 CP. atiende al hecho cometido y establece que las medidas no pueden ser más gravosas ni tener más duración que la pena abstracta por el hecho cometido. Estos límites tienen especial repercusión en las medidas de internamiento, tanto respecto al presupuesto exigido para su adopción, teniendo que ser un hecho típico antijurídico castigado con pena privativa de libertad; como con su duración temporal, que puede ser mayor que el de la pena aplicable al hecho cometido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Ciertamente este artículo suscitó muchas críticas doctrinales, que reclamaban que la proporcionalidad en las medidas se vinculara a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad de los delitos que se estima pudiera cometer en el futuro, al ser más respetuoso con el concepto, fundamento y fin de la medida de seguridad. Es verdad también que el Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno 24/1993, de 21 de enero de 1993, se pronunció a favor de la constitucionalidad de medidas de seguridad de duración indeterminadas, pero –añadía– siempre que existan controles sucesivos que permitan valorar su necesidad actual. Y es en este punto donde el anteproyecto hace una regulación imprecisa, inconcreta y vaga, a la vez que suprime el procedimiento para la revisión de la regulación actual, no estableciendo uno alternativo, en el que se dé audiencia al sujeto a la medida y a su letrado, con plenas garantías de audiencia y contradicción. A lo que se añade la falta de previsión de la necesidad de informes periódicos sobre la peligrosidad y la evolución del sometido a la medida, como sí existen en el Derecho Francés.

Esta indeterminación del sistema de control y revisión de la medida de seguridad de duración indeterminada y que se presenta, a priori, como indefinida por la vía de las prórrogas ilimitadas que se establecen, ofrece un resultado poco satisfactorio y adecuado a las garantías de inherentes a todo Estado de Derecho y a los principios de seguridad y de legalidad, con la garantía de determinación de la sanción penal que el mismo implica. Aconsejando, en su consecuencia, la fijación de un límite de cumplimiento máximo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

II.- Resulta singularmente alarmante la supresión del procedimiento de revisión de las medidas que viene regulado en el artículo 98 CP.

Olvida el prelegislador que dentro de las garantías inherentes al principio de legalidad en las medidas de seguridad se encuentra la garantía de ejecución, proclamada en el vigente artículo 3.2 CP (*“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*). El procedimiento de ejecución es particularmente importante en las medidas de seguridad, dada su indeterminación, tanto en su contenido como en su duración, por lo que resulta esencial al derecho de defensa del sometido a la medida el procedimiento de su revisión, con unas plenas garantías de audiencia y contradicción. Así lo destaca la antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional francés de Sentencia de 21 de febrero de 2008, siendo precisamente la existencia de un procedimiento reglado y regulado, en el que se garantiza la intervención y defensa del sometido a la medida y la revisión de la decisión por un tribunal superior, lo que permitió declarar constitucional la custodia de seguridad en Francia.

Habrà de articularse, en todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal en este procedimiento de revisión, parte necesaria en la ejecución de penas y medidas de seguridad.

Resultaría necesaria además la regulación de los recursos contra la decisión que resuelve sobre el mantenimiento o modificación de la medida, -que aunque nada se diga en la reforma, deberá ser una resolución motivada, lo que sería aconsejable que así se dijera-, dada la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

indeterminación de las medidas cuya concreción se hará en ejecución de sentencia. La custodia de seguridad, medida privativa de libertad, que ha de cumplirse después de la pena de prisión impuesta al penado, ha de imponerse en la sentencia, si bien “*antes de dar inicio a su ejecución el Tribunal verificará si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición*” (art. 102.3). Decisión que innegablemente ha de contar con la posibilidad de su revisión ante un tribunal superior, como así la tuvo la sentencia que la impuso. Y en el momento actual, la única decisión de ejecución de sentencias dictadas en la primera instancia por la Audiencia Nacional o por las Audiencias Provinciales recurrible en casación es la de acumulación de penas del art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que una decisiones tan importantes como la de cumplimiento de la custodia de seguridad o las prórrogas por un periodo de hasta cinco años de los internamientos psiquiátricos o en centros de educación especial, en la práctica no tendrán otro recuso que el de súplica ante el propio órgano decisor.

En consecuencia, este Consejo advierte sobre la necesidad de la regulación de procedimiento de revisión de las medidas de seguridad y del de decisión sobre el cumplimiento de la custodia de seguridad cuando haya sido impuesta, en que necesariamente deberá intervenir el sujeto al que se impuso la medida, asistido de abogado, el Ministerio Fiscal y las partes personadas, regulándose asimismo el régimen de recurribilidad de la decisión.

III.- Por otra parte, es reprochable la falta de la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que desaparece en esta nueva regulación de las medidas, pese a que él será quien tenga más datos para informar sobre la peligrosidad del sujeto cuando se trate de una medida de seguridad que sigue a la pena de prisión, pues es él quien ha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

seguido la trayectoria penitenciaria del sujeto y quien va a ejercer las funciones jurisdiccionales en la ejecución de las medidas privativas de libertad, cuyo cumplimiento se prevé en la nueva regulación, puede tener lugar en centro penitenciario. El Juez de Vigilancia Penitencia, lejos de ser impulsado en el anteproyecto como Juez de la ejecución de penas y medidas de seguridad, tal como es definido en el art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ve cercenadas sus competencias, pasando a ser una figura casi residual.

IV.- Nos encontramos ante una regulación de las medidas de seguridad imprecisa y excesivamente abierta, lo que atenta contra el principio de legalidad, reconocido para las medidas de seguridad y su ejecución en los artículos 2 y 3 del Código Penal. En este sentido, podemos señalar que ya en el primer artículo dedicado a la regulación de las medidas de seguridad, art. 95.1, al enumerar los presupuestos legitimadores de la imposición de una medida de seguridad, establece: “3. *Que la imposición de la medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto*”; expresión que atenta contra el principio de subsidiariedad, pues la medida en cuanto a consecuencia jurídica penal, deberá ser totalmente necesaria.

V.- En cuanto a cuál haya de ser la medida concreta a imponer, desaparecido el límite de la no onerosidad respecto de la pena que en abstracto se pudiera imponer al hecho, el art. 95.2 establece que “*La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcional a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea pueda cometer, así como a la peligrosidad del sujeto*”. La inclusión en los términos de la ponderación de hechos no cometidos, sino presuntos, evoca a las denostadas medidas de seguridad predelictuales, cuya inconstitucionalidad fue declarada por el Tribunal Constitucional (STC 22/87 de 20 de febrero y 23/86 de 14 de



febrero). Mas cuando no se hace ninguna referencia a la relación de esos futuribles delitos con el hecho cometido y juzgado, lo que resulta esencial para un juicio de peligrosidad, que, en el anteproyecto, parece atender a un estado o modo de ser del autor con abstracción del hecho concreto cometido, lo que atenta contra los principios más esenciales del Derecho Penal y de un Estado de Derecho.

VI.- El anteproyecto pone fin al sistema vicarial del vigente Código Penal. Conforme al mismo, el tiempo de cumplimiento efectivo de las penas y de las medidas de seguridad privativas de libertad no podrá sobrepasar el límite de la pena impuesta, de manera que en caso de concurrir pena y medida de seguridad de libertad privativa de libertad, el actual artículo 99 CP dispone que se comenzará por el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. En la reforma, solo las medidas de internamiento en centro psiquiátrico, centro de educación especial o de deshabitación tienen un tratamiento vicarial, si bien parcial, disponiendo el art. 102.1 in fine que *“El tiempo de cumplimiento de aquella se abonará como tiempo de cumplimiento de la pena hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma.”* Por lo que cumplida la medida, deberá procederse al cumplimiento de al menos $\frac{3}{4}$ parte de la pena, y ello aun cuando el tiempo de cumplimiento de la medida sea superior al de la pena; sin perjuicio de la posibilidad de su suspensión como dice a continuación el mencionado art. 102.1 AP.

La custodia de seguridad ha de cumplirse después de la pena privativa de libertad, de manera que de facto viene a significar un prolongamiento de la situación de privación de libertad por acumulación del tiempo de cumplimiento de la pena y el de la medida.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Lo mismo respecto a la medida de libertad vigilada, lo que va a plantear problemas cuando la pena privativa de libertad se ha suspendido o cuando sea cumplida, en la última fase de cumplimiento en libertad condicional, no siendo clara la regla del nuevo artículo 106.4 pfo 1º in fine (*“En este caso, el plazo de duración de la libertad vigilada no podrá ser inferior al tiempo fijado para la suspensión conforme al artículo 81 de este Código”*), que parece indicar que hay un cumplimiento simultáneo de la suspensión de la pena o de la libertad condicional y de la medida de libertad vigilada.

d. Internamientos en centros psiquiátricos y de educación especial.

I.- Con estos antecedentes, el internamiento de un inimputable o semiimputable en un centro psiquiátrico o en centro educativo especial se viene a regular en el anteproyecto en el artículo 98. Podrá serlo por cualquier delito, también por aquellos que no estén sancionados en abstracto con pena de privación de libertad, basándose simplemente en el peligro que supone para la sociedad. Es cierto que el antes comentado artículo 95.2 reclama la proporcionalidad de la medida, entre otros con el hecho, pero nada impide con la regulación que hace el Anteproyecto el ingreso en un centro psiquiátrico lo sea por hechos leves y por hechos sancionados, por ejemplo, con pena de multa; posibilidad que, en principio, se presenta como preocupante por su, a priori, desproporcionalidad.

Dispone el número 3 del art. 98 que el *“el internamiento en centro psiquiátrico no podrá tener una duración superior a cinco años”*, añadiendo a continuación *“salvo que se acordase su prórroga”*, que será por otros cinco años y a su término podrá ser nuevamente prorrogada sucesivamente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de manera que podría alcanzar la vida entera del enfermo mental, convirtiéndose de facto en un internamiento a perpetuidad.

Se establece que la prórroga solo se acordará si así lo solicita la Junta de Tratamiento, de manera que queda en manos de Instituciones penitenciarias la decisión de poner término o no a la medida al término del plazo, sustrayendo al Juez o Tribunal la posibilidad de si, aprecian que persiste una peligrosidad en el sujeto que haga necesaria la medida de seguridad impuesta por ellos, puedan acordar su continuación. Si no hay una solicitud de la Junta de Tratamiento interesando la continuación, aun cuando el Juez o Tribunal considerase necesaria la medida, estarían obligados a declarar su extinción.

Cuando se extinga el internamiento, deberá imponerse al sujeto una medida de libertad vigilada, salvo que no resulte necesaria. Libertad vigilada que tendrá una duración mínima de tres años y máxima de cinco, pero que es asimismo prorrogable por plazos sucesivos de hasta cinco años, no estableciéndose tampoco aquí límites de prórroga.

II.- Es obligada la revisibilidad de la medida de seguridad. El artículo 103 respecto de la medida de internamiento y el 105 para la de libertad vigilada, establecen la obligatoriedad de su revisión de las medidas, anualmente en el caso del internamiento, cuando lo pidan los servicios de gestión de penas y medidas de seguridad o el sometido a la medida, a quien se le podrá fijar un plazo en el cual no se dará curso a sus peticiones de revisión (art. 103.3 y 105.3).

Ya han sido denunciadas antes las deficiencias de la reforma en el proceso de revisión, que en el actual Código Penal viene regulado en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

el art. 98, modificado por el anteproyecto para establecer en él, precisamente, el internamiento en establecimiento psiquiátrico. Ante esta omisión, que consideramos debe ser subsanada, las posibilidades de que el sometido a la medida sea oído en esa revisión, así como el Ministerio Fiscal y las partes, quedan al libre albedrío del Juez o Tribunal, lo que quiebra el derecho de defensa y los principios de seguridad y de legalidad.

III.- En otro orden de cosas, no se dice en qué tipo de centro habrá de ser internado el inimputable o el semiimputable para el cumplimiento de la medida. La referencia en el párrafo segundo del número 3 del art. 98 –al que se remite el art. 99 respecto del centro de educación especial- a la Junta de Tratamiento lleva a concluir que ha de ser un centro psiquiátrico o educativo especial penitenciario. Pero en principio no debería existir objeción para que, en determinados casos, el tratamiento pueda ser seguido en centro no penitenciario, estableciéndose eso sí, los controles necesarios, por cuanto que se trata del cumplimiento de una medida de seguridad judicial. El prelegislador debería pronunciarse sobre este particular de modo expreso.

IV.- Llegados a este punto conviene advertir un error de concordancia del articulado. En el nuevo art. 99 se regula el internamiento en centro educativo especial que obviamente, deberá ser de aquel sujeto inimputable o semiimputable que, por sufrir graves alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 20.3ª CP). Sin embargo el prelegislador se remite al número 20.2ª CP, que se refiere a quien está en estado de intoxicación plena por consumo de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o bajo el síndrome de abstinencia. Parece que es un error material que debería ser subsanado.

e. Internamiento en centro de deshabitación.

El apartado quincuagésimo segundo del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 100 del Código Penal regulando la medida de seguridad del internamiento en centro de deshabitación del sujeto que haya cometido un delito a causa de su grave adicción al alcohol, a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Se trata de una medida de seguridad privativa de libertad que se puede imponer a sujetos inimputables, semiinimputables e imputables, con grave adicción a algunas de las sustancias que menciona, siempre que haya cometido el delito a causa de esa grave adicción y exista una expectativa de que superará la adicción en un plazo, o que al menos, durante un periodo de tiempo relevante, no recaerán en el consumo de aquellas sustancias y no cometerán delitos motivados por el mismo. Su duración en principio, no será superior a dos años, pudiendo prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión que se hubiera impuesto o un máximo de cinco años, cuando no se hubiera impuesto ninguna pena. En caso de que se hubiera impuesto junto a la medida una pena de más de cinco años de prisión, podrá acordarse de que se cumpla la pena antes de la medida de seguridad, fijándose la pena de modo que sumado el tiempo de cumplimiento con el de duración de la medida de seguridad se haya extinguido las dos terceras partes de la pena total impuesta, pudiendo en ese caso acordarse la suspensión del resto de la pena.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Este internamiento existe en el derecho alemán, del que se importa su regulación.

La principal objeción que suscita esta medida es la imperatividad del tratamiento. Mientras que la coerción para someterse a un tratamiento médico de desintoxicación a sustancias estupefacientes o alcohol no plantea mayores problemas en los inimputables, en el caso de los plenamente responsables se hará depender de la voluntad del condenado, reclamando la decisión voluntaria del sujeto como corolario del derecho del paciente al consentimiento informado, recogido en la Ley 41/2002, y la posibilidad de rechazar el tratamiento. Caso contrario, la imposición del tratamiento produce recelos sobre su constitucionalidad.

f. La custodia de seguridad.

I.- La reforma introduce una nueva medida privativa de libertad, la custodia de seguridad, que tiene su origen en el Derecho alemán, regulándose del modo en que lo hace el derecho germano, si bien sin la posibilidad de diferir su imposición para ejecución de sentencia y para reos ya sentenciados.

El anteproyecto justifica esta nueva medida como un medio eficaz para la lucha contra delincuentes peligrosos. La Exposición de Motivos explica que se reserva para los casos más graves, pudiéndose *“imponer únicamente en supuestos excepcionales de reiteración de la comisión de delitos de especial gravedad y constatación de la elevada peligrosidad del sujeto y deberá ser cumplida con posterioridad a la pena de prisión que haya sido impuesta por el delito cometido”* Y justifica su legitimidad en su naturaleza de medida de seguridad, fundada en la peligrosidad, lo que permite su imposición junto a la pena privativa de libertad, basada en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

culpabilidad, sin infracción del principio *non bis in idem*. Se invoca en la Exposición de Motivos asimismo, en apoyo de la medida, su existencia en países de nuestro entorno y su respaldo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmación que resulta cuestionable.

Señalamos más arriba las reacciones que se han producido en los últimos tiempos frente a la custodia de seguridad, habiendo sido objeto de crítica por parte de la doctrina y de reprobación por parte de numerosos organismos internacionales, como el CPT y el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas en el segundo semestre del 2011). Por su parte, el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la custodia de seguridad aplicada en Alemania, a partir de la sentencia de 17 de diciembre de 2009 (M.c. Allemagne), en la que por unanimidad, declaró contraria al derecho comunitario la custodia aplicada retroactivamente al demandante, por violación de los artos. 5.11 y 7 del Convenio para la protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sus fundamentación resulta muy clarificadora en relación a la naturaleza de esta medida, que no resulta respetuosa con los derechos humanos. El Tribunal señala que aunque el apartado c) del art. 5.1 del Convenio prevé la legítima privación de libertad de un sujeto “si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho (...) cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción...” ello no autoriza – a juicio del Tribunal- la persecución genérica de personas peligrosas, sino sólo la de una determinada persona para que no cometa “una infracción también determinada”. El TEDH no respalda los argumentos del gobierno alemán sobre el propósito preventivo y no punitivo de la custodia de seguridad desde el momento en que está prevista solo respecto de personas que han sido



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

condenadas repetidamente por delitos de cierta gravedad, resultando sumamente relevante el hecho de que la custodia de seguridad se imponga como consecuencia de una “infracción”, en el sentido del art. 7.1 del Convenio, añadiéndose a la pena de prisión por el hecho cometido. Más relevante, sigue diciendo el Tribunal, es aún más que su régimen de cumplimiento sea exactamente igual al de la prisión (y de hecho se cumple en prisión, aunque en módulos especiales) y la supuesta finalidad sólo preventivo-especial de la custodia de seguridad no se compadece con un régimen jurídico que entraña la posible privación de libertad de por vida, algo que comporta una finalidad preventivo-general que es propia de una pena. Lo que lleva a concluir al TEDH, yendo más allá de las apariencias, que la custodia de seguridad contemplada en el CP alemán ha de ser calificada como pena a los efectos del art. 7.1 de la Convención.

Doctrina que ha llevado al propio Tribunal Constitucional alemán a declarar la inconstitucionalidad de parte de su legislación, cuya aplicación ordenó no obstante hasta que existiera una nueva legislación, a más tardar el 31 de mayo de 2013. Resulta significativo que en propio país donde la custodia de seguridad nació se venga a cuestionar

Todas estas críticas, observaciones y recomendaciones de los diversos organismos internacionales permiten poner en entredicho la oportunidad de introducir en nuestro derecho esta tan denostada figura, cuya constitucionalidad resulta más que comprometida, pues aun cuando se llame medida, no deja de ser una consecuencia penal privativa de libertad, que incluso puede cumplirse en establecimientos de cumplimiento de penas -como así lo dice el art. 100.4-, con una duración de hasta diez años. Ya advirtió la STC 21/1987, que *“el principio non bis in idem, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, impide la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

concurrancia de penas y medidas de seguridad sobre hechos típicos igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la “culpabilidad” y en otro la “peligrosidad””.

Por otra parte, fundada la peligrosidad justificadora de la medida de la custodia de seguridad en la reiteración delictiva, es indicativo que la reincidencia reiterada es tratada en el texto penal actual como una agravación especial de la pena en el art. 66.5 CP que el Anteproyecto deroga, sin dar tampoco tratamiento agravatorio a la circunstancia agravante de reincidencia. Y ello porque en el Anteproyecto la respuesta a la reincidencia se hace a través de las medidas de seguridad y en particular, de la custodia de seguridad, como lo evidencia el hecho de que esta medida exige para su aplicación haber sido anteriormente condenado por uno o varios delitos para los que se introduce la custodia de seguridad, o haya cometido varios delitos. Todo ello viene a reforzar la consideración de la custodia de seguridad como pena y los fundados recelos sobre su constitucionalidad.

II.- El anteproyecto no define qué es la custodia de seguridad, debiendo acudir a su regulación para conocer de qué se trata

Se configura como una medida de imperativa imposición cuando concurren sus presupuestos, entre los que se encuentra un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión futura de alguno de los delitos a los que se refiere el punto 1 del art. 101.1 (delitos contra la vida, integridad física, libertad o indemnidad sexual, tráfico de drogas, delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los patrimoniales, delitos contra la comunidad internacional, delitos de riesgo catastrófico o de incendio, delitos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

terrorismo). Delimitándose en la regulación los datos que deben ser valorados para alcanzar ese pronóstico de reiteración delictiva.

Es necesario para su adopción que al penado le haya sido impuesta una pena mínima de tres años de prisión por uno de los delitos antes enumerados y además, que anteriormente hubiera sido condenado por uno o varios de esos delitos a una pena mínima de dos años, de la que hubiere extinguido en prisión al menos dieciocho meses. O que haya sido condenado por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o la indemnidad sexual, delitos contra la comunidad internacional o delitos de terrorismo a la pena de cinco años de prisión y además se acredite la posibilidad de cometer nuevos delitos (art. 101.1 y 2)

Al término de la custodia de seguridad ha de imponerse, de modo obligado, una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años (art. 101.6). Llama la atención que la custodia de seguridad haya de ir seguida necesariamente de una medida de libertad vigilada, cuando en las demás medidas de seguridad privativas de libertad, la medida de libertad vigilada posterior a ellas solo se impondrá si es necesaria para compensar el riesgo de la comisión de nuevos delitos. No se explica la razón de este diferente trato, no existiendo otro motivo que el hecho de que sea un delincuente reincidente, lo que hemos de recordar ya motivó la imposición de la custodia de seguridad, por lo que no podrá justificar este trato más gravoso al término de la custodia.

III.- No se dice expresamente si la custodia de seguridad solo puede ser impuesta en la sentencia condenatoria o si puede ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

establecida después, en ejecución. Parece que del juego del vigente artículo 3.1 CP (*“No podrá ejecutarse pena ni mitad de seguridad sino en virtud de sentencia dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*) y del art. 102.3 introducido por la reforma, en el contempla como incidente de ejecución la decisión sobre el cumplimiento de la custodia de seguridad ya impuesta por el Juez o Tribunal, ha de deducirse que la custodia de seguridad ha de acordarse en sentencia. Sin embargo, no puede desconocerse que estamos en Derecho Penal y que la medida de custodia de seguridad que introduce la reforma es extraordinariamente grave, suponiendo una prolongación del tiempo de privación de libertad hasta diez años, por lo que es necesario fijar con precisión su concepto, sus presupuestos, sus condiciones de fijación y de ejecución; siendo entre ellas crucial conocer cuál sea la decisión judicial que haya de imponerla, a fin de evitar que, ante el silencio de la ley, haya un riesgo de que, por una concreta interpretación de la norma, se imponga en ejecución, viendo de esta manera el penado prolongada su condena con una medida privativa de libertad que no se impuso en sentencia y sí en ejecución.

Como la custodia de seguridad no se ejecutará hasta después del cumplimiento de la pena de prisión impuesta, el art. 102.3 establece que el Juez o Tribunal tendrá que verificar si se mantienen las condiciones que hicieron necesaria su imposición; lo que resulta correcto. Sin embargo, añade dicho precepto que si el Tribunal resuelve que la ejecución de la custodia de seguridad no es necesaria, acordará, no su cese, sino su suspensión, imponiendo una medida de libertad vigilada. Esta previsión resulta de todo punto censurable, pues si hay un pronóstico positivo, si ya no existe peligrosidad, se tendría que dejar sin efecto la ejecución de la medida de custodia de seguridad y no su suspensión con imposición de una libertad vigilada, cuyo fundamento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

radica en una peligrosidad cuya inexistencia ha conducido a la suspensión de la medida de custodia de seguridad, lo que resulta una incoherencia. Si el sujeto, al tiempo de la ejecución de la medida, tras el cumplimiento de una pena privativa de libertad, ya no es valorado como peligroso, no procederá la ejecución de la medida de custodia de seguridad, pero tampoco de otra medida de seguridad, cuyo presupuesto se encuentra, precisamente, en la peligrosidad del delincuente, que se insiste, es inexistente en el momento de la ejecución.

IV.- La custodia de seguridad tendrá una duración de 10 años (art. 101.6). Deberá revisarse durante su ejecución. Fijándose el plazo para revisar la custodia de seguridad una vez se inicie su cumplimiento en dos años, que parece excesivamente largo, considerando más adecuado el plazo de un año previsto para las medidas de internamiento psiquiátrico y en centro de educación especial.

V.- Al cumplirse la custodia de seguridad tras el cumplimiento de la pena de prisión, entrará en colisión con la libertad condicional, régimen de cumplimiento propio del tercer grado, lo que, como ya advirtió esta Consejo en relación con la libertad vigilada introducida por LO 5/2010, supondrá un retroceso en el régimen de cumplimiento, especialmente grave en el supuesto de la custodia de seguridad, al ser una medida privativa de libertad.

El anteproyecto no prevé las circunstancias de ejecución de esta medida más allá de las lacónicas menciones del art. 100, pese a que el prelegislador es consciente de que la introducción de la custodia de seguridad obligará a una reforma penitenciaria, que, sin embargo, no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

acompaña a la reforma, pretextándose en la Memoria del análisis del impacto normativo que al preverse que su aplicación no se hará hasta un plazo medio, existe un amplio margen temporal para llevarla a cabo. Siendo censurable no solo que no se acompañe de las reformas de otras leyes necesarias, como lo es la de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino que ni siquiera se contenga una previsión cierta de cuándo van a tener lugar esas reformas.

VI.- En conclusión, este Consejo no encuentra afortunada la introducción de la medida de seguridad de custodia de seguridad, teniendo serias dudas sobre la constitucionalidad de su regulación, que es altamente imprecisa e indefinida.

g. Libertad vigilada

I.- El anteproyecto modifica la regulación de la libertad vigilada introducida en nuestro ordenamiento por LO 5/2010, cuyos supuestos ensancha extraordinariamente. En la regulación actual, la libertad vigilada para imputables solo está prevista para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos de terrorismo. El anteproyecto la establece para cuando al delincuente imputable se le haya impuesto una pena de más de un año de prisión por un de estos delitos: delitos contra la vida (art. 140 bis); delito de lesiones leves o maltrato de obra a mujer víctima de violencia de género (art. 153.5); delitos de lesiones (art. 158 ter); delitos de detenciones ilegales y secuestros (art. 168 bis); delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); delitos contra la libertad sexual (art. 192); delitos de hurto (art. 236 bis); delitos de robo (242 bis); delito de extorsión (243.2); delito de utilización ilegítima de vehículo de motor (art. 244.5); defraudaciones (art. 252 bis); delito de receptación y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

blanqueo de dinero (art. 308 bis CP); delitos contra la seguridad colectiva (art. 385); delitos contra el orden público (580 bis).

Con carácter previo deben advertirse que existen algunos errores que deberían ser subsanados, en la redacción de los nuevos artículos 140 bis y 156 ter, en los se establece la libertad vigilada para los delitos de homicidio y sus formas y los delitos de lesiones, respectivamente. Ambos artículos, que tiene la misma redacción, dicen: *“A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este capítulo se les podrá imponer además una mitad de libertad vigilada”*. Sin embargo, ni en el Título I del Libro II (Del homicidio y sus formas) que cierra el art. 140 bis, ni el Título III del Libro II (De las lesiones) que cierra el art. 156 bis tienen Capítulos.

No se explica por el prelegislador el criterio seguido para la elección de los delitos en los que puede ser impuesta la libertad vigilada, sobre cuya legitimidad existe una profunda discusión doctrinal al suponer la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a sujetos plenamente imputables, denunciando la dificultad de reconciliar la libertad vigilada con el principio de proporcionalidad. Por otra parte, llama la atención que delito más graves como por ejemplo la tortura o el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173 CP queden fuera de esta medida de seguridad, cuando por ejemplo respecto de éste último si se contempla la posibilidad de la libertad vigilada cuando se trata de una única lesión leve o el maltrato en ámbito familiar.

II.- Merece un juicio favorable la supresión en la nueva regulación del carácter de obligatoria imposición con la que estaba concebida en la LO 5/2010.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En la regulación hoy vigente la medida de libertad vigilada es una medida de imperativa imposición para los condenados imputables por uno de los delitos para la que está prevista (es decir, delitos contra la libertad e indemnidad sexual y delitos de terrorismo), salvo que se tratare de un solo delito menos grave contra la libertad e indemnidad sexual cometido por delincuente primario, en cuyo caso la imposición de la medida quedaba al arbitrio del Tribunal.

En el anteproyecto, pese al tenor de las expresiones utilizadas por el art. 104 (“1. *El Juez o Tribunal impondrán...*”; “2.- *Asimismo, se impondrá una medida de libertad vigilada...*”), para que pueda ser impuesta la libertad vigilada al autor imputable condenado por uno de los delitos que tengan prevista en la ley penal tal medida, no basta con la comisión del delito y con que se le haya impuesto una pena superior a un año de prisión, sino que será necesario también que exista un pronóstico de peligrosidad y además que se valore la medida como necesaria. De manera que pese a estarse ante un delito que tenga prevista la libertad vigilada, el Juez o Tribunal podrá no imponerla si entiende que el sujeto no es peligroso o que la libertad vigilada no se presenta como necesaria para compensar tal peligrosidad.

Lo mismo, cuando se trate de una libertad vigilada impuesta a un inimputable absuelto por alguna de las eximentes del art. 20.1, 2 y 3 CP, o cuando se imponga a consecuencia del cumplimiento del plazo máximo de duración de otra medida de seguridad privativa de libertad impuesta. Únicamente en el caso de suspensión de una medida de seguridad privativa de libertad, la libertad vigilada resulta de imperativa imposición.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

III.- El Anteproyecto suprime la definición legal de la libertad vigilada, contenida en el actual artículo 106 CP introducido por LO 5/2010, de 22 de junio, y al que el anteproyecto modifica en el apartado sexagésimo segundo del artículo único, regulando en él las reglas sobre el momento de inicio del cumplimiento de la libertad vigilada cuando ha sido impuesta otra pena privativa de libertad y el régimen a seguir cuando estándose cumpliendo una libertad vigilada, se da inicio a otra.

Esta falta de definición, que se observa también en la pena de prisión permanente revisable y en la medida de seguridad de custodia de seguridad, de la que adolece la reforma es censurable al atentar contra el principio de legalidad y de seguridad de las sanciones penales, cuyo concepto y contornos han de estar debidamente determinados en la Ley penal.

IV.- Así como en el artículo 106 CP vigente se dice expresamente que la libertad vigilada ha de imponerse en sentencia, defiriéndose la concreción de su contenido a ejecución, nada se dice en el Anteproyecto sobre ello. Por lo que sería conveniente que se concretara se solo puede ser impuesta en sentencia o no así como los términos del pronunciamiento.

V.- En conclusión, si bien la reforma es adecuada en cuanto que deja de configurar la libertad vigilada como una consecuencia automática y de obligada imposición para los delincuentes imputables caso de comisión de algunos de los delitos para los que se prevé tal medida de seguridad, quedando en la nueva regulación condicionada a que haya un juicio de peligrosidad del sujeto y a que la medida se revele necesaria para compensar esa peligrosidad; ha de reprobarse que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Anteproyecto suprime la definición legal de la libertad vigilada así como no regule el momento y en su caso, el procedimiento para su imposición y para la determinación de su contenido en el caso concreto.

VI.- Por lo que se refiere al contenido de la libertad vigilada, la reforma en el art. 104, eleva las obligaciones y prohibiciones en las que puede consistir esta medida a dieciséis. Las enumeradas en los números 1ª a 4ª y 5ª a 8ª son obligaciones y prohibiciones idénticas a las que se pueden imponer en la suspensión de la pena privativa de libertad.

La reforma trata de dar una solución al problema que se plantea en la práctica con la suspensión de la pena y la libertad condicional, que pueden ir acompañadas de prohibiciones u obligaciones, disponiendo el art. 106.4 que en se incluyan en la libertad vigilada las mismas obligaciones que en la suspensión, no pudiendo ser el plazo de la libertad vigilada inferior al de la suspensión. Nos remitimos a lo antes dicho sobre los problemas plantea la supresión del procedimiento para la concreción del contenido de la libertad vigilada por la reforma.

En cuanto al resto de las prohibiciones y obligaciones algunas ya existían y otras son nuevas como la inscripción en las oficinas de empleo. Obligación ésta de dudoso efecto rehabilitador de la peligrosidad, más cuando su contenido se limita a la inscripción en la oficina de empleo, sin alcanzar la realización de cursos de formación ni desde luego a la aceptación de un trabajo, para lo que sería necesario en todo caso el consentimiento del sometido a la medida.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La prohibición de consumo de alcohol, drogas o sustancias estupefacientes y sometimientos a controles de consumo de esas sustancias, medida que supone una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma; considerando que sin su previo consentimiento no puede serle impuesta, pues en todo caso sería ineficaz. Al igual que la sumisión a tratamiento de deshabituación o médicos, psiquiátricos y psicológicos que exigirán el consentimiento del sometido en cumplimiento de la Ley 41/2002, como ya dijo este Consejo en su informe al Anteproyecto de la LO 5/2010. La reforma elimina la previsión que la LO 5/2010 hizo sobre el incumplimiento de esta obligación de sometimiento a tratamiento médico o de continuar con el ya iniciado, que excluía del delito de quebrantamiento de medida, lo que puede dar lugar a situaciones paradójicas y podría abocar en un intolerable tratamiento médico con consentimiento viciado, en tanto que aceptado por miedo a las consecuencia de cometer un delito de quebrantamiento, lo que supone una intrusión inaceptable en los derechos personales del penado, viniendo a suponer de facto la imposición de un tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o de deshabituación forzoso, contrario a la Constitución .

La reforma establece como contenido de la libertad vigilada la medida de custodia familiar (art. 104 bis 1. 14ª), que venía prevista como medida de seguridad no privativa de libertad. Con la modificación de su ubicación, se amplía el ámbito de sujetos sometidos a la custodia familiar, que podrá ser también impuesta a los delincuentes imputables.

Lo mismo sucede con la privación del derecho a conducir y vehículos de motor o ciclomotores (número 9ª del art. 104 bis) y la privación del derecho al porte o tenencia de armas (número 10ª art. 104



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

bis). Respecto de estas dos prohibiciones, debemos señalar en primer lugar el defecto de técnica legislativa de la reforma, pues estas dos privaciones de derechos se mencionan en el art. 96 como medidas no privativas de libertad distintas a la libertad vigilada, sin bien, como acabamos de indicar, en el art. 104 bis se configuran como prohibiciones de libertad vigilada. Entendemos que esta discrepancia ha de ser corregida.

El número 15^a del reiterado art. 104 bis establece como posible obligación de libertad vigilada la de llevar y mantener dispositivos electrónicos de control de horarios o de lugares. Es importante destacar que la inutilización o perturbación de estos dispositivos podrá constituir el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.3 que introduce el anteproyecto, al tiempo de podrá dar lugar a una prórroga del tiempo de duración de la medida conforme dispone el art. 104 ter 2, lo que puede generar problemas de doble punición de la misma conducta.

IV.- En cuanto al plazo de duración de la libertad vigilada, frente a los límites actuales de 5 a 10 años cuando se ha condenado a una penas graves y 1 a 5 años cuando son penas menos graves, el Anteproyecto establece un plazo mínimo de 3 años y máximo de 5 años, pero prorrogable por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, sin establecer un límite en el número de prórrogas, lo que de facto podría llevar a una libertad vigilada de por vida, lo que resulta inaceptable en cuanto se opone al mandato del art. 25 CE.



h. Otras medidas de seguridad no privativas de libertad.

El apartado sexagésimo tercero del artículo único Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 107, que regula la medida de seguridad de inhabilitación para el ejercicio de un derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, para los sujetos inimputables que se encuentren en una de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP. Mantiene la regulación anterior, introduciendo tres precisiones que a nuestro juicio, son positivas. La primera, es la remisión en cuanto al contenido a la regulación de estas inhabilitaciones como penas. La segunda, se refiere al momento de inicio de su cumplimiento, que se sitúa en el de la firmeza de la sentencia. Y la tercera, la previsión de la revisibilidad de la medida.

Finalmente, en el artículo 108 se sigue manteniendo la expulsión del extranjero del territorio español, como medida sustitutoria de otra medida de seguridad privativa de libertad. Como dice la doctrina, es una medida de carácter defensivo. Su falta de contenido preventivo, así como la referencia a la naturaleza del delito hace que solo formalmente pueda ser considerada una medida de seguridad.

La reforma ha suprimido la adjetivación de “no residente” respecto del extranjero, por lo que ahora la expulsión podrá acordarse también respecto del extranjero con residencia legal, remitiéndonos en este punto a lo que ya hemos dicho en la expulsión del extranjero sustitutoria de una pena privativa de libertad.

Por otra parte, el Anteproyecto suprime la previsión de audiencia del extranjero sometido a la medida a sustituir y del Ministerio Fiscal, para acordar sobre la expulsión, lo que es desafortunado, tanto más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

cuando en la expulsión sustitutiva de pena privativa de libertad, el art. 88, en su redacción dada por el Anteproyecto, sí establece expresamente, la audiencia previa del penado, no existiendo ninguna razón para no exigirla cuando de expulsión sustitutiva de medida de seguridad se trata, tratándose de la misma institución y respondiendo a iguales fines relacionados con la política de extranjería del Estado.

5. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS Y DE LAS COSTAS PROCESALES

Se modifican la rúbrica del Título V (*“De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”*) del Libro I, así como los artículos 109, 111, 116, 120 y 122 (todos reguladores de la responsabilidad civil) y el artículo 123 (que trata de las costas procesales) para eliminar la referencia a las “faltas” que contienen en su actual redacción, dada la supresión de las faltas por el Anteproyecto.

6. CONSECUENCIAS ACCESORIAS

a) El comiso

El Anteproyecto hace una profunda e importante modificación del comiso.

La Exposición de Motivos anuncia que se procede a una unificación de las distintas regulaciones que sobre el comiso tiene el CP actual: la de la parte general (art. 127 CP), la del artículo 374 CP para los delitos de tráfico de drogas y la del delito de blanqueo. Y se indica que se introducen importantes modificaciones que tienen por objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces para la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos, viniendo a realizar una regulación que no resulta aceptable, al optar por un comiso ampliado en la máxima extensión de la ofrecida por la Decisión Marco 2005/212/JAI.

I.- En el artículo 127 además de suprimir la referencia a las faltas –modificación que resultaba obligada por la eliminación de este tipo de infracciones por el anteproyecto-, se suprime también el último inciso que dice “*Los unos [efectos provenientes del delito, bienes, medios o instrumentos empleados para su comisión] y las otras [ganancias provenientes del delito] serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*”. Esta supresión ha de ponerse en relación con el nuevo artículo 127 quarter que introduce el anteproyecto, y viene a establecer la posibilidad de decretar el comiso de bienes y efectos transferidos a terceras personas, cuando:

“a) El decomiso de los bienes o efectos, o de su valor equivalente, por cualquier circunstancia, no pueda llevarse a cabo sobre el patrimonio de las personas a que se refieren los artículos 127 ó 127 ter, y,

b) los bienes o efectos hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado, siempre que el tercero adquirente hubiera conocido o hubiera tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso”

Se produce, por tanto, una ampliación del sujeto pasivo del decomiso, que hasta ahora solo puede ser acordado respecto del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

responsable de la infracción. Cuando constara la existencia de actos o negocios que afecten a terceros que no hayan obrado de buena fe, los mismos podrían ser declarados nulos de acuerdo con los artículos 6.3 y 1305 y concordantes del Código Civil, para su posterior adjudicación el Estado (en este sentido, STS 450/07, de 30 de mayo). La reforma permitirá, sin necesidad de previa declaración de nulidad, decretar el comiso de los bienes adquiridos por un tercero, a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, siempre que se acredite que ese tercero conociera o pudiera haber conocido su ilícita procedencia.

Parece necesario que se permita la intervención de ese tercero en el proceso penal, regulándose la condición en la que ha de comparecer en él.

II.- En el nuevo artículo 127 bis se introduce el comiso de los bienes que provengan de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción enjuiciada, que prevé el artículo 3.2 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, que dice: *“Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando: a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”

En el artículo 127 bis se establece que para acordar tal comiso ampliado de bienes “*bastará que se aprecien indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada*”. Y más adelante introduce al efecto, la presunción *iuris tantum* sobre el origen ilícito por el hecho de su valor desproporcionado en relación con los ingresos obtenidos legalmente por la persona respecto de la que se acuerda el comiso.

Esto no es lo que dice exactamente la Decisión Marco, que, en el comiso ampliado, exige la prueba plena (*pleno convencimiento*) de que se tratan de bienes procedentes de otras actividades similares. La LO 5/2010 optó por establecer la presunción *iuris tantum* de la procedencia ilícita prevista en la letra c) del art. 3.2 de la Decisión Marco. Ahora el Anteproyecto pretende aunar el embargo ampliado con esta presunción de ilicitud, fusionando en una, las dos opciones que se presentan como diferenciadas en la Decisión Marco, produciendo la distorsión de los términos del comiso ampliado, que en cuanto medida accesoria penal, han de ser interpretados restrictivamente. En conclusión, no parece aceptable la redacción del art. 127.1 bis, debiéndose sustituirse la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

referencia que hace a los indicios racionales suficientes, por la acreditación plena.

III.- El artículo 127 ter, que también introduce la reforma, permite el comiso de bienes aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en el procedimiento contradictorio que regula en la Disposición Transitoria Séptima, y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

“a) Que el sospechoso o acusado haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos.

b) Que el sospechoso o acusado se encuentre en rebeldía y exista el peligro de que puedan prescribir los hechos imputados o por los que se le acusa.”

Siendo el comiso una consecuencia accesoria del delito, parecería necesario que hubiera una sentencia condenatoria por el delito. Como dice la STS 1146/2006, de 22-11. *“El apartado 3º del art. 127 CP., que fue introducido por LO. 15/2003 de 25, que en línea de rigor legislativo determina como cuando no puede imponerse pena alguna a una persona por resultar afecta de una exención de responsabilidad criminal, podrá acordarse el comiso, así como cuando habiéndose extinguido dicha responsabilidad criminal por algunas de las causas establecidas legalmente, asimismo podrá acordarse el comiso siempre que quede debidamente demostrada la situación patrimonial ilícita. Innovación legislativa que, destaca la doctrina, aun comprendiendo la ratio de la misma que apunta al complejo entramado con el que determinada delincuencia que determina la preservación de su patrimonio frente a sus condenables actos, cabe reflexionar desde el punto de vista exclusivamente técnico acerca de la finalística desnaturalización de la naturaleza del comiso, que extiende sus efectos sin la debida conexión típica con la responsabilidad penal, bien extinguida, bien declarada afecta de alguna exención, con lo que*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

parece ampliarse la naturaleza represora del comiso, declara raigambre procesal preventiva, con la de una afección cuasi indemnizatoria penal”.

En todo caso, no se comparte la pretensión de que el comiso pueda acordarse sin que ni siquiera exista una acusación, como lo indica el empleo del término “sospechoso”, cuando se trata de una consecuencia sometida al principio acusatorio, de manera que debería precisarse la expresa petición de la partes acusadoras con la debida concreción y determinación de las razones de su procedencia.

IV.- Se introduce asimismo la posibilidad de una mejora de comiso de otros bienes, incluso de origen lícito, en ejecución del comiso acordado. Precepto que choca con la configuración del comiso como consecuencia accesoria del delito, que como tal ha de ser impuesta en sentencia, dándole este nuevo artículo el tratamiento propio de la responsabilidad civil.

V.- Por último en el artículo 127 sexies se regula la posibilidad de autorizar la utilización provisional de los bienes, medios, instrumentos y ganancias por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Policías autonómicas o Servicio de Vigilancia Aduanera, previsión que existe en el vigente artículo 374 CP con relación al delito de tráfico de drogas, y que el Anteproyecto extiende a otros delitos. No parece procedente, aun siendo lógica tal utilización, la desvinculación de la decisión sobre el control del Juez o Tribunal, al establecerse en el precepto que serán las administraciones de las que dependan aquéllos las que decidan sobre la utilización final de los bienes decomisados cautelarmente u sobre las medidas de conservación a adoptar, informando al Juez o Tribunal y al Fiscal de lo acordado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Se establece, finalmente, la posibilidad de que autorice la utilización del objeto decomisado por otras administraciones cuando se trate de bienes especialmente idóneos para prestar un servicio público y puedan ser adoptadas medidas eficaces para su conservación. Previsión que resulta adecuada, si bien ha de advertirse que el artículo no establece quién sea la persona que haya de autorizar ese uso por otras administraciones, que desde luego habrá de ser la autoridad judicial, siendo conveniente que se precise este extremo.

b. Otras consecuencias accesorias

La modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 129 CP se limita a la supresión en su redacción del término “faltas”.

7. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Se procede asimismo a modificar los artículos 130,5 CP (del perdón del ofendido), 131 y 132 CP (de la prescripción de los delitos) para eliminar las referencias a las faltas que los mismos contienen y establecer el plazo de prescripción de los delitos leves que se introducen en la reforma, que se fija en un año.

Debe lamentarse que no se haya aprovechado la reforma para solventar un problema tan grave como el de la prescripción de las infracciones penales de menores. La reforma del Código Penal por LO 5/2010 estableció un nuevo régimen de la interrupción de la prescripción de los delitos y de las faltas: la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito; indicando la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

regla 1 del art. 132.1 CP que *“Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito”*.

De manera, que conforme a esta nueva regulación sólo el acto jurisdiccional consistente en el dictado de una *“resolución judicial motivada”* tiene el efecto de interrumpir la prescripción.

Sin embargo en el procedimiento de menores, se atribuyen las facultades instructoras al Fiscal, cuyo Decreto de incoación del expediente marca el inicio del proceso penal de menores (art. 16.3 LORPM). La Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado mantiene, no obstante la reforma del artículo 132.2 CP, que el Decreto de incoación del expediente por parte del Fiscal goza de esa capacidad de interrumpir la prescripción. Frente a esta interpretación, la doctrina de las Audiencias Provinciales ha sido prácticamente unánime en excluir el Decreto del Fiscal de la eficacia interruptora partiendo de una interpretación literal estricta excluyente de una interpretación que sería claramente extensiva. No obstante, la división se ha producido en la elección de la resolución judicial con eficacia interruptiva. Unas Audiencias Provinciales consideran que la primera resolución judicial con capacidad para interrumpir la prescripción es la que dicta el Juez de Menores al amparo del artículo 33 LORPM, una vez abierta la fase de audiencia en el Juzgado. Otras consideran que el auto del Juez de Menores en el que se acuerda la incoación del correspondiente expediente de reforma y la apertura de la pieza de responsabilidad civil (art. 16.3 LORPM), tiene efectos interruptores de la prescripción.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Constituye, por tanto, un problema que ha de ser solucionado, si no se quiere correr el riesgo de que los delitos cometidos por los menores prescriban por las peculiaridades del procedimiento de menores.

6.- CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES DELICTIVOS

El anteproyecto modifica el artículo 136 CP, que regula la cancelación de antecedentes penales, e introduce un nuevo artículo, el 136 bis.

I.- En el artículo 136 CP se vienen a establecer diferentes plazos, todos desproporcionadamente largos para la cancelación de antecedentes penales para las siguientes penas:

- Las penas impuestas por delitos de terrorismo, las penas de prisión permanente revisable y las impuestas por la comisión de delitos imprescriptibles, respecto de los cuales el plazo de cancelación se fija en 25 años.
- Las penas impuestas por los delitos de homicidio doloso y asesinato, que serán de 20 años.
- Las penas impuestas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, con un plazo de 15 años.
- Las penas impuestas por delitos contra la salud pública, cuando la pena impuesta sea igual o superior a 5 años, con un plazo de 15 años.
- Las penas impuestas por delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, con un plazo de 15 años.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

- Las penas impuestas por delitos cometidos por una organización criminal, con un plazo de 15 años.
- Para la pena de disolución o la prohibición definitiva de actividades impuestas a personas jurídicas, a la que se señala un plazo de cancelación de 50 años contados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

El prelegislador ha considerado estos delitos como reveladores de una peligrosidad del sujeto, mostrando un mayor rigor punitivo frente a ellos y previendo para ellos medidas de seguridad para su cumplimiento después de las penas. Y en esta línea, procede a establecer un amplísimo plazo para la cancelación de antecedentes penales, que resulta de todo punto cuestionable.

Por otra parte, el Anteproyecto debería haber regulado el día en que ha de computarse de nuevo el plazo de cancelación de los antecedentes caso de que el penado delinca en ese plazo. La omisión de previsión sobre este particular ha dado lugar a posturas contradictorias: unas entienden que el plazo ha de volver a correr desde el cumplimiento de la condena del segundo delito (STS 1568/99, de 29-10); mientras que otros abogan por el día de la firmeza de esa segunda sentencia. Siendo conveniente poner fin a esta laguna legal.

II.- En el nuevo artículo 136 bis se regula la baja de las inscripciones practicadas, transcurridos determinados plazos desde la cancelación de los antecedentes o desde la fecha de la firmeza, fijándose también aquí unos plazos extraordinariamente altos: 15 años desde la cancelación de antecedentes penales y en todo caso,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

70 años desde el día siguiente a la fecha de la sentencia firme; y 100 años cuando se trata de las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Esta exasperación de los plazos llevará a una situación en la que será muy difícil que se produzca la baja de la inscripción, salvo por muerte del penado, a quien los antecedentes penales le seguirán por mucho tiempo, dificultando la reinserción de quien ha extinguido su responsabilidad criminal por el cumplimiento de la pena.

V.B. PARTE ESPECIAL

1.- DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

I.- El apartado octogésimo cuarto del artículo único del Anteproyecto, da una nueva redacción al artículo 139 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de asesinato, introduciendo con respecto de la regulación actual, las siguientes novedades:

Se establece una nueva circunstancia que cualifica el homicidio como asesinato: *“4ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*.

Se eleva la pena máxima del asesinato, que pasa a estar sancionado con la pena de prisión de quince a veinticinco años. En consecuencia, se amplía el marco penal, que pasa de cinco a diez años, fijando así un marco penal tan extenso (de diez años) que puede hacer



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal.

Por último, se introduce un número segundo en este artículo 139 CP, en el que se incorpora el actual artículo 140 CP, disponiendo que en caso de concurrencia de más de una de las circunstancias del asesinato, la pena se impondrá en su mitad superior.

La Exposición de Motivos no da explicaciones sobre la nueva circunstancia cualificadora del asesinato, tratándose de una opción de política criminal que no guarda relación con el fundamento de las tres circunstancias existentes, que se encuentra en la ejecución del hecho, bien en la mayor debilidad de la víctima (en el caso de la alevosía y del precio, recompensa o promesa), bien en el aumento de la gravedad de lo injusto por incremento del desvalor del resultado. Sin embargo, en la circunstancia 4ª del art. 139, el incremento de lo injusto prescinde de la propia ejecución del hecho.

La misma evoca a las figura del delito complejo de robo con homicidio del antiguo Código Penal de 1973, planteando problemas, con relación al delito de robo con violencia o intimidación. Por ejemplo, si el homicidio es *“para facilitar”* la comisión de otro delito, se integrarían en el tipo no solo los casos en los que la muerte se produce para acceder a la cosa, sino también para *“facilitar la huida”* y posibilitar la consumación del delito de robo (o hurto) previo. Y por lo que respecta a la segunda modalidad de la agravación, *“para evitar que se descubra”* conduce a una desconexión entre el homicidio y el delito precedente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

II.- El artículo 140 CP prevé la pena de prisión permanente revisable para lo que la Exposición de Motivos denomina “asesinatos especialmente graves”, que son aquellos en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

“1) 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.

2) Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3) Que (del) [sic] delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal.”

Y añade en el número 2 que. *“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 último caso, dice el art. 140 in fine, que será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”*; existiendo un error material en esta remisión que debería ser al 78 bis 1.b) y 78 bis 2.b), al igual que un error ortográfico en el apartado 3, que debería decir: *“que el delito...”*

Las circunstancias primera y tercera evidencian una tendencia a *non bis in idem*. En efecto, buena parte de los supuestos a los que se refiere la primera (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma. Y por lo que se refiere a la tercera (*“que el delito de hubiera cometido por quien pertenece a una organización criminal”*), se producirá un concurso de normas con los art. 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito de asesinato obedece al aumento del injusto que supone la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

pertenencia a organización, por lo que no podrá castigarse este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico, ya que ello vulneraría el principio *non bis in idem*. Por lo que parece que se sancionarán solo el subtipo agravado del asesinato, con la pena de prisión permanente revisable, entendiéndose absorbido el delito autónomo de pertenencia o dirección de grupo u organización.

Por otra parte, la reforma no es clara en la determinación de la edad del menor que merece una especial protección, acogiéndose como tal la edad de trece años en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los relativos a la prostitución y explotación sexual, mientras que en el asesinato se opta por la edad de dieciséis años, no dando ninguna explicación de esta disparidad de criterio

El artículo 140. 2 CP adolece de una imprecisión que debería ser corregida, pues los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones. Parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia. Sin embargo la redacción del precepto permite otras interpretaciones, como por ejemplo que bastaría que solo una de las muertes sea asesinato, que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece. Razón por la cual la redacción debería ser más precisa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

III.- El apartado octogésimo sexto del artículo único del Anteproyecto introduce el nuevo artículo 140 bis, en el que se prevé la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada “a los condenados por la comisión de uno o más delitos de los cometidos en este Capítulo”. Esta referencia al Capítulo se trata de un error, pues el Título I (Del homicidio y sus formas) del Libro II (Delitos y sus penas) no tiene capítulos. Pero, la ubicación de este nuevo artículo 140 bis tras la regulación del asesinato y no como cláusula de cierre del Título I, parece indicar que el prelegislador solo quiere prever la libertad vigilada para los delitos de asesinato y no para el resto de los delitos contra la vida. De ahí que el artículo ponga fin a la regulación del asesinato y la mención al capítulo, en referencia –equivocada- únicamente al asesinato y no respecto de los demás delitos del Título I. En todo caso, es aconsejable la corrección del error.

En conclusión, respetando la decisión político criminal de establecer nuevas circunstancias para cualificar el delito de asesinato, no se explica el motivo de la introducción de la nueva circunstancia de ser medio para cometer otro o para encubrir otro delito, tratándose de una circunstancia medial que podrá dar problemas en el tratamiento con otros delitos, en particular con el de robo con violencia o intimidación. Por otra parte, se estima necesario la fijación unitaria de la edad, que dentro de la minoría, merezca una especial protección, terminando con la disparidad que el proyecto tiene en esta materia. Es asimismo, recomendable la formulación más precisa del apartado 2 del art. 140 AP y la subsanación del error en la expresión “Capítulo” del art. 140 bis ya señalado.



2. DE LAS LESIONES

1.- El Anteproyecto suprime las infracciones penales constitutivas de falta, lo que merece un juicio positivo, despenalizando algunos comportamientos que ahora vienen tipificados como falta y manteniendo como delitos leves algunas infracciones, que como se dice la Exposición de Motivos, son merecedoras de un mayor reproche penal entre las que se encuentran las de lesiones. Al tiempo, procede a la reforma del actual delito de lesiones, suprimiendo la exigencia de que para ser constitutivas de delito, las lesiones necesitaran para su curación, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico para su curación.

La reforma establece:

1.- El tipo básico de lesiones del número 1 del artículo 147, *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”*, delito menos grave que es castigado con pena menos grave de prisión de seis meses a tres años

2.- El subtipo atenuado en el número 2 del 147, castigado con pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, *“cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”*, que comprende la actual falta de lesiones y el subtipo de lesiones del art. vigente 147.2 CP.

Ya hemos advertido al comentar el artículo 13.4 los problemas que suscita el establecimiento en un tipo, como es este de lesiones de menor entidad, de unas penas alternativas de distinta naturaleza: una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

menos grave (prisión de 3 meses a 6 meses) y otra leve (multa de 1 mes a 12 meses). El prelegislador no ha dado solución a este problema pudiendo entenderse que estamos ante un delito menos grave o ante un delito leve, como exponemos al comentar el artículo 13.

Por lo que a este delito de lesiones se refiere, es verdad que la Exposición de Motivos no aporta luz a esta cuestión, pues mientras que respecto del delito de malos tratos del número 3 del art. 147 expresamente dice que se trata de un delito leve, omite decir si este delito del art. 147.2 es un delito menos grave o leve. Pero una interpretación sistemática de este artículo 147.2 con la Disposición Transitoria Cuarta, en la que se considera a este delito como leve dispensándole el trato propio de un delito leve, nos lleva a concluir, al menos respecto de este delito de lesiones del art. 147.2 que nos encontramos ante un delito leve.

Se trata de una cuestión de enorme trascendencia, pues no solo la consideración del delito como leve o menos grave determinará su régimen competencial y el procedimiento, sino también el plazo de prescripción. Por ello, parece aconsejable la clarificación de la consideración de este delito de lesiones de menor entidad del 147.2.

3.- El delito leve de malos tratos en el número 3 del art. 147 (*“El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión”*), castigado con la pena de multa de uno a dos meses, actual falta de lesiones de maltrato del vigente art. 617.1 C.P.

Indica la Exposición de Motivos que con esta nueva regulación desaparecen los problemas que hasta ahora venían produciéndose en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

práctica respecto del concepto de tratamiento médico o quirúrgico, que diferencia el delito de la falta de lesiones en la regulación actual y que pese a estar muy aquilatado por la jurisprudencia, presenta dificultades en ciertos supuestos como por ejemplo cuando el tratamiento consiste en la prescripción de antibióticos o antiinflamatorios, o en los supuestos de inmovilización, existiendo al respecto resoluciones diversas de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, es ilusoria la superación de la dificultad, pues con la reforma la discusión se centrará en delimitar cuándo puede considerarse de “menos gravedad”, con el agravante de que la vigente referencia a “tratamiento médico o quirúrgico” permitía una mayor uniformidad en el tratamiento de los distintos casos (tipo básico, tipo atenuando y falta).

A primera vista la nueva regulación parece que permitirá dar una respuesta más proporcional a supuestos como aquellos en los que con un simple golpe se causa una pequeña lesión en una zona tal como el labio, para cuya curación precisa uno o pocos puntos de sutura, lo que, al constituir tratamiento quirúrgico, según una pacífica jurisprudencia, impedía su calificación como falta. En la actualidad se solucionaba con la aplicación del subtipo atenuado del actual art. 147.2 CP, delito menos grave, con un plazo de prescripción de cinco años (art. 131.1 CP). Tras la reforma se podrá tipificar en el nuevo art. 147.2; y si se considerara que este nuevo artículo 147.2 es un delito leve, con un plazo de prescripción de un año (art. 131 .1 redacción dada por el Anteproyecto) debería concluirse que la reforma en este supuesto ofrece una solución más favorable.

El número 4 del art. 147 introduce para las lesiones de los números 2 y 3 del mismo precepto, la condición de procedibilidad de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

denuncia previa, al decir: *“Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

El bien jurídico protegido por las lesiones es la salud física y psíquica, que cuenta con una especial protección por su consideración de derecho fundamental del art. 15 CE, tan esencial y básico que se le dispensa una protección frente a todos los modos de ataque, sea cual sea su intensidad. De ahí que incluso el maltrato sin lesión merezca una protección penal, aunque como delito leve (antes, falta).

Se trata, además, de un bien jurídico indisponible, por lo que los ataques al mismo no pueden ser dejados a la voluntad del lesionado, aun cuando el ataque o la entidad de lesión sean levísimos. Y ello, sin perjuicio de la relevancia del consentimiento, que de conformidad con el artículo 155 CP llevará a una pena inferior en uno o dos grados, pero sin renunciar el legislador a la punición de las lesiones aun cuando hubiera mediado un consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido (STS 1049/2002, de 5 de junio) por el lesionado mayor de edad.

La Exposición de Motivos justifica la necesidad de denuncia previa en el delito de lesiones menos graves y de maltrato, de los números 2 y 3 del artículo 147 CP respectivamente, en la necesidad de aliviar la carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción o el inconveniente que puede suponer para una víctima el ser citado por el Juzgado ante un conocimiento de una posible lesión de su integridad física.

Pero la privatización del Derecho penal en esta material significa un retroceso de lo que es la afirmación del monopolio estatal frente a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

violencia, desplazándolo hacia instancias privadas e intermedias, de manera que frente al tradicional castigo de todo ataque contra la salud física y psíquica, se deja en manos del lesionado –o de su representante legal cuando se trate de un menor o un incapaz- la sanción de los más leves. La inhibición del Estado ante ataques a bienes jurídicos fundamentales, como es el protegido por el delito de lesiones, no es aceptable cuando su lesión presenta una indudable objetividad. En este sentido, no alcanzan a las lesiones las razones que se invocan en los ataques al derecho al honor –sujetos al requisito de procedibilidad de la denuncia previa-, en los que la reminiscencia histórica de la concepción subjetiva del honor persiste, en cierto modo, al conceptuarse como delitos que exigen querrela o denuncia previa del ofendido.

La exigencia de la denuncia previa dará lugar a una inaceptable granjería en los delitos de lesiones leves, en la que la integridad física quedará a merced de otros intereses, especialmente los económicos, volviéndose la denuncia en una moneda de negociación, lo que repugna a la naturaleza del bien jurídico protegido por el delito de lesiones y su defensa por el Estado.

Además, esta exigencia permitirá que algunas agresiones leves o maltratos a víctimas que sean o hayan sido esposas o mujeres que estén o hayan estado ligadas al autor por relación análoga de afectividad aun sin convivencia, personas especialmente vulnerable que conviva con el autor, puedan quedar impunes. Es cierto que estas agresiones, tipificadas en el artículo 153 CP, quedan excluidas del régimen de la denuncia previa; pero la realidad enseña que muchas de estas víctimas no formulan denuncia, si bien acuden a los servicios médicos para la curación de las lesiones causadas por su agresor, sin



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

indicar la identidad de éste, lo que impedirá activar el protocolo de agresiones en el supuesto de violencia de género, no produciendo la comunicación del parte de lesiones por los servicios médicos a la autoridad judicial la consecuencia de la incoación del procedimiento, quedando desprotegida a la víctima del maltrato, que quedará expuesta al riesgo de una nueva agresión.

Resulta imprescindible, en consecuencia, la supresión de la exigencia de denuncia previa para la persecución de los delitos leves de lesiones que establece del número 4 del art. 147.

II.- Se modifica el artículo 153 en el único sentido de adecuarlo al nuevo artículo 147, sustituyendo la expresión de la redacción actual *“menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delitos en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”*, por *“menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147”*.

Y se añade a este art. 153 un nuevo apartado, el 5, con el siguiente tenor: *“En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”*. Esta previsión constituye una reiteración insustancial pues en el artículo 156 ter, que también es introducido por el Anteproyecto, se prevé la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos de este “Capítulo” (entiéndase Título).

La diferencia entre este artículo 156 ter y el apartado 5 del art. 153 consiste en que en el primero se dice *“la comisión de uno o más delitos”*, referencia que se suprime en el segundo artículo. Lo que carece de relevancia. El 104 en su redacción dada por el Anteproyecto, exige



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

como requisito para la imposición de la libertad vigilada, no solo que la medida esté prevista en la Ley penal para el delito cometido, sino también que se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión; por lo que será necesario para imponer la libertad vigilada que al acusado sea condenado, el menos, por dos delitos del art. 153. A esto probablemente responde la distinta redacción de este precepto en relación con el art. 156 ter antes citado.

IV.- El apartado octogésimo noveno del artículo único del Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 156, eliminado de su párrafo segundo las menciones relativas al procedimiento a seguir en el ámbito del proceso civil para la obtención de la autorización judicial de la esterilización de personas que no puedan prestar consentimiento. Correlativamente en la Disposición Adicional Segunda se regula este procedimiento para la autorización, en los mismos términos que se dirá al analizar esta Disposición Adicional Segunda

Resulta correcta la decisión del prelegislador de suprimir del Código Penal la regulación de un procedimiento civil; no solo por la naturaleza de este procedimiento, sino porque en el Código Penal solo deberían contenerse normas sustantivas, dejando las procesales para las leyes de esta naturaleza.

Precisamente por ello, no consideramos adecuada que la regulación de ese procedimiento civil para la autorización judicial de la esterilización de personas que no tienen capacidad se realice en la Disposición Adicional Segunda, que no se establece como modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo ésta la norma que debería regular el procedimiento civil a tal efecto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Existe además otra importante modificación. En el vigente artículo 156 CP, párrafo primero, al decir cuándo el consentimiento para los trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual no exime de responsabilidad criminal, en el penúltimo inciso, se refiere “al menor o al incapaz”. En el Anteproyecto se sustituye por el otorgante “menor de edad” o que “carezca absolutamente de aptitud para prestarlo”. Lo que, puesto en relación con el párrafo siguiente (en el que se regula el procedimiento para la autorización judicial de la esterilización), parece ampliar los supuestos de no exoneración de responsabilidad, respecto a aquellas personas que, no habiendo sido declarada incapaces, carezcan de aptitud para consentir, concepto indeterminado que, además de suscitar dificultades interpretativas, ocasionará problemas en la práctica. Estimándose más correcta la regulación actual.

V.- Se introduce el nuevo artículo 156 ter por el que se prevé la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada a los condenados “*por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo*”. También en este caso existe un error material, que debería ser subsanado, por cuanto que el Título III (De las lesiones) no tiene Capítulos.

3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

a. De las detenciones ilegales y secuestros

I.- El apartado nonagésimo primero del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 166 del Código Penal, que regula el subtipo agravado del delito de detención ilegal por no dar razón del paradero del secuestrado, viniendo a establecer la pena de prisión de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

diez a quince años, lo que supone una notable elevación de la punición de la conducta frente a la regulación vigente, en la que ,solo en el caso de que en el secuestro hubiese durado más de quince días y se hubiese exigiendo alguna condición para poner a la víctima en libertad, se fija un marco penológico de diez años y un día a quince años de prisión.

La reforma suprime la referencia del último inciso del vigente artículo 166 CP, que dice *“salvo que lo haya dejado en libertad”*, lo que supone la supresión de la exención de la pena cuando el autor de la detención ilegal o del secuestro haya dejado en libertad a la víctima; confiriendo a este subtipo agravado un carácter que evoca al delito de sospecha (sospecha de muerte, de ahí la pena idéntica a la del homicidio), que el Tribunal Constitucional ha rechazado en cuanto contrario al derecho a la presunción de inocencia y al art. 24 CE. Así, en el Auto del Tribunal Constitucional 419/1990, de 28 de noviembre, con relación al antiguo artículo 483 CP 1973 –igual al actual 166 CP – declaró que *“cabría una interpretación del art. 483 C.P. como delito de sospecha de forma que la falta de explicación razonable sobre la falta de puesta en libertad de un detenido haría presumir su desaparición, interpretación que resultaría contraria a la Constitución”*, y añadía que el precepto es conforme a la Constitución *“si se interpreta que no se castiga por la sospecha de homicidio o de asesinato, sino por la desaparición forzosa de la persona que estuvo secuestrada”*. En el mismo sentido, la STC 155/2002, de 22 de julio, *“rechazó, como incompatible con el derecho fundamental de presunción de inocencia, una interpretación del tipo como puro delito de sospecha por la falta de explicación de la desaparición”*.

Si el legislador considera que debe ser castigado más gravemente el autor de un secuestro en el que la víctima ha desaparecido, consideramos más correcto que en lugar de acudir a un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

tipo que evoca al delito de sospecha, configure claramente el tipo al modo en que se interpretó por la STC 155/2002, sobre la base de la posición de garante del secuestrador respecto de su víctima, de manera que la omisión de los deberes de cuidado exigibles en virtud de esa posición de garante, el hecho de no dar razón de su paradero o de no acreditar haberlo dejado en libertad se convierta en un elemento determinante para su mayor incriminación y sanción.

II.- La reforma crea un subtipo agravado del tipo básico del número 1 del artículo 166, en el número 2, estableciendo “*una pena de 15 a 20 años*”, cuando concurriera alguna de estas circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.

La pena de este subtipo agravado -que ha de entenderse que es de prisión, pues no se dice de qué pena se trata- resulta realmente desproporcionada. Piénsese que el delito de violación tiene una prevista una pena de 6 a 12 años de prisión, el de agresión sexual una pena de 1 a 5 años y el homicidio una pena de 10 a 15 años. Lo que aconseja se revise la penalidad de este delito.

Por otra parte, la circunstancia prevista en la letra b) en su último inciso puede ocasionar algún problema de taxatividad, pues ¿qué es lo que se exige? ¿Qué se haya mantenido, posteriormente, la detención ilegal con esa finalidad, o que hubiera hecho objeto a la víctima de actos sexuales? Piénsese que en este último caso se pueden plantear problemas de *bis in idem* o incluso, sin pretenderlo, dar a luz un tipo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

atenuado. En efecto, lo razonable es eliminar la segunda posibilidad, pues si en situación de detención ilegal se lleva a cabo un atentado sexual la pena, sólo por el atentado sexual, sería en el caso del 178 (180.1.3ª), la pena es de cinco a diez años, por lo que el concurso de delitos entre el 166 y el 178 y 180.1.3ª será mucho más gravoso para el sujeto activo que si se castiga únicamente por el 166 (a lo que obligaría la consideración del *bis in idem*)

IV.- Se introduce el nuevo artículo 168 bis para prever la medida de libertad vigilada para los delitos de detención ilegal.

b. De las amenazas y coacciones

I.- En coherencia con la supresión de las faltas por la reforma, las faltas de amenazas leves y de coacciones leves, que en el Código Penal vigente se regulan en el artículo 620 número 1 y 2, pasan a tipificarse como delitos leves en el número 7 del art. 171 y número 3 del artículo 172, respectivamente, con el siguiente tenor:

Artículo 171.7 ACP: "*Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*".

Artículo 172.3 ACP: "*Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*"

El nuevo delito de amenazas leves suprime con acierto la distinción que hace el vigente artículo 620, que, en el número 1 tipifica



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos o su exhibición en riña, como no sea en justa defensa y en el número 2, el resto de las amenazas leves, diferenciación que no tenía ningún sentido al estar sancionadas ambos tipos de amenazas con iguales penas.

Asimismo la reforma suprime el régimen especial de pena y de procedibilidad que el hoy vigente artículo 620 CP establece para estas infracciones leves de amenazas y coacciones cuando la víctima sea o haya sido cónyuge del autor o persona que esté o haya estado ligado con él por análoga relación de efectividad aun sin convivencia, u otra de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP (ascendiente, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o menores o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo familiar). No nos parece adecuada esta modificación, dadas las peculiaridades de la violencia familiar y en particular, de la violencia de género, que es una violencia en espiral, que normalmente empieza por agresiones leves que van incrementándose en intensidad y frecuencia, por lo que resulta fundamental atajar desde un primer momento todas las manifestaciones violentas que se producen en el ámbito familiar y proteger desde ese instante a la víctima.

II.- Se introduce el nuevo delito de matrimonio forzoso en el artículo 172 bis con el siguiente contenido:

“1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. "

La introducción de este nuevo delito responde a la necesidad de dar respuesta adecuada al fenómeno del matrimonio forzado, reconocido como una forma de esclavitud a erradicar en la declaración de la Unión Europea con ocasión del día internacional de la eliminación de la violencia contra las mujeres de 25 de noviembre de 2011 y que está íntimamente enlazado con la violencia sobre la mujer y la trata de seres humanos. Precisamente la ONU recomienda introducir como un supuesto de trata de seres humanos el matrimonio forzado, opción que podría resultar más ser adecuada.

Hasta ahora la sanción de estas conductas venía a través de la sanción de los delitos con los que normalmente suelen ir aparejados, como agresión sexual, detención ilegal, lesiones, coacciones y amenazas. Sin embargo esta solución no satisfacía la protección del bien jurídico lesionado con el matrimonio forzado, cual es el derecho a contraer libremente matrimonio reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ("1.- *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante le matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio*).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Por ello, merece una valoración positiva la creación de este nuevo delito, en la línea de otros países europeos como Reino Unido, Francia, Dinamarca, Noruega o Alemania, donde los matrimonios forzosos son castigados con penas de hasta cinco años de prisión. Si bien, en la concreta regulación que hace el anteproyecto, observamos algunas cuestiones en la redacción de los tipos que se considera conveniente deberían ser subsanadas.

Se ubica entre los delitos contra la libertad, después del delito de coacciones, siendo sancionado con la misma pena que éste, en cuanto que el bien jurídico atacado en el matrimonio forzado es la libre determinación para contraer matrimonio en libertad e igualdad.

Dos son las acciones posibles, que son sancionadas con la misma pena: A) compeler con violencia o intimidación grave a otra persona a contraer matrimonio. B) Utilizar violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio nacional o a no regresar del mismo, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, el A).

El artículo exige que la intimidación empleada sea grave, quedando, en consecuencia, fuera aquélla que no revista tal carácter, lo que puede provocar unas parcelas de impunidad, además de dificultades interpretativas del calificativo "grave". Parece que sería más aconsejable suprimir esta nota de gravedad respecto de la intimidación; como así sucede en otros delitos como el de agresión sexual (art. 178 CP) o el robo con violencia o intimidación (art. 242 CP), existiendo una consolidada jurisprudencia en torno al concepto de intimidación, que exige que se trate de una intimidación seria, inmediata y suficientemente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

grave (STS 1359/99, de 2 d octubre, ó 1689/2003, de 18 de diciembre). Por lo que el empleo en este nuevo tipo del adjetivo “grave” respecto de la intimidación nada aporta respecto al concepto aquilatado por la doctrina jurisprudencial, salvo que quiera indicarse que en los matrimonios forzosos la intimidación empleada ha de ser especialmente grave, acercándose a la irresistible, que no es exigido como configuradora de la intimidación típica en los delitos antes citados de agresión sexual o robo con intimidación y estrecharía el marco de aplicación de este nuevo delito.

En la modalidad típica primera (art. 172 bis.1 AP) se establece que la pena se graduará “según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”. No se presenta como idónea la referencia a la “coacción”, delito básico del que este del matrimonio forzado viene a configurarse como un tipo especial en atención a la finalidad perseguida, pues la coacción no comprende solo la violencia ejercitada o el acto de coacción, sino también la actividad que se impone mediante esa violencia, y que este nuevo tipo especial es siempre la misma: la celebración de matrimonio forzado. En consecuencia, parece más adecuada que la graduación de la pena se establezca en atención a la gravedad de la violencia o intimidación y de los medios empleados para la imposición violenta.

Por otra parte, no hay que menospreciar el dato de que algún supuesto de matrimonio forzado responde más al tipo de amenazas condicionales que a la especie de las coacciones, con lo que el nuevo tipo podría terminar funcionando como atenuado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Y en algunos supuestos, el número 2 de este artículo 172 bis AP (*forzar a otro a abandonar el territorio nacional o a no regresar del mismo, con la finalidad de contraer un matrimonio forzoso*) podría entrar en concurso con la trata de seres humanos del 177 bis, con lo que el tipo del matrimonio forzoso actuaría como tipo atenuado a aplicar preferentemente en virtud del principio de especialidad (art. 8.1 CP), lo que constituiría un desatino.

III.- Merece una valoración positiva la introducción por parte de la reforma del delito de acoso en el nuevo artículo 172 ter, de larga tradición en Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Dinamarca y Austria, que sanciona conductas acosadoras, caracterizadas por la intromisión en la vida de otro, que atentan contra la libertad de la persona, afectando gravemente a su desarrollo. El posible encauzamiento de este comportamiento a través de la sanción del concreto o de los concretos actos en los que consiste el acecho (amenazas, coacciones, quebrantamiento de prohibición de acercamiento, maltrato psicológico) no daba una respuesta satisfactoria, pues en muchas ocasiones la pluralidad de actos en el que consiste el acecho no colman la acción típica de las amenazas o de las coacciones, por no existir, respectivamente, un anuncio explícito de la intención de causar un daño o el empleo de violencia para coartar la voluntad de la víctima, como dice el párrafo último del apartado XXV de la EM. En este sentido podemos citar por ejemplo la STS 214/2011 de 23 de febrero que enseña que *“si la llamada violencia moral se considera apta como medio comisivo de la coacción, lo es en cuanto la advertencia de un mal inminente provoca un estado de temor o miedo incompatible con la libertad de elegir el comportamiento propio. De esta manera su condición de violencia moral lo es en el sentido que esta última palabra tiene para designar lo que es contrapuesto a lo físico, sin relación con lo moral en el sentido ético de la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

palabra. Es de esencia a la violencia moral típica que exista el anuncio o la advertencia de un mal como perjuicio inminente y la causación de miedo o temor en su destinatario. Estas exigencias no se dan en realidad cuando el sujeto activo advierte que se causará a sí mismo la muerte, suicidándose. Advertencia que por referirse a un mal propio, es decir sobre el mismo sujeto que lo anuncia, no es adecuada para causar miedo o temor al mal anunciado - salvo en sentido figurado- sino sólo sentimientos de compasión, pena o lástima por el mal ajeno, influyendo a través de ellos sobre las decisiones libres. Ejercer influencia mayor o menor en la decisión del tercero no supone limitar propiamente su libertad de decidir, en el sentido que el tipo de la coacción exige”.

Pese a no resultar individualmente punibles cada uno de los actos en que el acoso consiste, sin embargo, por su reiteración y carga de hostilidad, incluso en ausencia de una amenaza manifiesta de causar daño a la víctima, se presentan como particularmente inquietantes y constituyen una agresión psicológica, que produce un nivel de temor y ansiedad, que puede acabar traducándose hasta en resultados lesivos para la salud. Por ello, resulta adecuado el tratamiento punitivo del acoso, en manera similar como lo hace el Derecho Comparado y en particular los Códigos Penales austriaco (§107a öStGB) y alemán (§238 StGB), que sirve de inspiración al nuevo delito.

El artículo 174 ter configura el acoso como un delito perseguible a instancia de parte, describe la acción típica (el acoso), por medio de la tipificación del conjunto de actos que potencialmente la integran, que no es una enumeración cerrada, terminando con “*otra conducta análoga a las anteriores*”. Lo que parece adecuado a la pluralidad de comportamientos que pueden integrar el acoso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Conviene llamar la atención que en el apartado 4º de este artículo 172 ter AP (*“Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”*) las referencias sean exclusivamente a la libertad y al patrimonio, siendo reprochable que no integre, como hace el Código Penal alemán, bienes como la vida o la salud.

Estos actos han de presentarse de forma insistente y reiterada, lo que permitirá una valoración conjunta del patrón conductual en un determinado lapso de tiempo. Y para resultar punibles, la intromisión ilegítima en que consisten debe, además, producir un determinado resultado: alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Exigencia que resulta adecuada al principio de subsidiaridad del Derecho penal.

En el número 2 del art. 172 ter se establece una agravación cuando el sujeto sea una de las personas del art. 173.2 CP (cónyuge o ex cónyuge o persona que está o haya estado ligada al autor en relación análoga o una de los familiares que se mencionan a continuación en ese precepto). La agravación es afortunada, dada la frecuencia del comportamiento en este ámbito familiar y la mayor facilidad del autor en la ejecución del delito por el conocimiento de la víctima por esa relación familiar.

En conclusión, la introducción de este nuevo delito de acoso y su redacción se valora positivamente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

c. Delitos contra la integridad moral

Las modificaciones del apartado 2 del artículo 173 CP (delito de violencia familiar habitual) y del artículo 177 CP (norma de tratamiento penológico de las concretas infracciones cometidas en los delitos de tortura y contra la integridad moral), por los apartado nonagésimo séptimo y nonagésimo octavo del artículo único del Anteproyecto, respectivamente, se limitan a adecuar su redacción con la supresión por la reforma de las faltas, eliminado en consecuencia la referencia a “faltas” de la actual redacción de ambos preceptos.

d- Delito de trata de seres humanos

La reforma introduce algunas modificaciones en el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis, introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal.

1º) La primera consiste en la inclusión dentro de las formas de comisión del delito, de “*la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*”, que pese a ser recogida tanto en la el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, del Anexo II de la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, aprobado el 15 de diciembre de 2000, como en la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, y en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo y que se tuvo en cuenta en la redacción del delito del art. 177 bis CP por la LO 5/2010, no se incorporó en el mismo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Este Consejo del Poder Judicial en el informe al anteproyecto de la LO 5/2010 había llamado la atención sobre la falta de inclusión de este medio comisivo.

Suprime la referencia a “alojare” prevista en el vigente precepto, e incluye la referencia a “*incluido el intercambio o transferencia de control sobre estas personas*”, procediendo con ello a la transposición literal del art. 2.1 de la Directiva 2011/36/UE, tipificando los medios comisivos que en ella se indican.

2) En segundo lugar, al definir el tipo básico, tras la enumeración de las modalidades de conducta y los medios comisivos típicos, procede a citar las finalidades típicas de explotación. Con la reforma la expresión utilizada en el artículo vigente para anunciar esos fines (“...*con cualquiera de las finalidades siguientes:*”), se sustituye por: “*con el fin de explotarla mediante:*”. Se acoge la expresión utilizada por citado artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE.

Esta modificación elimina cualquier sombra de duda que pudiera plantear el tipo específico de trata de menores de edad del número 2 del art. 177 bis, que considera trata de seres humanos cualquiera de las acciones del número 1 del art. 177 bis CP, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el mismo número, cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad *con fines de explotación*. Sin embargo en la redacción originaria, actualmente vigente, el término “*explotación*” solo está presente en la descripción de una de las finalidades típicas de la trata, la explotación sexual y que se salvaba acudiendo a una interpretación sistemática y material del precepto. Por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

lo que la modificación que hace el anteproyecto resulta oportuna por ser clarificadora.

3º) Se da redacción más sencilla a la finalidad a), sin modificar su contenido, que queda en los siguientes términos: “A) *La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad*”

4º) Se introduce una nueva finalidad: “c) *La explotación para realizar actividades delictivas*”.

5º) añade un último párrafo al número 1 del art. 177 bis CP para introducir la definición de situación de necesidad o vulnerabilidad del número 2 del artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE; definición en términos demasiados abstractos.

6º) Se da una nueva redacción a los subtipos agravados del apartado 4 del artículo 177 bis CP. En el primero (letra a), la mención más genérica de puesta en grave peligro de la víctima que contiene el texto vigente, se sustituye en el anteproyecto por “*la puesta en peligro de la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado peligro de causación de lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 CP*”; concreción que resulta más respetuosa con el principio de legalidad y que se adecua a la Directiva 2011/36/UE.

En el segundo (b) se incluye a los menores, que en la redacción vigente integran un subtipo agravado independiente. Y como circunstancia de especial vulnerabilidad se establece el estado gestacional, lo que es acertado. Finalmente, se concreta que la situación que conduce a la víctima a una situación de especial vulnerabilidad, es



la *situación personal*, lo que consideramos demasiado restrictivo pues la realidad pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de víctimas del delito de trata por otras situaciones, como por ejemplo la familiar, social o económica. Por ello, entendemos que en este punto debería mantenerse la redacción actual, que abarca todas las situaciones, dejándose su valoración según las circunstancias concurrentes que se acrediten.

7º) Se introduce el apartado 12 en el artículo 177 bis para prever la posibilidad de imposición de la medida de libertad vigilada en el delito de trata de seres humanos.

4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES, PROSTITUCIÓN Y CORRUPCIÓN DE MENORES

En la reforma de la mayoría de estos delitos de estos delitos está presente la voluntad de cumplir con las directrices comunitarias de protección del menor, y en particular, de los menores de trece años, llevando a cabo la transposición de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

a. De los abusos sexuales

En el artículo 182, como medio comisivo del abuso de persona mayor de trece años y menor de dieciséis, junto al engaño, que prevé la regulación actual, se introduce el prevalimiento: “*abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima*”. Con ello se da cumplimiento al artículo 3.5.i) de la Directiva 2011/92/UE del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Parlamento Europeo y del Consejo (art. 5. “Realizar actos de carácter sexual con un menor i) abusando de una posición reconocida de confianza, autorizada o influencia sobre el menor, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad del consentimiento y de al menos tres años si el menor a alcanzado esa edad.”), pues el prevalimiento solo se reconoce, como circunstancia agravante, en la actual regulación del Código Penal, cuando los actos sexuales consisten en acoso carnal por vía vaginal, anal, bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Con la reforma se modifica la pena de estos abusos sexuales de mayores de trece años y menores de dieciséis, elevando la máxima a tres años de prisión. Y como sucede con la modificación en este tipo que se acaba de analizar, se trata de una exigencia de la Directiva 2011/92/UE.

b. Abusos y agresiones sexuales a menores de edad.

1.- En el artículo 183.1 se modifica la descripción de la acción típica, sustituyéndose “actos que atentan contra la indemnidad sexual” por “actos de carácter sexual”. Ya había advertido este Consejo en el informe al Anteproyecto de la LO 5/2010, de 22 de junio, que este artículo 183.1 CP debería ser objeto de una precisión, para incluir la referencia al bien jurídico libertad –no solo indemnidad– sexual de los menores de 13 años; por lo que modificación que hace el anteproyecto merece una valoración positiva.

2.- En el número 2 de este artículo se introduce el comportamiento previsto en el artículo 3.6 de la Directiva 2011/92/UE,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

disponiendo que: *“las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de trece años a participar en actos de naturaleza sexual de un tercero”*. Pese a que la Directiva prevé este delito también respecto de los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, lo que exigiría se introdujere un delito con este contenido para los menores mayores de trece años, no se da cumplimiento a esta exigencia.

3.- Se modifica el artículo 183 bis. El vigente art. 183 bis (acoso sexual cibernético de menores de trece años) pasa a ser el número 1 del nuevo artículo 183 ter, que introduce el anteproyecto. Y en el artículo 183 bis se tipifican las infracciones relacionadas con los abusos sexuales de los números 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva 2011/92/UE, castigando al que con fines sexuales, haga presenciar a un menor de treces años actos de carácter sexual, agravando la sanción cuando los actos presenciados sean abusos sexuales.

Debe señalarse que en la descripción de este subtipo agravado se omite la finalidad que ha de presidir la acción típica. Es cierto que puede entenderse su concurrencia con una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo, pero sería conveniente que se dijera expresamente al modo de como lo hace la Directiva 2011/92/UE.

4.- La reforma introduce el nuevo artículo 183 ter.

En el número 1 de este 183 ter se trae el hoy vigente art. 183 bis, que tipifica el acoso cibernético a menores de trece años, en los mismos términos que la regulación actual.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En el número 2 se introduce un nuevo delito, que la Directiva 2011/92/UE llama de embaucamiento, correspondiendo a la previsión del artículo 6.2 de la misma, siendo su contenido el siguiente:

“2. El que a través de internet, del teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”

El tipo presenta una estructura caracterizada por su incongruencia por exceso subjetivo. El sujeto activo debe tener el propósito de utilización del menor para la producción de pornografía infantil: para obtener imágenes o material pornográfico en las que se represente al menor. El comportamiento tipificado se sitúa en el momento previo a la ejecución del delito planeado por el autor, que es el de producción de pornografía infantil. Caso de que se haya ido más allá en la realización y se haya obtenido el material pornográfico o las imágenes pornográficas en las que aparezca el menor, se consumiría el delito de producción de pornografía infantil del art. 189, quedando absorbido el delito del 183 ter.2 por el delito principal

Hubiera sido más correcto la tipificación de este comportamiento dentro del artículo que regula la pornografía infantil (art. 189 CP), evitando así el problema que surge al establecer el 189.6 AP, al amparo de la cláusula de discrecionalidad que otorga el art. 8.2 de la Directiva 2011/92/UE, que: *“La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismos.”

De manera que, con la nueva regulación del anteproyecto, la producción de pornografía infantil para uso privado cuando se trate de “imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales” (189.1 c) es atípica, mientras que el engaño para que un menor le facilite el material pornográfico para su producción de esa naturaleza resulta castigado. Esta contradicción debe ser corregida.

c. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación y corrupción de menores.

El anteproyecto procede a transponer íntegramente la Directiva 2011/92/UE, hasta el punto de proceder también a la reforma de la rúbrica del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal, que en el texto actual se denomina “*De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores*”, que pasa a tener la siguiente redacción “*Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores*”.

De esta nueva regulación merece destacar:

1.- El artículo 187 pasa a regular la prostitución de mayores de edad, que en el texto actual se recoge en el art. 188, suprimiendo los apartados 2 y 3 que se refieren respectivamente al menor mayor de 13 años y al menor de 13 años.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

2.- El artículo 188 regula la prostitución de menores de edad y persona discapacitada necesitada de especial protección.

Junto a las conductas tipificadas por la actual regulación (*inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución*), se añade que “*se lucre con ello, o explote de algún modo a un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección para estos fines*” que se incluyen en el art. 4.5 de la Directiva 2011/92/UE. Y adecuándose a esta Directiva procede también a elevar la pena máxima de seis años de prisión a ocho años de prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Se agravan las penas para el caso de que se haya empleado violencia o intimidación. La Directiva solo exige esta agravación penológica cuando la coacción, fuerza o amenazas con el menor se hayan empleado para que se prostituya, no extendiéndola a los demás comportamientos de explotación que tipifica en el art. 5.2 junto a la prostitución. El prelegislador, sin embargo, ha decidido aplicar la agravación a todas las conductas, lo que no parece adecuado a la proporcionalidad respecto del hecho.

Se introducen respecto de la prostitución y explotación de menores las mismas circunstancias agravantes que para la prostitución de personas mayores de edad, dando cumplimiento al artículo 9 de la Directiva 2011/92/UE.

Se mantiene la incriminación del usuario de la prostitución infantil en los mismos términos de la regulación de la LO 5/2010, que introdujo este tipo, si bien se rebaja la pena máxima cuando se trate de un menor mayor de trece años, que pasa de cinco años a cuatro años de prisión, sin darse explicación de esta modificación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

3.- El artículo 189 que regula la pornografía infantil y de persona discapacitada necesitada de especial protección (en adelante, pornografía infantil), sufre algunas modificaciones.

En primer lugar, se introduce la definición de pornografía infantil de la Directiva 2011/92/UE, en el número 1 del art. 189, al que se añade un segundo párrafo con la siguiente redacción:

“A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados incapaces:

- a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada,*
- b. toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales,*
- c. imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”*

Estamos ante una redacción difícil, poco técnica y cuidada, que sin duda dará lugar a problemas interpretativos. A modo de ejemplo, es difícil encontrar la diferencia entre la *“representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales”* de la letra b) y las *“imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”* de la letra c). Cuestión de enorme importancia por cuanto que el número 6 de este artículo 189 declara la atipicidad de la producción y posesión de pornografía infantil para uso privado cuando se trate del material pornográfico al que se refiere la letra c) del párrafo segundo del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

apartado 1 de este artículo, siempre que en su producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren las letras a) y b) del mismo. Parece, en consecuencia, oportuno que se revisen los términos de esta definición, dotándola de una mayor claridad y precisión, con una neta delimitación de cada uno de los supuestos que la integran.

En segundo término, para dar cumplimiento al art. 9 de la Directiva 2011/92/UE, se añade una nueva circunstancia agravante: “*c. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*”

En tercer término, se modifica el tipo de la posesión de pornografía infantil para uso propio, introduciéndose junto a la posesión, la adquisición de pornografía infantil para uso propio y el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de tecnologías de la información y la comunicación; conductas ambas previstas en el artículo 3, números 2 y 3, de la Directiva 2011/92/UE y con las que se colma las lagunas de punición de la “posesión” generaba, fundamentalmente frente al empleo de Internet y otros medios de comunicación y tecnológicos, que generan una especial repulsa por la facilidad del acceso.

En cuarto lugar, se establece la atipicidad de la producción y posesión de pornografía infantil cuando se trate solo del material pornográfico de la letra c) del apartado 2 del número 1, que se ha transcrito más arriba, para uso propio. La Directiva 2011/92/UE deja a la discreción de los Estados miembros decidir si la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil cuando se refiere exclusivamente al mencionado pornográfico y se destine al uso propio, debe ser objeto de sanción.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

El anteproyecto se decanta por su no punición pero solo para la posesión y la producción, excluyendo de este trato favorable a la adquisición. No se da ninguna explicación de la opción legislativa ni de las razones de la exclusión de una de las conductas, que, por lo demás no deja de ser el preámbulo de la posesión, a la que sí alcanza la atipicidad. La atipicidad de estos comportamientos constituye, desde luego, una opción de política criminal, pero no se aviene bien con el espíritu de la Directiva 2011/92/UE que se transpone y la lucha contra la pornografía infantil que realiza tanto desde la Unión Europea como desde Naciones Unidas ni con protección que merece el bien jurídico objeto de este de pornografía infantil.

En último lugar, se introduce el número 9 en el que establece: *“Los Jueces y Tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en su territorio.*

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal”

Con ello se transpone el artículo 25.2 de la Directiva 2011/92/UE.

Se advierte un error en la redacción, debido precisamente a que se trata de una transposición, con el empleo de “en su territorio”, que solo tiene sentido desde la perspectiva de la Directiva en relación con los Estados Miembros, pero que resulta incomprensible en la norma



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

traspuesta, por lo que se debería subsanar sustituyéndose por “*en territorio español*”.

Libertad vigilada

El apartado centésimo décimo da una nueva redacción al art. 192.1, proclamando la posibilidad de imponerse además una medida de libertad vigilada para los condenados a penas de prisión por la comisión de dos o más delitos comprendidos en este Título.

La modificación del precepto viene impuesta por la nueva configuración de la medida de seguridad de la libertad vigilada por el anteproyecto, que deja de entenderse como una medida de imperativa imposición en atención al delito, configuración que, sin embargo, tiene en el vigente artículo 192,1.

Norma de competencia

Se introduce el nuevo artículo 194 bis con el siguiente contenido:

“Los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad serán perseguibles en España cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) *Que la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en territorio español. Cuando el delito se haya cometido por medio de tecnologías de la información y la comunicación, se entenderá cometido en España cuando se acceda a dichas tecnologías desde el territorio español, con independencia de que tengan o no su base en dicho territorio.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

- b) *Que el autor del hecho tenga nacionalidad española, aunque los hechos no constituyan una infracción penal en el lugar donde se cometan.*
- c) *Que la infracción se haya cometido contra una persona de nacionalidad española o que tenga su residencia habitual en el territorio español;*
- d) *Que la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio español,*
- e) *Que el autor de la infracción tenga su residencia habitual en el territorio español."*

Con este artículo se transpone el art. 17 de la Directiva 2011/92/UE, referido a la competencia judicial, lo que resulta distorsionador pues se incluye en un Código sustantivo una norma procesal. Resulta más correcto incluir este artículo, a través de las Disposiciones Adicionales, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada la naturaleza exclusivamente procesal de la norma

5.- DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO

a.- Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen

En el apartado centésimo duodécimo del artículo único del Anteproyecto se añade un apartado 4 bis al artículo 197 con el siguiente contenido:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona."

En la Exposición de Motivos se dice que con este nuevo precepto se trata de cubrir la laguna de punición actualmente existente, que se produce cuando las imágenes o grabaciones de una persona se hubieran obtenido con su consentimiento en un lugar que queda fuera del alcance de un tercero, pero que después se difunden o cedan a terceros sin su consentimiento, cuando la divulgación lesionen gravemente su intimidad.

Ha de convenirse con el prelegislador en la existencia de esa laguna de impunidad que debe ser cubierta, otorgando una mejor tutela el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que hoy resulta insuficiente ante las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para atacar el aspecto de la intimidad personal, ante la difusión de grabaciones –subrepticias o no- en redes sociales o Internet.

En el actual artículo 197 CP no encuentran protección penal los supuestos de difusión de imágenes en Internet, obtenidas con consentimiento de su titular. Solo si la captación o grabación reúne los elementos del art. 197.1 CP (ausencia del consentimiento) podrá ser considerado delito; sin perjuicio de que en algunos casos puede constituir un delito contra el honor o, en su caso, un ilícito civil de la Ley 1/1982.

Ante esta situación, la introducción de este nuevo delito ha de considerarse necesaria y afortunada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

El delito se configura como de tipo mixto alternativo (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparan en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o vídeos a terceros, aunque, como se señala por la doctrina, difundir supone un número más amplio e indeterminado de destinatarios de esa comunicación.

Se configura como un delito especial, por cuanto que solo podrá ser cometido por aquél que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas con el consentimiento de la víctima.

Resulta lógica y ajustada a Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la precisión de que las imágenes o grabaciones audiovisuales han de haber sido obtenidas en un domicilio o en un lugar excluido del alcance de la mirada de terceros.

b. Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.

La modificación del artículo 203 CP obedece a la supresión que de las faltas hace el Anteproyecto. En coherencia con ello, la actual falta del artículo 635 CP, que castiga *“al que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público”* se convierte en un delito leve de allanamiento del domicilio social de persona jurídica, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil, pasando al apartado 2 del artículo 203 CP. Mientras que el actual delito de allanamiento de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

esos mismos lugares, con violencia o intimidación, se traslada al apartado 3.

No obstante, el anteproyecto aprovecha para modificar la pena del delito leve –actualmente falta- elevando la pena máxima de 2 a 3 meses de multa, sin ofrecer explicación sobre este cambio. Este incremento de la punición no tiene más justificación que una decisión de política criminal, no existiendo una corriente doctrinal o jurisprudencial que reclamara una mayor punición.

6.- DELITOS CONTRA EL HONOR

Se modifica el artículo 210 CP, que regula la *exceptio veritatis* en el delito de injurias para adecuarlo a la supresión de las faltas por el anteproyecto, eliminándose la referencia a las “*faltas penales*” que contiene ese precepto.

7. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

a. Hurto.

El artículo 234.1 describe el tipo básico del hurto, en los mismos términos que el vigente Código Penal. El número dos acota la aplicación del subtipo leve, en atención a lo que se denomina “escasa gravedad del hecho.” Tal figura se establece conforme a varios parámetros, a saber: el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima. Además, el prelegislador fija un límite cuantitativo infranqueable, a partir del cual no cabe apreciar la escasa gravedad del hecho. Ese límite queda fijado en mil euros, de manera que cuando el valor de lo sustraído supere ese umbral la infracción no podrá ser incardinada en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

referido número dos. Por último, sea cual fuere la cuantía de lo sustraído, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 235 y 235 bis, el hecho queda extramuros de lo previsto en el artículo 234.2, y no podrá ser reputado delito leve.

La escueta referencia a la situación económica de la víctima plantea problemas interpretativos. El primer inciso del artículo 235.5º prevé una pena agravada para el hurto “*cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica*”. La primera opción interpretativa pasa por entender que la referencia a la situación económica de la víctima debe reconducirse al supuesto agravado a que se ha hecho mención, máxime cuando la propia Exposición de Motivos refiere que la gravedad de hecho viene dada por el valor de los bienes sustraídos y el perjuicio causado a la víctima. Pero, si esa fuera la intención del prelegislador la referencia a la situación económica de la víctima sería redundante, habida cuenta que cuando concorra alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 235 no cabrá apreciar la infracción atenuada.

La otra opción pasa por entender que cuando la víctima se encuentre en una situación de estrechez económica no se aplicará el subtipo leve, aunque los efectos de la sustracción no sean tan graves como los previstos en el primer inciso del artículo 235.5º.

Sin perjuicio de reconocer que esta alternativa permite contemplar la gravedad del hecho en toda su dimensión, lo cierto es que de imperar esa exégesis serían los jueces quienes deberían determinar el alcance y contenido del concepto jurídico indeterminado introducido por el prelegislador, con la consiguiente disparidad de criterios a que ello



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

conduce. Otro tanto acontece con la expresión “escaso valor de los bienes sustraídos”, pues si el precepto ya contempla una cifra de referencia –mil euros- cuya superación impide la aplicación del subtipo, huelga cualquier otra indicación relativa al valor de los bienes depredados, so riesgo de añadir complejidad a la labor interpretativa. Por ello, se sugiere suprimir la referencia expresa a los aspectos antes indicados, habida cuenta que las restantes disposiciones del precepto analizado, en consonancia con las agravaciones previstas en el artículo 235, delimitan adecuadamente el alcance y contenido de la escasa gravedad del hecho.

El artículo 235 también aporta novedades de interés. El ordinal tercero prevé la aplicación el subtipo agravado *“Cuando se trate de conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un quebranto grave a los mismos”*. La expresa mención del suministro eléctrico y de los servicios de telecomunicaciones trae causa del incremento de las acciones depredatorias que afectan a esos materiales. Para que el subtipo agravado sea aplicable es necesario, al igual que acontece actualmente, que la sustracción origine un grave quebranto del suministro eléctrico, de los sistemas de comunicación o del servicio público de que se trate. La eliminación del requisito del grave quebranto dotaría al precepto de un alcance disuasorio de mayor envergadura, que será muy útil para poner coto al constante incremento de esta modalidad delictiva y, además, evitaría que la punición agravada dependiera de los factores circunstanciales asociados al funcionamiento al servicio o suministro.

El ordinal quinto mantiene la referencia a la grave situación económica a que se aboque a la víctima o sus familiares, o que el hecho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

se haya cometido abusando de las circunstancias personales de aquélla. Además, contempla otras circunstancias que denotan una mayor facilidad para la comisión del hurto o un mayor desvalor de la acción. Estas consisten en la situación de desamparo de la víctima, el aprovechamiento de la producción de un accidente y, por último, la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito. Dado que “impune” es lo que queda sin castigo, se sugiere suprimir ese vocablo, en tanto que introduce un elemento equívoco en el tipo. Además, la referencia a la mayor facilidad para cometer el delito posibilita que el sentido del precepto sea perfectamente inteligible, sin necesidad de emplear el vocablo antes indicado

El ordinal sexto introduce un nuevo supuesto que concierne a la profesionalidad del autor. Tal profesionalidad será apreciable cuando el autor *“actúa con ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional”*. Si bien es cierto que la actividad delictiva prolífica debe ser objeto de un mayor reproche penal, no obstante se advierte sobre la impropiedad del uso del término “profesionalidad” anudado a una actividad ilícita, así como de la vaguedad de la redacción utilizada, que puede dar lugar a que su aplicación al caso concreto resulte problemática, dadas las dificultades que acarreará, en no pocas ocasiones, la constatación empírica del designio del autor y la frecuencia con que comete ese tipo de infracción.

Finalmente, el ordinal séptimo eleva la edad de los menores utilizados para la comisión del hecho, que pasa de catorce a dieciséis años. En este punto, el prelegislador ha prescindido del criterio basado en la utilización de terceros exentos de responsabilidad penal –los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

menores de catorce años no están sujetos a las medidas previstas en la LO. 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores-.

El artículo 235 bis contempla dos circunstancias cuya concurrencia agrava la pena imponible, que queda comprendida entre dos y cuatro años de prisión. La primera queda descrita en los siguientes términos: *“Será castigado con una pena de dos a cuatro años de prisión quien cometa un delito de hurto (...) 1º. Cuando el mismo, u otro de los partícipes en el delito, porte un arma u otro instrumento peligroso”*. La Exposición de Motivos justifica la instauración de esta circunstancia agravatoria *“(...) en consideración a la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar (...)”*. La medida cuya introducción se proyecta ya fue contemplada para los delitos contra el patrimonio en nuestra legislación penal. Concretamente, el ordinal primero del artículo 506 del Código Penal de 1971 recogía, como agravante específica, el hecho de que el delincuente llevare armas o instrumentos peligrosos al cometer el delito de robo con fuerza en las cosas, agravación esta que, sin embargo, no era extensiva a los supuestos del hurto.

La primera conclusión que cabe extraer es que el prelegislador confiere al potencial peligro que acarrea el porte de armas o instrumentos peligrosos un desvalor desproporcionado a efectos penológicos, pues no debe pasar inadvertido que la mera llevanza de esos efectos no es perceptible para la víctima y, sobre todo, el desvalor del resultado no es equiparable al de la mayoría de los supuestos enunciados en el artículo 235, cuya penalidad es inferior. Pero, al margen de la desproporcionalidad del subtipo, en sí misma considerada, si se compara la penalidad resultante para la modalidad atenuada de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

robo con violencia e intimidación con la que establece el artículo 235 bis, la desmesura a que se ha hecho mención es manifiesta.

Según establece el artículo 242.3, *“Las penas señaladas en los dos apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias en el artículo 235 bis o cualquiera de los intervinientes en los hechos hiciere uso de armas o instrumentos peligrosos”*. No obstante ello, en el apartado 4 se prevé la imposición de la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores, *“En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho”*.

Entre otras, la STS de 26/03/2003 (Pte. Sr. Marañón Chavarri) reafirmó la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado de robo con violencia e intimidación, no obstante el uso de armas o instrumentos peligrosos. En tales casos, según criterio establecido en el Pleno no Jurisdiccional de 27/2/1998, procede degradar, en primer lugar, la pena prevista en el tipo básico –de dos a cinco años- y sobre la penalidad degradada –de uno a dos años- imponer la pena en su mitad superior, es decir: entre un año y seis meses y dos años de prisión. Es evidente, que de concurrir la circunstancia primera del artículo 235 bis, la comisión de un hurto portando armas o instrumentos peligrosos sería castigada con una penalidad superior a la prevista para el robo con violencia o intimidación atenuado, lo cual, desde la perspectiva de la proporcionalidad de las penas no admite justificación de ningún tipo, al no ser parangonable el hurto con la depredación cometida mediante uso de fuerza física o compulsión moral.

Además, según pacífica doctrina jurisprudencial (SSTS 271/2012 367/2004, 1502/2003, 2530/2001) resulta factible la transmutación del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

hurto en robo, siempre que los actos contra la vida, seguridad e integridad física de la persona hayan incidido en el "iter criminis" del delito proyectado e iniciado, y éste no hubiera alcanzado la consumación. De ahí que cuando el sujeto dé inicio a la ejecución del hecho manera subrepticia, pero antes de la consumación ejerza violencia o intimidación, bien sea para asegurar el despojo o para facilitar la huida con el botín, el delito de hurto se transforma en robo, con las consecuencias penales que ello implica.

Por todo lo expuesto, se sugiere suprimir la agravación prevista para el porte de armas o medios peligrosos, pues para dar una respuesta adecuada y proporcional al riesgo que comporta la posesión de esos instrumentos bastaría con excluir la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado en esos casos.

El segundo supuesto que recoge el artículo 235 bis, viene referido a la comisión del hurto se realice por un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, siempre que otro de sus integrantes participe en la comisión del delito. La organización a que se refiere el precepto es, cuanto menos, susceptible de ser incardinada dentro del concepto de "grupo criminal" definido en el artículo 570 ter 1, párrafo segundo, en cuya letra c) se prevé la pena de tres meses a un año de prisión cuando el fin del grupo sea cometer uno varios delitos menos graves que no afecten a la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos o, en su caso, la perpetración reiterada de delitos leves. Dado que el hecho de formar parte de un grupo u organización criminal se sanciona de forma autónoma, se antoja excesivo agravar la comisión del hurto por el simple hecho de actuar conforme a los fines de la asociación creada para delinquir, siendo indiferente a, estos efectos,



que el subtipo agravado de hurto prevea la intervención de al menos dos miembros de la organización o grupo.

Por último, en lo que a este subapartado se refiere, sólo cumple decir que el Anteproyecto añade un número dos al artículo 236, que regula la modalidad de escasa gravedad del “furtum possessionis”, prevista en términos similares a los del hurto propio.

b. Robo con fuerza en las cosas.

El artículo 237 incorpora una novedad de notable significación. La fuerza a que se refiere el precepto no es sólo la que se ejerce para acceder a lugar en que las cosas muebles se encuentran (vis ad rem), pues también se considera apta para configurar el robo la que se practica para abandonar el lugar donde aquéllas se hallan. Según refiere la Exposición de Motivos, mediante esa medida se pretende sancionar como robo los supuestos en que se lleve a cabo la desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar, es decir cuando el autor inutilice los sistemas específicos de alarma o guarda a que se refiere el artículo 238.5º, para así poder abandonar el lugar con el botín.

Según reza el referido precepto son reos del delito de robo con fuerza *“Los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran”*. Definido en esos términos, la novedad que se pretende estatuir parece pensada para aquellos casos en que el autor accede sin emplear fuerza a un determinado establecimiento, local o casa habitada, en el que permanece subrepticamente hasta que el inmueble queda cerrado, para posteriormente apoderarse del botín y, mediante el empleo de fuerza, procurarse la salida al exterior. Sin embargo, el “problema habitual” a que se refiere la Exposición de Motivos no es el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

apuntado en el párrafo anterior sino, previsiblemente, la desactivación de los sistemas de alarma instalados en las cosas para evitar que la sustracción llevada a cabo sea detectada al salir del establecimiento. Si la intención del prelegislador es ésa realmente, la redacción utilizada puede ser mejorada, a cuyo fin se propone la siguiente *“Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderan de las cosas muebles ajenas empleando fuerza para acceder al lugar donde se encuentran o para evitar que la sustracción cometida sea detectada al abandonar dicho lugar”* (...).

Dicho lo anterior, no debe pasar inadvertido el endurecimiento punitivo que acarrea la medida, pues lo cierto es que la conducta consistente en la inutilización de los sistemas de alarma instalados en las cosas para alertar sobre su sustracción, actualmente es constitutiva de delito o falta de hurto, de conformidad con los criterio emanado de la Consulta 13/1997, de la Fiscalía General del Estado. A ello debe añadirse que al estar principalmente concebido el precepto para las sustracciones realizadas en establecimientos abiertos al público, la pena aplicable será la prevista en el artículo 241.1, es decir, la de dos a cinco años de prisión, con el consiguiente incremento desmesurado de la sanción. Por ello se sugiere, al objeto de morigerar la penalidad prevista para estas conductas, reconducir esta modalidad delictiva a los supuestos de hurto agravado regulados en el artículo 235.

El número cuatro del artículo 241 contempla una agravación especial –la pena prevista es de dos a seis años-, cuya aplicación tendrá lugar cuando el robo se cometa en casa habitada o en edificio o local abiertos al público y, además, concorra alguna circunstancia de las previstas en los artículos 235 y 235 bis, o el hecho revista especial gravedad en atención a la forma de comisión o los perjuicios causados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Tal medida se acompasa con las razones explicitadas en la Exposición de Motivos, en relación con los “butrones” o “alunizajes”

c. Robo con violencia e intimidación.

La definición que de esta figura ofrece el artículo 237 ha sido modificada, pues la violencia o intimidación en las personas que configura el delito de robo podrá acontecer al cometer el delito, para proteger la huida o cuando se proyecte sobre quienes acudan en auxilio de la víctima o persigan al autor. La modificación operada consiste en trasladar la previsión contenida en el vigente artículo 242.3 a la definición que recoge el mencionado artículo 237, de manera que la violencia e intimidación apta para configurar el delito de robo es aquella que se exterioriza al cometer la sustracción, tanto sobre la propia víctima como sobre los terceros auxiliadores o perseguidores. La STS de fecha 5/9/2001 (Pte. Sr. Granados Pérez), refleja fielmente la doctrina jurisprudencial relativa a la consumación del delito de robo y las consecuencias de la violencia e intimidación ejercidas, según tenga lugar con anterioridad o posterioridad al momento en que la infracción queda consumada. Los párrafos que a continuación se transcriben son sumamente ilustrativos al respecto.

“(...) Esta Sala, en reiteradas sentencias (Cfr. Sentencias de 2 de febrero y 16 de junio de 1994, 17 de enero de 1997, 12 de mayo de 1998 y 24 de enero de 2000), ha venido distinguiendo la violencia o intimidación ejercida durante el proceso de apoderamiento de los efectos sustraídos o fase comisiva de aquella otra cuyo exclusivo fin es lograr la fuga e impedir la detención cuando la consumación se hubiera alcanzado. En el primer caso la violencia o intimidación califica el delito contra el patrimonio conformando el delito de robo, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle por la violencia física realizada, y en el segundo se escinde completamente del delito contra el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

patrimonio configurando exclusivamente una figura, en su caso, contra la integridad física o coacciones.

*La consumación en los delitos de robo y hurto no viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor, tampoco se exige que el sujeto activo haya dispuesto del dinero o bienes sustraídos. En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas Sentencias de esta Sala como son exponentes las de 21 y 27 de mayo de 1999 en las que se expresa que "en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa -*contrectatio*-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido -*ablatio*-, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material".*

En el caso que examinamos no existió esa disponibilidad, ni siquiera potencial, en cuanto el acusado fue inmediatamente detenido por el perjudicado y otras personas cuando se acababa de apoderar de diversos efectos y dinero. Así las cosas, resulta evidente que el ejercicio de la intimidación se produjo en momento anterior a la consumación, y esa intimidación, conforme al relato fáctico de la sentencia de instancia, no se ejerció con el exclusivo fin de facilitar la huida, como hubiera sido el caso de que el sujeto hubiese abandonado los bienes y dinero acabados de sustraer, sino que se utilizó igualmente como medio de lograr el apoderamiento. En consecuencia, se estaba desarrollando la fase comisiva del delito proyectado y esa intimidación orientada a conseguir el botín es la que caracteriza el delito de robo con intimidación correctamente apreciado por el Tribunal de instancia (...)"



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Teniendo en cuenta la anterior doctrina, el cambio introducido por el prelegislador no supondrá una variación del régimen jurídico vigente, habida cuenta que los actos de violencia o intimidación que se detallan en el artículo 237 deben acontecer con anterioridad a la consumación del hecho, de acuerdo al criterio jurisprudencial expuesto, para configurar el delito de robo.

En el número dos del artículo 242 se establece una penalidad mayor que la prevista por el precepto en vigor –de tres años y seis meses a seis años- cuando el robo se cometa en casa habitada, en edificio o local abierto al público, o en sus respectivas dependencias. Junto con la elevación del techo de la pena, la inclusión de los edificios o locales abiertos al público también constituye una novedad. De ello se infiere la intención de endurecer la respuesta penal cuando el hecho no sólo acontezca en un espacio reservado a la intimidad personal y familiar, sino también en aquéllos lugares en cuyo interior es más factible que exista dinero o bienes susceptibles de apropiación.

El número tres del artículo 242 prevé la aplicación de una penalidad agravada –concretamente la imposición de la pena que corresponda en su mitad superior- siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 bis o cualquiera de los intervinientes hiciere uso de armas e instrumentos peligrosos. Teniendo en cuenta que el ordinal primero del artículo 235 bis contempla el mero porte de las citadas armas o instrumentos, resulta difícil entender las razones que han motivado que el prelegislador prevea la misma respuesta punitiva para quienes simplemente originen un peligro potencial basado en la mera posesión de los objetos citados, cuando es notorio que el uso de tales medios conlleva un mayor desvalor. La



desproporción detectada debería ser corregida y, a tal fin se propone la supresión de la equiparación penológica que establece el artículo 242.3.

d. Robo y hurto de uso de vehículos.

La única novedad que incorpora el Anteproyecto consiste en la supresión de cualquier referencia a la cuantía del vehículo a motor o ciclomotor, lo cual implica que la sustracción temporal de los citados vehículos será, en principio, constitutiva de infracción menos grave, en atención a la pena fijada. Tal medida no supone que se dispense un tratamiento penal más favorable a quien con “animus rei sibi habiendi” sustraiga un vehículo a motor o ciclomotor, pues en todo caso, la pena impuesta no podrá ser igual o superior que la correspondería si el autor se apropiara definitivamente del vehículo, pues así lo dispone el último inciso del artículo 244.1. El resto del artículo 244 permanece inalterado.

e. Usurpación y otras figuras.

La reforma únicamente afecta a los artículos 246 y 247, y tiene por finalidad introducir las modalidades leves de los tipos descritos en sendos artículos. El criterio seguido para delimitar la escasa gravedad consiste en la escasa utilidad reportada –debería evitarse la reiteración del término “escasa”- que, en todo caso, no debe superar el valor de 1000 euros.

f. Estafa.

El artículo 249 mantiene el contenido del vigente artículo en lo esencial, si bien añade un inciso relativo a la infracción de escasa gravedad, cuya apreciación dependerá de la cuantía de lo defraudado, que no podrá exceder de mil euros, y de las restantes circunstancias que el tipo contempla para la determinación de la pena, a saber: el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este último y el defraudador y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. De cara a delimitar el supuesto de escasa gravedad, el empleo de tal cúmulo de conceptos indeterminados dificulta notablemente la labor interpretativa. Por ello, sería conveniente concretar con mayor nitidez el contorno del subtipo leve, en aras a una mayor certidumbre y seguridad jurídica.

El artículo 250 incorpora dos novedades. La primera se describe en el ordinal sexto, en el cual se prevé la agravación cuando la estafa afecte a un número elevado de personas, mientras que en el ordinal cuarto se contempla la estafa concebida por miembros de una organización constituida para la comisión continuada de delitos de falsedad o estafa, o el autor actúe con profesionalidad. La primera novedad trae causa, previsiblemente, de la supresión del artículo 74.2 del perjuicio a una generalidad de personas, como elemento habilitante de la exasperación punitiva si, a su vez, se aprecia la notoria gravedad del hecho. Respecto de la profesionalidad, se reproducen las consideraciones formuladas en relación con el delito de hurto, dada la similitud entre ambas figuras.

Finalmente, en el número dos del artículo 250, se establece un nuevo supuesto de especial agravación, aplicable cuando el valor de la defraudación exceda de 250.000 euros.

g. Administración desleal y apropiación indebida

En el apartado XIV de la Exposición de motivos se da cuenta de las razones que han llevado al prelegislador a abordar una reforma de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

calado en esta materia. Dada la importancia de este aspecto, se transcribe en su integridad el apartado objeto de cita.

*“(...) Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección *Ibis "de la administración desleal", en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o "distracción" de dinero o valores patrimoniales. Con la finalidad de poner fin a esa situación, se opta por incluir dentro de los delitos contra el patrimonio, pero fuera de los delitos societarios, un tipo penal de administración desleal que sanciona los actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial. La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluyen, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trata de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos (...)”.

Los párrafos transcritos enuncian unas directrices que no han sido trasladadas al texto articulado. Se dice que el perjuicio patrimonial se apreciará cuando se produzca una disminución efectiva del patrimonio, cuando a consecuencia de la gestión desleal no se produzca el incremento debido o, simplemente, cuando se cree una situación de peligro de pérdida. Sin embargo, nada de ello trasciende a la parte dispositiva del Anteproyecto, pues ninguno de los números del artículo 252 define, de manera auténtica, el perjuicio patrimonial. Otro tanto acontece con los supuestos de específicos que se dice quedan incluidos (venta no autorizada a cambio de un valor inferior al real, concesión no autorizada de créditos sin garantías, contratación de servicios que no se prestan, etc.), ya que ninguno de ellos aparece reflejado en el artículo 252. Ante la manifiesta discrepancia entre lo dicho en algunos pasajes de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la Exposición de Motivos y lo realmente plasmado en el texto articulado, necesariamente se deberá solventar tal deficiencia.

La nueva regulación proyectada se ajusta al siguiente esquema:

a) Delito genérico de administración desleal, concebido sobre la base del exceso en el poder de disposición o en el quebrantamiento del deber de velar por el patrimonio ajeno (artículo 252).

b) Delito de apropiación indebida, que conserva la misma estructura que el vigente artículo 252, salvo la omisión del supuesto de distracción (artículo 253).

c) Creación de un tipo residual que engloba los supuestos no abarcados por el artículo 253 (artículo 254), con la consiguiente falta de tipificación específica del hurto de hallazgo y la apropiación basada en el error del disponente.

El cambio de la sistemática seguida hasta ahora trae causa de la diferente significación que la doctrina jurisprudencial confiere a los verbos “apropiarse” y “distracer” empleados para definir el vigente delito de apropiación indebida, de manera que la denominada “administración desleal” incluye los supuestos de distracción, al igual que el tipo previsto en el vigente artículo 295 que se deroga expresamente. A título ilustrativo, se traen a colación algunos pasajes de la STS 19/7/2006 (Pte. Sr. Berdugo), en el que quedan reflejadas las diferencias a que se ha hecho mención

(...)En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status", como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/98 de 26.2 , la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi habiendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS. 3.4 y 17.10.98).

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995 , (SSTS. 31.5.93 , 15.11.94 , 1.7.97 , 26.2. y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005 , 31.1.2005 , 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

típica, como antes hemos expuesto, de manera que "en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron". STS 31.1.2005.

En definitiva apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito (...)"

En términos generales, la medida proyectada merece una valoración favorable, pues mediante la tipificación de la administración desleal, con "nomen iuris" propio, serán objeto de sanción expresa ciertos comportamientos que acarrearán un alto grado de reprobabilidad social.

En los dos primeros números del artículo 252 se describe la conducta constitutiva de administración desleal. El número uno sanciona lo que cabría definir como el exceso de las facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno. Tales facultades pueden derivar del mandato legal, la encomienda por la autoridad o el negocio jurídico. El desvalor del resultado consiste en el perjuicio que se origina al patrimonio administrado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

El número dos sanciona a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, cuando dicho deber derive de la ley, de la encomienda de la autoridad, del negocio jurídico o de una especial relación de confianza e, igualmente, se cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales deben salvaguardarse.

La estructura de los delitos que se ha hecho referencia es simple. El sujeto activo ha de ostentar facultades de disposición respecto de un patrimonio ajeno o, en su caso, estar concernido por un deber de salvaguardia de dicho patrimonio. La conducta típica queda enmarcada por ejercicio excesivo de las facultades de disposición, es decir ir más allá de lo que permite la ley, el mandato de la autoridad o el negocio jurídico habilitante. En el supuesto previsto en el número dos el comportamiento sancionado se configura en atención al incumplimiento del deber específicamente atribuido al autor por cualquiera de los títulos antes indicados, amén del quebrantamiento de la especial relación de confianza. Por último, el desvalor del resultado consiste en el perjuicio patrimonial a que aboca la conducta desarrollada.

La sistemática seguida es la propia de la denominada “norma penal en blanco”, habida cuenta que se hace necesario acudir a la normativa extrapenal, para poder apreciar el exceso en los poderes de disposición o la infracción de los deberes que impone la administración del patrimonio ajeno. Además, el precepto ha sido concebido en términos tan amplios que el exceso en las facultades de disposición o la infracción del deber de administración, sea cual sea su naturaleza, darán lugar a la comisión del delito si con ello se origina un perjuicio patrimonial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Hecha la anterior consideración, cumple decir que la especial relación de confianza a que se refiere el precepto debería ser contemplada desde otra perspectiva pues, en puridad, no puede ser contemplada como las demás circunstancias susceptibles de engendrar el deber de probidad a que se refiere el artículo 250.2. Ciertamente, la confianza puede ser el elemento subyacente que dé lugar al negocio jurídico o a la encomienda por parte de la autoridad, o simplemente puede concurrir entre el administrador y el mandante pero, por sí sola no constituye una fuente autónoma de obligaciones equiparable a los otros títulos mencionados en el precepto. Por ello, entendemos más adecuado contemplar la relación especial de confianza como un elemento de agravación, dado que el quebrantamiento del deber de salvaguardia o el exceso en el ejercicio de facultades disposición comporta, en ese caso, un plus de reprobabilidad.

El número prevé una agravación –la pena se impondrá en su mitad superior- si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. Dado que la administración desleal no requiere, necesariamente, la existencia de ese elemento subjetivo del injusto, la agravación proyectada se fundamenta en el mayor reproche que la conducta merece.

El artículo 253 tiene por objeto la regulación de la apropiación indebida en sentido estricto. Esta figura pasa a ser una modalidad cuya característica principal consiste en que el autor se apropia, para sí o para un tercero, de la cosa mueble que hubiera recibido en depósito, custodia, comisión o en virtud de cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o bien negare haberlos recibido. Cotejada la redacción del artículo con lo dispuesto en el vigente artículo 253, se comprueba que el Anteproyecto suprime la referencia expresa al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

dinero, efectos, valores o activos patrimoniales, en el entendimiento de que todos estos conceptos son reconducibles al género “cosas muebles”. También se omite el término “distrajaran”. Las pautas asentadas por la doctrina jurisprudencial en relación con la modalidad de la distracción –ya analizadas anteriormente- han decantado al prelegislador a residenciar, dentro del ámbito de la administración desleal, la figura delictiva antedicha, de manera que el delito de apropiación indebida se reserva para la apropiación “stricto sensu”.

Resta para formular algunas observaciones de carácter gramatical. Al haberse suprimido la referencia al dinero, efectos y valores y activos financieros, y únicamente se hace mención a la cosa mueble debería sustituirse los vocablos “entregarlos” “devolverlos” y “haberlos”, utilizando el género femenino y el número singular. Asimismo debería sustituirse la expresión “un cosa mueble” por “una cosa mueble”.

El número dos regula el supuesto de escasa gravedad en términos similares a los previstos para el hurto; por ello, se reproducen las consideraciones formuladas respecto de esta última figura delictiva.

El artículo 254.1 disciplina lo que cabría definir como el tipo residual de la apropiación indebida, al sancionar a quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena; si se tratase de cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico se prevé una agravación de la pena. Vistos los términos del precepto, el prelegislador ha englobado, en una única modalidad delictiva, el denominado hurto de hallazgo (artículo 253 del vigente Código Penal) y la apropiación por error del transmitente (artículo 254). No obstante, la



redacción dada al precepto se antoja excesivamente amplia, hasta el extremo de suscitar confusión – el hurto propio podría ser incardinado en el tipo aludido-. De ahí que se estime más conveniente mantener los tipos que contempla el vigente Código Penal.

Como acontece con otras figuras delictivas, en el número dos se regula la modalidad de escasa gravedad, en los mismos términos previstos en el artículo 253.2. Dicha modalidad también se establece para el delito de defraudación de energía eléctrica y otros fluidos artículo (255.2) y el uso no autorizado de cualquier terminal de comunicación (artículo 256.2). En el primer caso se toma como referencia el escaso valor de la cuantía defraudada, mientras que en el segundo se alude a la escasa cuantía del perjuicio, si bien, en todos los casos, la cuantía a que se hace mención no podrá superar los mil euros.

h. Frustración de la ejecución.

Según refleja el apartado XV de la Exposición de Motivos, el propósito del prelegislador consiste en diferenciar nominalmente aquellas conductas que suponen una obstaculización o frustración de la ejecución -tradicionalmente conocidas como delito de alzamiento de bienes- de los denominados delitos de insolvencia o bancarrota. De acuerdo a tal finalidad el Capítulo VII del Título XIII del Libro II pasa a denominarse “Frustración de la ejecución” en vez de “De las Insolvencias punibles. La denominación por la que se ha optado no resulta del todo precisa, pues la consumación de ciertas modalidades no requiere, siquiera, del inicio de un procedimiento de ejecución. Tal es el caso del alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores (artículo 257.1.1), pues como pone de relieve la doctrina jurisprudencial (vide por todos la STS de 15-6-2001), el delito referido “(...) *Es un delito de mera actividad o de resultado cortado, que no exige para su consumación la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

insolvencia del deudor ni un perjuicio efectivo para el acreedor, perjuicio que pertenecería a la fase de agotamiento. La consumación tiene lugar al realizarse el acto de enajenación u ocultación de bienes, determinante de una insolvencia real o aparente, total o parcial, con el designio de imposibilitar el cobro del crédito con cargo a bienes del deudor. El acento, precisamente, recae en el elemento subjetivo del tipo, por ser la intención del deudor más que el dato de la solvencia o insolvencia en que se haya colocado, el que otorga fisonomía propia y precisa al delito de alzamiento de bienes (...)”.

Dado que para la consumación del delito antes referido no resulta necesario que se haya iniciado la fase de ejecución, ni tan siquiera un procedimiento judicial o extrajudicial para la reclamación de la deuda, sería más propio definir el Capítulo como “Delitos contra el derecho de crédito”, pues esta nominación abarca todos los supuestos regulados.

Junto al enunciado delito del alzamiento de bienes en sentido estricto, el prelegislador incorpora expresamente la modalidad de ocultación de bienes (letra a), supuesto este que si bien no es redundante, tradicionalmente se ha considerado una forma de comisión del delito enunciado al principio de este párrafo. La letra b) describe el supuesto regulado en el ordinal segundo del número uno del vigente artículo 257. Esta infracción es la que de una manera más estrecha se vincula con el procedimiento de ejecución, ya iniciado o de previsible iniciación.

El número dos del artículo 257 introduce algunas modificaciones respecto del tipo contemplado en el vigente artículo 258 del Código. La primera de las novedades consiste en la supresión del requisito de la insolvencia, total o parcial, de manera que para que el delito se entienda consumado basta con que el sujeto activo realice actos de disposición o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

contraiga obligaciones que disminuyan su patrimonio, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que deba responder. La exclusión del requisito de la insolvencia confiere al tipo la misma naturaleza jurídica que el delito de alzamiento de bienes, es decir la propia de un delito de resultado cortado.

La segunda novedad consiste en la inclusión del supuesto de ocultación de elementos patrimoniales, por cualquier medio, sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva. Respecto de este añadido nos remitimos a lo ya dicho en relación con el alzamiento de bienes.

La única novedad que presenta el número tercero consiste en incluir expresamente las obligaciones pecuniarias derivadas de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, supuesto este para el que se contempla la misma agravación que la dispuesta por el vigente Código Penal para las deudas y obligaciones de Derecho Público, y el acreedor resulte ser una persona jurídica pública. La inclusión de este supuesto merece una valoración positiva.

El Artículo 258.1 castiga, en el párrafo primero, a quien en el contexto de un procedimiento judicial o administrativo presente una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. El tipo viene a sancionar un supuesto de falsedad ideológica especial, consistente en la falta de veracidad de la relación de patrimonio presentada ante la Autoridad o funcionario competente. No obstante, para que el hecho resulte punible es preciso que la declaración falaz sea trascendente, en los términos previstos por el precepto.



La razón que, previsiblemente justifica la tipificación de estas conductas se anuda a lo dispuesto en el artículo 589.2 de la LEC, en cuya virtud, *“El requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren”*. Pese a que el precepto transcrito traslada la eventual responsabilidad penal al ámbito de la desobediencia, el prelegislador ha optado, con buen criterio, por incardinar estas conductas en el Capítulo objeto de análisis. Ahora bien, con la finalidad de mantener el mismo ámbito de aplicación, se aconseja incluir la referencia a la inexactitud de las cargas y gravámenes a que se refiere el artículo 589.2 de la LEC, así como suprimir del artículo último citado la mención de la desobediencia grave.

El párrafo segundo reza del siguiente modo *“La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y las condiciones a que está sujeto”*. Aunque el supuesto de hecho se incardina como una modalidad especial de facilitación de información incompleta de patrimonio, la redacción empleada no permite deducir con claridad cuál es el comportamiento que se pretende proscribir, pues tanto cabe pensar que lo que sanciona es la falta de acreditación del derecho, personal o real, que justifica el uso de un bien ajeno o, por el contrario, la presunta titularidad ficticia de un bien que formalmente figura a nombre de un tercero pero, de hecho, pertenece al deudor.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Sea cual fuere la intención de prelegislador, lo cierto es que la redacción debe ser mejorada, de cara a despejar las dudas que se han puesto de relieve. Ahora bien, si la finalidad del precepto no es sancionar la falta de colaboración, en si misma considerada, sino el hecho de ocultar bienes a través de la atribución de su titularidad a un tercero, en realidad, la conducta que se pretende proscribir no es más que una modalidad del delito de alzamiento de bienes, pues a través de dicho mecanismo el dueño auténtico de la cosa sigue ejercitando facultades compatibles con el dominio, pero evita que formalmente figure la cosa como propia.

En esa hipótesis, el tipo previsto en el párrafo segundo del artículo 258.1 no se compadecería con los principios del Derecho Penal, particularmente con el principio de presunción de inocencia, en tanto que se obliga al deudor a destruir una presunción establecida en su contra, sobre la base de la siguiente conjetura: la no acreditación del derecho que ampara el disfrute de un bien ajeno, da lugar a que, a efectos penales, se considere que pertenece realmente al deudor ejecutado. Sobre este particular es sumamente ilustrativa la STC 111/1999, en cuyo fundamento jurídico tercero expresamente se indica lo siguiente:

(...)En ningún caso, el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure. La primera modalidad de presunción iuris tantum no es admisible constitucionalmente, ya que, como declaró la STC 105/88, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el artículo 24.2 de la C.E y la segunda modalidad, la presunción iuris et de iure, tampoco es lícita en el ámbito penal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos por un lado de descargar de la prueba a quien acusa y por otro de probar la tesis opuesta de quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia(...) ”.

El número dos del artículo 258 castiga con la pena prevista en el número primero al deudor que, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el número indicado en último lugar. La razón de ser de esta previsión es idéntica a la comentada al analizar el primer párrafo del número primero.

Por último, el número tres establece una excusa absolutoria, cuya aplicación tendrá lugar cuando el autor presente, posteriormente, una declaración de bienes completa y veraz, siempre que se verifique antes que la autoridad o funcionario público hubieran descubierto la mendacidad o inexactitud de la relación anteriormente presentada. La medida presenta un marcado perfil utilitario, al conceder al ejecutado la posibilidad de rectificar y, en consecuencia, facilitar la tramitación del procedimiento de ejecución.

El artículo 258 bis castiga el uso no autorizado de bienes embargados que se hubieran constituido en depósito. La consumación del delito no requiere del ejercicio de facultades de disposición del bien, pues es suficiente la realización de cualquier uso ilícito, incluso los de carácter no dominical, sin que tampoco se exija la causación efectiva de un perjuicio patrimonial.



i. Insolvencia punible.

Como a continuación se explicita con detalle, la sistemática seguida por el prelegislador ha variado notablemente. El número primero del artículo 259.1 detalla una serie de comportamientos cuya relevancia penal se condiciona a que el sujeto activo se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente. Para una mejor comprensión de la naturaleza jurídica del precepto se transcribe íntegramente el contenido del tipo básico.

"1. Será castigado con una pena de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas:

1. Oculte, destruya, cause daños o realice cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2. Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3. Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4. Simule créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

5. Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6. Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad o cometa irregularidades que sean relevantes para comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7. Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8. Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

9. Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

10. Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Según reza el artículo 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante Ley Concursal), se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. La insolvencia inminente es aquel estado en el que el deudor prevé que no podrá cumplir y regular y puntualmente sus obligaciones (artículo 2.3 de la Ley Concursal).

De conformidad con lo expuesto, que el deudor se encuentre en situación de insolvencia, presente o de futura inmediatez, es un requisito esencial para la aplicación el artículo 259.1, sin que sea preciso que el deudor haya sido declarado en situación de concurso o, siquiera, se haya presentado solicitud al respecto.

Ahora bien, siendo cierto que la conducta delictiva puede producirse en cuanto devenga la situación de insuficiencia patrimonial, el número cuatro del mencionado artículo añade una condición objetiva de perseguibilidad, al disponer que *“Este delito solo será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en situación de concurso”*.

La primera observación que cabe formular se anuda a la determinación del sujeto activo que, a la vista de la redacción dada al artículo 259.1 y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal, sólo puede ser el deudor. La delimitación subjetiva a que se ha hecho mención suscita cierta problemática en aquellos casos en que el deudor sea persona jurídica o, aun siendo persona física, las facultades de disposición y administración sean ejercidas por un tercero.

Ciertos comportamientos, tales como los previstos en los subapartados dos, tres, cuatro, cinco, seis y nueve podrían ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

atribuidos a los administradores o representantes a que se refiere el artículo 31.1, en tanto que es la persona jurídica a quien, a efectos jurídicos, realiza a través aquéllos los actos de disposición, el reconocimiento de los créditos de terceros, la realización de negocios especulativos o el incumplimiento de los deberes contables que les vienen impuestos. Por ello, en virtud de lo dispuesto en el mentado artículo 31.1, sería atribuible la responsabilidad penal a los administradores o representantes a que se refiere el precepto.

Sin embargo, otros comportamientos de carácter eminentemente factual, como la destrucción o daño de elementos patrimoniales, libros contables o documentación empresarial, difícilmente podrían atribuirse a los administradores o representantes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo objeto de cita. Esta reflexión aconseja ampliar el círculo de sujetos activos, de manera que también se incluyan como posibles autores a las personas antes indicadas.

Hecha la anterior consideración, procede analizar los diferentes supuestos a que se refieren los diez subapartados en que se desglosa el artículo 259.1. En el segundo inciso del subapartado uno debería suprimirse la frase *“realice cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de los elementos patrimoniales”*, habida cuenta que en el subapartado diez ya se contempla, en términos sustancialmente coincidentes, ese comportamiento. También se propone sustituir la frase *“habrían estado incluidos en la masa del concurso”* por *“deberían haber estado incluidos en la masa del concurso”*

Algunos de los supuestos contemplados en los restantes números están emparentados con las causas determinantes de la culpabilidad del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

concurso (artículo 164 de la Ley Concursal), tales como el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad (subapartado seis), la simulación de créditos de terceros o el reconocimiento de créditos ficticios (subapartado cuatro). Otros están referidos a la alteración, destrucción o alteración de libros y documentos (subapartado siete) y, con carácter residual (en el subapartado décimo) se penaliza la infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, siempre que tal infracción dé lugar a una disminución del patrimonio del deudor o, en su caso, sirva para ocultar la situación económica real de éste último o su actividad empresarial. Resta por advertir, en lo que al número uno del artículo 259 se refiere, la repetición de los subapartados séptimo y octavo cuyo contenido es idéntico.

El número dos prevé una agravación para aquellos casos en que la realización de las conductas analizadas originen la situación de insolvencia o, en su caso, la agraven. Esta previsión restringe notablemente el ámbito del tipo básico, hasta el extremo de ser inaplicable en buena parte de los supuestos a que se refieren los subapartados uno a diez, como a continuación se explicita.

Al ser necesario que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente para que el tipo básico sea aplicable, como el subtipo agravado se fundamenta en el hecho de que las conductas descritas en los subapartados uno a diez sean causa de la insolvencia o de su agravación, el contorno del referido tipo básico queda reducido notablemente y, en consecuencia, sólo será de aplicación cuando la insolvencia no traiga causa de ninguno de los supuestos antedichos. Además, no debe pasar inadvertido que la simple concurrencia de alguna de las circunstancias descritas en los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

subapartados uno a diez conlleva de por sí el incremento de la insolvencia (por ejemplo, asunción de deudas indebidas, realización de actos de disposición, operaciones de venta o prestaciones de servicios por precio inferior al de adquisición o producción, etcétera) lo que supone que el tipo agravado se solape, en esos casos, con el tipo básico. Ante tal situación, se sugiere reflexionar sobre el alcance dado al subtipo agravado, de cara a evitar los inconvenientes que se han puesto de relieve.

En el apartado tres se prevé la punición por imprudencia, cuya aplicación sólo será posible respecto de aquellas conductas que no lleven aparejada una clara connotación intencional. Finalmente, en los apartados cinco y seis se recogen sendas prescripciones que coinciden con lo previsto en los apartados tres y cuatro del vigente artículo 260. Respecto de estos apartados únicamente se sugiere sustituir la referencia “proceso civil” por la de “proceso concursal”.

El artículo 259 bis recoge cuatro supuestos agravados. El subapartado uno toma en consideración el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante a una pluralidad de personas o de ponerlas en una grave situación económica. Como se ve, el elemento común a ambas conductas es la pluralidad de personas afectadas. Para la consumación del delito basta con la creación de un riesgo, en los términos indicados, sin necesidad de que se produzca el perjuicio efectivo.

El subapartado dos contempla el perjuicio concreto que se origine a un solo acreedor, que deberá ser superior a 600.000 euros, mientras que el subapartado tres toma en consideración la peculiar naturaleza de la Hacienda pública, estatal, autonómica, local o foral, y de la Seguridad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Social, de manera que la agravación resultará de aplicación siempre que la mitad del importe de los créditos concursales corresponda a las entidades anteriormente citada.

La importancia de esas agravaciones es evidente (prisión de dos a seis años en el supuesto del artículo 259.1 y cuatro a ocho años (en el supuesto del artículo 259.2). No obstante, en este informe no se formulan objeciones al respecto, dado el elevado perjuicio material y efectivo que se origina a un concreto acreedor, en el supuesto contemplado en el número uno, y la especial protección que merece el patrimonio de las entidades a que se refiere el número dos.

Finalmente, en lo que a los delitos de insolvencia se refiere, el artículo 260 tipifica dos comportamientos diferenciados. El primero de ellos concierne al favorecimiento de acreedores cuando el deudor se halle en situación de insolvencia actual o inminente. Para que tal favorecimiento sea delictivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente.
- b) Que realice un acto de disposición o contraiga obligaciones.
- c) Que la finalidad de los referidos actos sea la de pagar un crédito no exigible o facilitar garantías a las que el acreedor no tenga derecho.
- d) Que la operación carezca de justificación económica o empresarial.

La finalidad del precepto no es otra que la de precaver la eficacia del futuro concurso, de manera que todos los acreedores sean tratados



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de acuerdo con lo previsto por la normativa concursal, sin que el deudor pueda favorecer, del modo previsto en el tipo, a ninguno de aquéllos en especial. Siendo esa la principal razón de ser del precepto, no parece procedente condicionar la aplicación del tipo a la ausencia de razones económicas o empresariales que puedan justificar la medida, pues lo prevalente a estos efectos deben ser los intereses generales de los acreedores, y no las posibles ventajas que pueda obtener el deudor una vez se halle en situación de insolvencia. Por tanto, se considera conveniente suprimir el último inciso del precepto o, en su caso, utilizar una fórmula que acote la excesiva amplitud del mismo.

El número dos es trasunto del actual artículo 259, lo que excusa de mayores consideraciones al respecto.

j. Daños

El artículo 263.1 incorpora un inciso en el que se regula el supuesto de menor gravedad, en atención a la cuantía del daño y la condición económica de la víctima, sin que sea posible apreciar la escasa gravedad del hecho cuando los daños excedan de 1000 euros.

También se subsana lo que parece ser un error del vigente artículo 266.2, y así en la redacción dada al precepto por el Anteproyecto se sustituye la remisión a los daños previstos en el artículo 264, por la de los daños referidos en el artículo 263.2.

k. Propiedad intelectual e industrial.

La primera novedad en esta materia atañe al segundo párrafo del artículo 270, en el cual, sin modificar la estructura del subtipo leve, se rebaja el límite inferior de la pena de multa, que pasa a ser de un mes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

en vez de tres meses, si bien se mantiene el límite máximo (seis meses), al igual que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

El artículo 274, cuyo contenido concierne a dos delitos contra la propiedad, es objeto de diferentes variaciones cuyo estudio pormenorizado se realiza a continuación. En los números uno a cuatro se describen las diferentes conductas típicas. El número cuatro engloba los supuestos actualmente regulados en los números tres y cuatro del artículo 274; el número uno viene referido al que cabría denominar tipo básico; el número dos sanciona el supuesto de distribución al por menor y, por último, el número tres castiga la denominada venta ambulante y ocasional (párrafo primero) y el subtipo leve de esa modalidad delictiva (párrafo segundo).

La actividad a que se refiere el número uno requiere que el actor actúe con conocimiento del registro del derecho de propiedad industrial y sin consentimiento de su titular. Las conductas concretas se desglosan en los subapartados a) y b) y engloban la fabricación, producción o importación de productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el amparado por el registro (letra a), o el ofrecimiento, distribución o comercialización al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado, o el almacenamiento con esas finalidades, siempre que se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades registradas para los que el derecho de propiedad se encuentre registrado (letra b).

La redacción del precepto es similar a la de los números uno y dos del vigente artículo 274, no obstante lo cual suscita algunas dudas interpretativas. La referencia “al por mayor” está incluida en el apartado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

b) del precepto, lo que en principio supone que dicha indicación se anuda a los supuestos de ofrecimiento, distribución o comercialización, pero no a los casos de fabricación, producción o importación a que se alude en el apartado a). Sin embargo, como el último renglón del apartado a) finaliza con la conjunción “u” para así enlazar con el apartado b), también cabría entender que la fabricación o importación de productos a que se refiere el número uno es la que tiene vocación mayorista. No parece ser esa la interpretación más acorde con la sistemática seguida, habida cuenta que el número dos del artículo viene referido a la distribución o comercialización al pormenor, pero no a los supuestos de fabricación, producción o importación.

Ahora bien, no debe pasar inadvertido que en el apartado XVI de la Exposición de Motivos se indica que (...) *En primer lugar, como supuestos más graves, se prevén las conductas relativas a la fabricación, importación y comercialización al por mayor de productos falsificados para los que se prevé una pena de prisión más agravada (...)*, lo cual denota que, al menos aparentemente, la voluntad real del prelegislador no ha quedado reflejada adecuadamente en el tipo, ya que la fabricación, producción e importación al por menor no se recoge en el subtipo de menor gravedad (artículo 274.2). En todo caso, deberá suprimirse la conjunción “u” dadas las dudas interpretativas que suscita.

En el primer párrafo del número dos se sanciona con prisión de seis meses a tres años de prisión a quien (...) *con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado” Como es de ver, el precepto no contempla el ofrecimiento al por menor, a diferencia del artículo 274.1 que si prevé la punición de esa conducta al por mayor. Conforme a una interpretación literal y, además, lógica, el simple ofrecimiento minorista pasa a ser una figura atípica, al igual que el realizado de manera ambulante -el artículo 274.3 sólo castiga la venta ambulante u ocasional-, salvo su eventual punición como tentativa, cuando tal ofrecimiento sea el preludio de la comercialización, distribución o venta.

El párrafo segundo sanciona la mera reproducción o imitación de signos distintivos o confundibles, siempre que el propósito de tal conducta sea la comisión de los hechos sancionados en el artículo 274.

El número tres atañe a la venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores, que será sancionada con una pena de seis meses a dos años de prisión. La inclusión en este número del supuesto de venta esporádica debería ser objeto de reflexión, pues resulta más adecuado y proporcional reconducir este supuesto al subtipo leve que se regula en el párrafo segundo del precepto, siempre, eso sí, que no concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 276.

Para que sea de aplicación, a la venta ambulante u ocasional, la pena prevista en el párrafo segundo del número tres (multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a sesenta), no deberá concurrir ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 276 y el beneficio económico obtenido con la venta tendrá que ser reducido; además, también se deberá tomar en consideración las características del culpable. Aun cuando el término “características



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

del culpable” también figura en el vigente artículo 274.2, segundo párrafo, dicha expresión acarrea una notable vaguedad e inconcreción que dificulta la labor interpretativa. Además, la consideración de esa circunstancia en el contexto propio de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial supone una quiebra de la sistemática seguida en otros delitos contra el patrimonio, pues las características del autor no son tenidas en cuenta de cara a la aplicación del subtipo leve de las modalidades de uso de terminales de comunicación (artículo 256.2); defraudación de fluidos (255.1), apropiación indebida (253.2), estafa (249.1) y hurto (234.2).

Ahora bien, si mediante la alusión a las “características del culpable” lo que se pretende es realzar la importancia de la situación de precariedad en que, frecuentemente, se encuentran quienes cometen estas infracciones, sería más adecuado emplear unos términos que delimiten claramente ese aspecto, en vez de una referencia tan genérica como la que contempla el Anteproyecto.

Una vez analizados los diferentes aspectos que suscitan los nuevos tipos penales, resta por formular algunas consideraciones en relación con la penalidad asociada a dichas figuras. La pena contemplada en el número uno supone un incremento notable respecto de la prevista en el vigente artículo 274.1, pues el techo se duplica hasta alcanzar los cuatro años. Este incremento penológico puede resultar excesivo, particularmente en aquellos supuestos en que la fabricación, producción e importación se realice a pequeña escala, salvo que expresamente estas conductas finalmente se incardinan en el número dos. Otro tanto cabe decir, si bien el aumento del techo de la pena es menor (hasta tres años), en los supuestos de comercialización y



distribución a que se refiere el primer párrafo del número dos, al igual que la venta ambulante y la meramente ocasional contemplada en el número tres, cuya sanción queda comprendida entre los seis meses y dos años. Por todo ello, desde el reconocimiento de la legitimidad que ostenta el prelegislador para modular la duración de las penas, se aconseja reflexionar sobre la pertinencia de mantener el endurecimiento penológico a que se ha hecho mención.

I. Receptación.

La única novedad proyectada respecto del artículo 298 consiste en la adición de un párrafo segundo al número primero, cuyo tenor es el siguiente: *“Cuando se trate de bienes o efectos a que se refieren los números uno a cuatro del artículo 235 del Código Penal, se impondrá la pena de prisión de uno a tres años”*. El contenido de dicho precepto, aparentemente pacífico, suscita diferentes problemas que serán debidamente tratados a continuación.

Conforme a su literalidad, para la aplicación del artículo transcrito bastaría con que la receptación recayera sobre los bienes o efectos a que se refiere el artículo 235, es decir: cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico (ordinal primero); cosas de primera necesidad (ordinal segundo); conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de comunicaciones, o cosas destinadas al servicio público (ordinal tercero) y, por último, cosas de especial valor o cuya sustracción haya originado perjuicios de especial consideración (ordinal cuarto). Sin embargo, para que el hurto descrito en el artículo 235 –sancionado con pena de prisión de uno a tres años- sea aplicable sería necesario que la sustracción llevada a cabo origine una situación de desabastecimiento (ordinal dos) o de quebranto grave de del suministro eléctrico, sistema de comunicación o del servicio público. Si tales resultados perniciosos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

no se produjeran procedería la aplicación el tipo básico del hurto, cuya pena –de seis a dieciocho meses- es inferior a la contemplada en el nuevo añadido del artículo 298.1 –de uno a tres años-.

Ante tal tesitura, el subtipo agravado previsto en el Anteproyecto no sería de aplicación cuando el delito base fuera la modalidad básica de hurto, habida cuenta que el número 3 del artículo 298 impide que se pueda imponer, para el delito de receptación, una pena privativa de libertad superior a la prevista para el delito encubierto. Tal contingencia no acontecería si el delito base fuera un robo con fuerza, dado que el tipo básico está castigado con la pena de prisión de uno a tres años. Por ello, si realmente se pretende excluir la aplicación del segundo párrafo del artículo 298.1 a los supuestos de hurto en que no se produzcan los resultados recogidos en el artículo 235, ninguna objeción cabe formular al respecto. Ahora bien, si lo querido es extender el subtipo agravado a todos los casos en que la receptación recaiga sobre los efectos contemplados en los ordinales primero a cuarto del artículo 235, incluso cuando el delito base sea el hurto, será necesario sustituir la redacción del párrafo añadido por la siguiente: *“Cuando en el delito encubierto concurren las circunstancias previstas en los números 1 a 4 del artículo 235 de este Código, se impondrá la pena de uno a tres años”*, pues de ese modo se salvaría el escollo que representa el límite penológico establecido en el vigente artículo 298.3.

8. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL.

El Anteproyecto introduce un nuevo artículo 308 bis, cuyo número uno, compuesto de dos ordinales, viene referido a las especificidades de la suspensión de la ejecución de las penas en los delitos contra la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Hacienda Pública y la Seguridad Social, mientras que el número dos atañe al fraccionamiento de pagos de las responsabilidades pecuniarias cuando el autor haya sido condenado por los delitos antes aludidos.

Si bien la extensión del precepto sugiere “ictu oculi” el establecimiento de un régimen jurídico netamente diferenciado, la realidad es que el número 308 bis sólo introduce algunas variaciones respecto del régimen general, pues la mayoría de las previsiones contenidas en el precepto se limitan a reiterar lo ya dicho en la parte general.

El ordinal primero establece que *“La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80 del Código Penal, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas”*. En el párrafo segundo se añade que *“Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y facilitar el comiso acordado y, sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio”*.

Cotejado el texto transcrito con lo establecido en el ordinal tercero del artículo 80.2 se constata que las diferencias entre ambas disposiciones consisten en la cita expresa de la deuda tributaria, de Seguridad Social o las subvenciones indebidamente obtenidas o utilizadas, así como la necesidad de que el penado facilite información



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

fidedigna sobre su patrimonio. En realidad, la cita expresa de las referidas deudas y subvenciones resulta ociosa, pues es notorio que esos conceptos integran la responsabilidad civil derivada del delito, de acuerdo a lo previsto en el Título V del Libro I del Código Penal y refrendado por una pacífica doctrina jurisprudencial.

La redundancia que se ha puesto de relieve resulta aún más llamativa cuando en el párrafo segundo del precepto analizado se utilizan, como conceptos diferentes, la deuda o subvención, por un lado, y las responsabilidades civiles, por otro. Por tanto, se sugiere modificar la redacción del párrafo objeto de cita, de manera que quede indubitadamente claro que la responsabilidad civil engloba las deudas y subvenciones indicadas.

Hecha la anterior salvedad, cumple decir que la única diferencia de carácter sustancial se circunscribe al requisito de facilitar información veraz sobre la situación patrimonial del penado, extremo este que no se recoge explícitamente en el artículo 80, si bien en el artículo 86.1. 4) se prevé, como motivo de revocación de la suspensión de la ejecución, el hecho de facilitar información inexacta o insuficiente sobre el patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la LEC. Ante tal divergencia, hemos de indicar que no se aprecia razón alguna que justifique la fijación de un régimen jurídico diferenciado en función de la naturaleza del delito, con motivo del incumplimiento de la obligación de veracidad en relación con el patrimonio. Por ello, se sugiere que sobre este particular se establezca una regulación uniforme, con independencia de cual sea la tipología de los delitos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

El último inciso del precepto estatuye la obligación de comunicar al perjudicado, a saber: la Hacienda Pública estatal, autonómica o foral; la Seguridad social o la Administración que hubiere concedido la subvención o ayuda, la concesión de la suspensión de la ejecución. No parece lógico que se prevea la notificación de la resolución a estas entidades -lo que en principio les permitiría recurrir tal decisión, aunque expresamente tampoco se contempla esa posibilidad- y, sin embargo, no se articule el mecanismo de la audiencia previa a la concesión del beneficio, previsto para los delitos que sólo pueden ser perseguidos en virtud de denuncia o querrela, conforme a lo establecido en el artículo 80.6.

El ordinal segundo viene referido a la revocación de la suspensión. De conformidad con lo estatuido a ese mandato *“El Juez o Tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso del pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al del reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas y utilizadas, o al pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional”*.

El incumplimiento del compromiso de pago, en los términos que han sido transcritos, así como la facilitación de información inexacta a que se ha hecho mención ya aparece recogido en el artículo 86. Nuevamente, se hace mención a las deudas y subvenciones como conceptos diferentes de la responsabilidad civil, extremo este que ya ha sido anteriormente abordado. También se indica que el Juez de Vigilancia podrá denegar la concesión de la libertad condicional cuando



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

se incumplan los anteriores requisitos, sin tener en cuenta que el artículo 90.4 ya prevé tal contingencia. Todo ello corrobora la innecesariedad de establecer una regulación separada sobre la revocación de la suspensión de la ejecución de los delitos concernidos por el ordinal analizado.

En el número dos se confiere un papel de mayor relevancia a los perjudicados, es decir, la Hacienda Pública de que se trate, Seguridad Social o Administración Pública, pues de cara al eventual fraccionamiento del pago de las responsabilidades pecuniarias a que se refiere el artículo 125, dichas entidades deberán ser oídas y, además aportarán un informe sobre la real capacidad económica de los responsables, con posibilidad de incluir una propuesta de fraccionamiento que sea acorde con la normativa tributaria.

9. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

Según se indica en el apartado XXII de la Exposición de Motivos, como el delito de trata de seres humanos se aborda en otro apartado, se hace necesario revisar la regulación del artículo 318 del Código Penal, al objeto de redefinir las conductas delictivas conforme a lo establecido en la Directiva 2002/90 CE y a las pautas fijadas en materia de penas por la Decisión Marco 2002/946 JAI.

El número uno del citado artículo sanciona *“Al que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio de otro Estado miembro o a transitar a través del mismo vulnerando la legislación de dicho Estado sobre entrada y tránsito de extranjeros”*. Mediante dicha previsión se pretende



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

transponer la conducta definida en el artículo 1.1 a) de la Directiva citada, si bien se incurre en el error de hacer mención a “otro Estado miembro” en vez de “un Estado miembro”, lo que dificulta la comprensión del texto. Aunque el término “intencionadamente” figura en el artículo 1.1a), lo cierto es que la traslación al artículo 318 bis.1 es ociosa, al no contemplar el citado artículo la comisión por imprudencia. Tampoco cabe pensar que mediante el uso de ese vocablo se pretenda excluir del ámbito del precepto a los supuestos de dolo eventual, pues ese término también se emplea en la modalidad descrita en el número dos, que requiere que el sujeto obre con ánimo de lucro. En atención a lo dicho, se sugiere adecuar la redacción de texto a las pautas indicadas.

El párrafo segundo establece que el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de acusar por este delito cuando el objetivo perseguido sea, únicamente, prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Esta previsión se anuda a lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE que permite a los Estados miembros decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado uno (artículo 1.1a), cuando el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

La forma en que se proyecta la transposición al ordenamiento interno del artículo 1.2 de la citada Directiva suscita alguna observación. Es evidente que el prelegislador se ha decantado por la aplicación al caso del principio de oportunidad, de manera que la ponderación por parte del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal sólo queda condicionada por la concurrencia de un aspecto reglado, cual es la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

finalidad altruista a que se refiere el precepto. Sin embargo, nada dice el precepto sobre qué otros factores o aspectos habrán de ser tenidos en cuenta de cara a ponderar la pertinencia del ejercicio de la acción penal, quedando implícitamente diferida la concreción de este aspecto a la futura unificación de criterios que sobre esta cuestión adopte el Ministerio Fiscal.

Frente a esa opción, sería más adecuado atribuir al precepto la naturaleza propia de las excusas absolutorias, en atención a la importancia de la finalidad perseguida por el autor, siempre que la gravedad de los hechos fuera escasa, como así lo requiere implícitamente el subtipo atenuado recogido en el número seis.

El segundo párrafo del número uno prevé la agravación cuando el autor haya actuado con ánimo de lucro. El número dos es trasunto del artículo 1.1.2º de la Directiva antes aludida. Para que la conducta descrita sea penalmente relevante –ayudar a quien no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en un Estado miembro de la Unión Europea contraviniendo la legislación sobre estancia de extranjeros de dicho Estado- es necesario que el sujeto activo obre con ánimo de lucro, de manera que si ese elemento subjetivo del injusto no concurre la conducta deberá ser considerada atípica.

El número tres contempla una penalidad agravada para el supuesto enunciado en el número uno del artículo 318 bis, que modifica en parte lo previsto en los números dos y cuatro, párrafos uno y dos del vigente artículo 318 bis. Según se recoge en el apartado a) del indicado número, la agravación será aplicable cuando los hechos referidos en el número uno del artículo 318 bis se hubieran cometido en el seno de una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

organización dedicada a la realización de esas actividades, contemplándose una agravación específica para los jefes, administradores o encargados de esas organizaciones o asociaciones. Para este supuesto se prescinde de la inhabilitación especial para la profesión oficio o industria a que sí contempla el texto vigente.

La letra b) contempla la agravación cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas o de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 del Código Penal.

Los números cuatro, cinco y seis reproducen, en esencia, lo previsto en los números y tres, cuatro, tercer párrafo y cinco del vigente artículo 318 bis.

10. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL MEDIO AMBIENTE.

a. Delitos contra el patrimonio histórico.

Se introduce la modalidad de escasa gravedad, mediante la adición de un número dos al artículo 323. Según se prevé *“Si el hecho, por la escasa cuantía del daño causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la multa de dos a doce meses.*

No se considerarán de escasa gravedad los casos en que el valor de los daños fueran superior a 1000 euros”.

El valor económico de la cosa dañada es el único aspecto relevante da cara a ponderar la escasa gravedad, sin tener en cuenta la entidad del perjuicio originado al patrimonio histórico o artístico, dato este que también debería ser tomado en consideración, dada la naturaleza del bien jurídico protegido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

b. Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos.

En el artículo 332 también se introduce un nuevo número, en el que se regula el supuesto de menor entidad, cuando los actos descritos en el artículo 332.1 no causen un grave perjuicio para el medio ambiente. Esta medida es consecuencia de la supresión de la falta prevista en el vigente artículo 632.1.

El artículo 337 también es objeto de modificación. El número uno del precepto solamente sanciona la causación de lesiones que menoscaben gravemente la salud de los animales domésticos o amansados, de manera que la muerte del animal pase a ser castigada con una pena superior en el número tercero del artículo citado.

El número dos establece una agravación respecto del supuesto contemplado en el número por el uso de armas, instrumentos, medios métodos o formas concretamente peligrosos para la vida del animal (letra a); por la concurrencia de ensañamiento (letra b) o por la gravedad cualificada del menoscabo para la salud cuando el maltrato haya originado la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal (letra c).

Por último, el número cuatro establece el tipo residual del maltrato cruel de animales domésticos o de cualquiera otros, en espectáculos no autorizados legalmente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La reforma proyectada por el prelegislador es plausible, habida cuenta que se sancionan de manera más adecuada una serie de comportamientos altamente deplorables.

Junto a la modificación operada en el artículo 337, el prelegislador también ha introducido un nuevo artículo, el 337 bis, en cuya virtud se sanciona el abandono de un animal doméstico o amansado, en condiciones que pueda peligrar su vida o integridad. El tipo al que se ha hecho mención es similar a la falta regulada en el artículo 631.2, aunque también incluye a los animales amansados.

11. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA.

a. Estragos.

La única novedad introducida en el artículo 346 consiste en la modificación de la pena establecida en el número dos, que pasa a ser de cuatro a ocho años de prisión.

b. Incendios Forestales.

Conforme a lo indicado en la Exposición de Motivos, el delito de incendio forestal es objeto de alguna variación, en orden a propiciar una mejor respuesta penal cuando el incendio alcance especial gravedad. En el párrafo primero del artículo 353 se endurece la penalidad hasta ahora imponible, que pasa a ser de tres a seis años de prisión. Los nuevos supuestos que conforman el subtipo agravado son los siguientes:

1. Afectación de zonas próximas a núcleos de población o lugares habitados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

2. Que el incendio afecte a zonas forestales que constituyan el hábitat de animales en peligro de extinción o flora amenazada.

3- Que el incendio sea provocado en un momento en que las condiciones climatológicas o del terreno incrementen de forma relevante el riesgo de propagación del mismo.

La modificación que se pretende materializar merece una valoración positiva, pues la mayor intensidad de la respuesta penal se anuda a la concurrencia de circunstancias que denotan un mayor peligro para las personas o el entorno ambiental. Asimismo, también se considera adecuada la previsión del artículo 358 bis, en virtud del cual, las medidas previstas en los artículos 338 a 340 se extienden a los delitos de estrago, de riesgo provocado por explosión y otros agentes y de incendio. En relación con los delitos de incendio forestal, resulta singularmente relevante la aplicación del artículo 340, pues de conformidad con lo estatuido en el precepto objeto de cita, el autor deberá pechar con el coste de las medidas necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado o de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados.

Ahora bien, en la medida que el artículo 358 bis prevé la imposición de la pena superior en grado cuando el incendio afecte a algún espacio natural protegido, debería tenerse en cuenta que el subapartado tres del artículo 353.1 ya prevé una agravación cuando el incendio se propague a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, o altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal. La aplicación conjunta de ambas agravaciones dará lugar a una punición notablemente exasperada, siendo esa la razón por la que se aconseja



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

introducir un matiz en el subapartado tres del artículo 353.1, al objeto de que este precepto no resulte de aplicación cuando el incendio se produzca en un espacio natural protegido.

c. Delitos contra la salud pública.

Dada la nueva regulación del comiso (artículos 127 a 127 sexies y 128), el Anteproyecto simplifica la regulación específica del decomiso a que se refiere el artículo 374, limitándose a establecer dos previsiones específicas. Tras la firmeza de la resolución que acuerde el comiso de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas intervenidas, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación. A través de esta medida se pretende paliar las dificultades que acarrea el almacenamiento prolongado de las muestras a que se refiere el precepto.

Por otra parte, los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia serán adjudicados íntegramente al Estado, sin que pueda aplicarse el pago de las responsabilidades civiles o los costes procesales. Esta medida ya se prevé en el vigente artículo 374.4.

d. Tenencia de animales peligrosos.

La falta contemplada en el vigente artículo 631 del Código penal pasa a ser reputada delito leve (artículo 385 quater).



12. FALSEDADES.

a. Falsificación de moneda y efectos timbrados.

La conducta típica prevista en el artículo 629 (falta contra los intereses generales) se integra, en lo que atañe a la expedición o distribución de moneda falsa que se hubiera recibido de buena fe, en el artículo 383.3º, párrafo tercero, al objeto de configurar el supuesto de escasa gravedad en función del valor aparente de la moneda. Llama la atención que no se haya fijado límite alguno por razón de la cuantía aparente, lo cual genera incertidumbre de cara a la aplicación de la modalidad leve. Otro tanto cabe decir respecto de la modificación operada en el artículo 389, habida cuenta que no se establece límite cuantitativo alguno para el supuesto de escasa gravedad de distribución de sellos de correos o efectos timbrados.

b. Usurpación de funciones públicas e intrusismo.

El artículo 402 bis recoge parte de la conducta penada actualmente en el artículo 637, al sancionar a quien sin estar autorizado usare pública e indebidamente uniforme, traje o insignia que le atribuya carácter oficial. Dicho precepto no contempla, a diferencia de la falta prevista en el vigente artículo 637, la mera atribución pública de la cualidad de profesional amparada por un título oficial, si tal atribución no comporta ejercicio de los actos propios de dicha profesión. La referencia a falta de autorización y al uso indebido constituye una redundancia, por lo que se propone la eliminación de uno de esos términos.

El artículo 403 también es objeto de modificación penológica. En el número primero se incrementa la pena para el supuesto contemplado en el inciso primero, es decir para el ejercicio de actos propios de una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España, de acuerdo con la legislación vigente, pues aquella pasa a ser de doce a veinticuatro meses de multa, en vez de seis a doce meses. Asimismo, para el tipo atenuado regulado en el inciso segundo la pena se eleva de seis a doce meses.

En el número dos se añade un supuesto agravado (letra b), que engloba el ejercicio de los actos a que se refiere el número uno, siempre que tengan lugar en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión. Dado que el citado número mantiene la agravación por la atribución pública de la cualidad de profesional amparada por los títulos a que se refiere el número anterior (letra a), la aplicación del tipo enunciado en la letra b) se circunscribirá a aquellos casos en que se anuncie la prestación de servicios en un local o establecimiento abierto al público, pero el autor no se atribuya públicamente la condición de profesional titulado.

13. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

a. Cohecho.

Se modifica el artículo 423 al objeto de incluir a los administradores concursales.

b. Malversación.

Según se indica en los dos últimos párrafos del apartado XIV de la Exposición de Motivos, (...) *La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro derecho básicamente a supuestos de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo, se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio del patrimonio público. Al tiempo, se mantiene la tipificación separada de los supuestos de aplicación a fines particulares de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública con perjuicio para la causa o el servicio públicos, aunque no llegue a producirse un perjuicio patrimonial efectivo (...)”

Para una mejor comprensión del alcance de la reforma, previamente procede traer a colación el tipo de malversación por excelencia, regulado en el vigente artículo 432.1. Dicho precepto sanciona a la Autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera o consintiera que un tercero sustraiga, con igual ánimo, los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Según constante doctrina jurisprudencial, el alcance dado al precepto de referencia trasciende de lo que cabría definir como apropiación indebida de caudales o efectos públicos en sentido estricto, pues para la comisión del delito de malversación de caudales públicos basta con que el funcionario tenga la posibilidad de la disposición de caudales, sea en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa, o traiga causa de una situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (STS 27/5/1993).

En palabras de la STS de 2/3/2006 (Pte. Sr. Ramos Cancedo), el requisito de tener a su cargo, por razón de sus funciones, los caudales o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

efectos públicos que sustrajere o que otro sustraiga “(...) *Ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico protegido mediante de esta conducta, que no es sólo la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos, y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios públicos. De acuerdo con esta interpretación, ya la STS de 26 de junio de 1989 recordó su doctrina reiterada de esta Sala “que no es estrictamente necesario que el necesario tenga en su poder caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas consignent al Cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante de un órgano público(...).”*

Con mayor nitidez si cabe, la STS de 17/5/1992 (Pte. Sr. Martínez Pereda) entendió que el elemento del tipo a que se ha hecho mención se caracteriza “(...) *Como una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una disponibilidad material (...)*”.

El Anteproyecto configura el tipo básico de malversación (artículo 432) como una modalidad delictiva subordinada al tipo de gestión desleal regulado en el artículo 252, cuyas únicas singularidades consisten en que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público y que la gestión desleal se proyecte sobre el patrimonio público administrado. Ello implica que tanto el supuesto de sustracción (artículo 432.1 vigente) como el de aplicación a usos ajenos a la función pública (artículo 433 vigente) se reconducen al concepto genérico de administración desleal a que se ha hecho mención. La sistemática



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

seguida por el Anteproyecto en este punto no se acomoda, en sus justos términos, a lo declarado en la Exposición de Motivos. Además, tampoco se ajusta al esquema seguido para los supuestos de administración desleal en el ámbito privado pues, en este contexto, se mantiene el tipo de apropiación indebida en sentido estricto (artículo 253) que, sin embargo, no se trasvasa al ámbito de la malversación.

La opción por la que se ha decantado el prelegislador debería ser repensada, principalmente para evitar que ciertas conductas actualmente incardinadas dentro del concepto “sustracción”, por el simple hecho de que la autoridad o funcionario público ostenten un poder de disposición meramente fáctico sobre los caudales o efectos, pudieran quedar excluidas del ámbito de aplicación del artículo 252, que es más restringido que el atribuido por la doctrina jurisprudencial al vigente artículo 432.1. Por ello, se sugiere mantener la vigencia del precepto último citado, sin perjuicio que el delito de administración desleal también se prevea para el ámbito de lo público, y coexista con la anterior modalidad delictiva.

El número dos contempla una agravación cuando el sujeto activo obre con ánimo de lucro propio o ajeno. Dado que el lucro ajeno no se prevé para la administración desleal en el ámbito privado, debería salvarse tal disimilitud.

Los supuestos de especial agravación son descritos en el número tercero. En la letra a) se contempla la especial gravedad del perjuicio, en atención a la entidad del daño o entorpecimiento del servicio público. La letra b) se remite al supuesto enunciado en el ordinal sexto del artículo 250.1, es decir, cuando el valor de la defraudación exceda de 50.000



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

euros o afecte a un elevado número de perjudicado. Dadas las singulares características del delito de malversación, no resulta adecuada la remisión en bloque al ordinal citado, principalmente porque al recaer el delito sobre el patrimonio público no será posible que la malversación afecte a múltiples personas. Por ello, lo adecuado sería aludir solamente a la cuantía prevista en el artículo antes citado.

El subtipo atenuado se residencia en el número cuatro, y su ámbito de aplicación se delimita en atención a que *“El perjuicio causado resulte de escasa gravedad y no haya causado una alteración relevante al servicio público”*. Dicho precepto no contiene indicación alguna de la cuantía, a diferencia de lo previsto en el vigente artículo 432.3 que toma como referencia la cifra de 4.000 euros. Al objeto de favorecer un mayor grado de certeza, y así evitar que sean los tribunales quienes acoten el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados que fija el precepto, se considera conveniente establecer una cuantía que opere como límite de la aplicación del supuesto de escasa gravedad, sin perjuicio de que, además, se prevea que la conducta no origine una alteración relevante del servicio público.

El artículo 433 pasa a regular el supuesto actualmente recogido en el artículo 434, es decir: la aplicación a fines privados de bienes muebles o inmuebles públicos. Ello implica que la infracción consistente en destinar los caudales o efectos a usos ajenos a la función pública, actualmente regulado en el vigente artículo 433, deja de ser considerado como una infracción específica y, en consecuencia, pasa a ser una modalidad más del tipo de administración desleal del patrimonio público descrito en el artículo 432.1.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En relación con el delito de aplicación privada de bienes muebles o inmuebles públicos, el Anteproyecto introduce algunas modificaciones. En primer lugar, desaparece el requisito del ánimo de lucro; en segundo lugar, basta con que la aplicación privada de los bienes muebles o inmuebles origine un perjuicio para la causa o servicio público, sin necesidad de que aquél sea grave. Por último, se suaviza la penalidad, que pasa a ser de multa, de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público, de tres a seis meses. La sistemática seguida respecto de esta figura delictiva es hasta cierto punto confusa, pues por un lado se extiende el ámbito de aplicación del tipo, pero por otra parte se degrada la intensidad de la sanción.

El artículo 434 faculta a los jueces y tribunales a degradar las penas, en uno o dos grados, con motivo de la reparación íntegra y efectiva del perjuicio, la colaboración activa con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Finalmente, se añade un supuesto más al artículo 435, en virtud del cual los delitos de malversación también se extienden a los administradores concursales en relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular se consideran afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altere el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley. Esta última matización no resulta necesaria, pues del contenido del primer inciso del precepto ya se deduce que la alteración del orden del pago de créditos queda subsumida en el precepto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

c. Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

En el artículo 440 se introduce a los administradores concursales, como sujetos activos del delito, respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso.

14. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

a. Prevaricación y acusación y denuncia falsa

Se modifica el número dos del artículo 446, a los solos efectos de sustituir la referencia de las faltas por los de delito leve, al igual que en el artículo 456.1 respecto del delito de acusación y denuncia falsa.

b. Quebrantamiento de condena.

Se añade un número tres al artículo 468 al objeto de sancionar específicamente, con una pena de multa de seis a doce meses, a *“Quienes inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, salvo que estuviera ya castigados con una pena más grave por alguna otra norma de este Código”*.

En el apartado XIX de la Exposición de Motivos se da cuenta de las razones que han llevado al prelegislador a establecer esta medida, siendo el motivo principal la imposibilidad actual de subsumir esos comportamientos, en sí mismo considerados, dentro de los supuestos de quebrantamiento previstos por el vigente artículo 468, aunque, en su caso, podrían ser constitutivos de un delito de desobediencia.



Ningún reparo cabe oponer a la medida que el prelegislador pretende estatuir, pues es evidente que cualquier alteración de los mecanismos de control impide que pueda ser constatado el exacto cumplimiento de la pena o medida de que se trate, con el riesgo que ello comporta. Ahora bien, si la creación de un tipo específico permite solventar las dificultades indicadas en la Exposición de Motivos, carece de sentido condicionar su aplicación a que en otro precepto de este Código no se sancionen los hechos con mayor gravedad, sin siquiera indicar a qué artículo se está haciendo referencia. Por ello, se sugiere la supresión del inciso a que se ha hecho mención de manera que, en cualquier caso, la conducta descrita en el ordinal tercero del artículo 468 será sancionada, exclusivamente, conforme a dicho precepto.

15. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN.

a. Delitos contra la Corona.

Se modifica la estructura del artículo 485 en los siguientes términos:

1.- La muerte del Rey o del Príncipe heredero de la Corona se castiga con la pena de PPR.

2- La muerte del resto de personas a los que se refiere el artículo 485 mantiene la penalidad de veinte a veinticinco años de prisión, salvo que los hechos estuvieran castigados con una pena más grave en algún precepto de este Código. En este caso, la referencia a una penalidad más grave es adecuada, habida cuenta que en determinadas circunstancias sería imponible la pena de PPR (vide artículo 140.1 y 2 y 570.2).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

3- En caso de tentativa, la rebaja de la pena en un grado pasa a ser potestativa. Esta medida es de todo punto criticable, no sólo por la alteración sustancial del régimen penológico establecido con carácter general para la tentativa, que según reza el artículo 62 posibilita la minoración de la pena en uno o dos grados, sino porque desde una perspectiva material puede llegar a suponer que un hecho tan trascendente como la ausencia del resultado de muerte no sea tenido en consideración de cara a la imposición de la pena, con la evidente desproporcionalidad que ello comporta, sobre todo si se tiene cuenta que la muerte del Rey o del Príncipe heredero está sancionada con la PPR.

Estos argumentos aconsejan reflexionar sobre la modificación aludida, ya que resulta más adecuado mantener la actual regulación para el supuesto de tentativa. También se advierte de un error, concretamente en la frase *“se podrán imponerse”*.

b. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En el apartado XXIII de la Exposición de Motivos se explicitan las razones que justifican la modificación emprendida por el prelegislador, que, básicamente, se anudan a la necesidad de armonizar nuestra legislación penal a las pautas enmarcadas en la Decisión Marco 2008/913/JAI y, por otra parte, asumir los postulados de la STC 235/2007, de 7 de noviembre que, en relación con el delito de negacionismo, requiere que tal conducta sea una forma de incitación al odio u hostilidad contra los grupos o minorías.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Teniendo en cuenta las anteriores directrices, el Anteproyecto distingue varios tipos de comportamiento: por un lado sanciona con una penalidad mayor las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos, por su pertenencia a tales grupos, al igual que a aquellos comportamientos que entrañen humillación o menosprecio contra aquéllos. Por otra parte, se tipifica la producción y distribución de materiales cuyo contenido pueda ser idóneo para incitar al odio o la violencia contra los grupos o personas antes indicados, o bien se enaltezcan o justifiquen delitos de los que pudieran haber sido objeto o, en su caso, nieguen o trivialicen tales hechos, siempre que esa conducta favorezca el odio o la violencia.

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, el número uno del artículo 510 se bifurca en dos supuestos diferenciados (letras a y b). En el apartado a) se prescinde de la referencia a la provocación como forma de conducta, sancionándose a *“Quienes fomenten, promocionen o inciten, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una raza o etnia, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad”*.

El empleo de los verbos “fomentar”, “promover” o “incitar” confieren al precepto una dimensión superior a la contemplada por el vigente artículo 510.1, que posibilitará la ampliación del número de comportamientos concernidos por el precepto. Los sujetos pasivos del delito pasan a ser el grupo delimitado por los referentes que emplea el artículo, una parte de él o una persona determinada por razón de su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

pertenencia a aquél. La modificación llevada a cabo, en sintonía con los postulados de la Decisión Marco, se valora positivamente, al igual que la sustitución del término “minusvalía” por el de “discapacidad”.

Para la comisión del tipo contemplado en la letra b) no resulta necesario que la conducta desarrollada incite, promueva o favorezca el odio, la violencia u hostilidad hacia los diferentes sujetos pasivos, pues basta con que el comportamiento entrañe humillación, menosprecio o descrédito hacia aquéllos. Este supuesto no está expresamente previsto en los artículos 1 y 2 de la Decisión Marco 2008/913/JAI. Por ello, debería tenerse en cuenta lo previsto en el artículo cuatro de la citada Decisión Marco, en virtud de la cual *“En los casos de delitos distintos de los contemplados, los Estados miembros adoptaran medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones”*. A la vista del contenido del citado artículo sería conveniente mantener la penalidad prevista para dicha infracción únicamente cuando el autor obre por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a los distintos móviles enunciados en la letra a), de manera que los restantes supuestos sean sancionados de acuerdo con lo establecido en el artículo 510.2, cuyo análisis se aborda a continuación.

El número antes indicado se subdivide en cuatro letras. La conducta descrita en la letra a) es la siguiente: *“Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, o la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo orientación familiar o discapacidad, o para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de algunos de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

El precepto transcrito pretende dar cabida a lo establecido en el apartado 1.1 b) de la Decisión Marco 2008/913/JAI, en cuya virtud se exhorta a los Estados miembros a castigar *“La comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a), mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales”*. Sin embargo, la transposición llevada a cabo incurre en el error de sancionar con menor pena (de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses) conductas que efectivamente contribuyen al fomento, la promoción o incitación del odio, la violencia o la hostilidad a que se refiere la letra a) del artículo 510.1, cuya pena es de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses, o entrañan la humillación, descrédito o menosprecio a que alude la letra b) del referido número y artículo.

Nótese, que el apartado a) del artículo 510.2 sanciona dos comportamientos diferenciados. El primero de ellos consiste en la producción, elaboración, o posesión con la finalidad de distribuir pero, como es lógico, sin que tal distribución se haya materializado. El segundo grupo comprende la facilitación del acceso a terceras personas, la distribución, difusión o la venta del material o soportes. Obviamente, el hecho de facilitar acceso al material idóneo para fomentar, promover o incitar al odio, la violencia o la hostilidad o que entrañe humillación menosprecio o descrédito, constituye un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

comportamiento perfectamente subsumible en los supuestos descritos en las letras a) y b) del número uno y, de ahí que el prelegislador confiera un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas.

Por ello, se estima necesario subsanar la deficiencia detectada, de manera que, al menos, los comportamientos consistentes en la efectiva distribución, venta, difusión o facilitación a terceros de los materiales o soportes sean sancionados como lo que en realidad son: actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad personal, máxime cuando el artículo 3.2 de la citada Decisión Marco exhorta a los Estados a sancionar las conductas previstas en el artículo uno con la pena mínima de uno a tres años de prisión.

El segundo inciso del artículo 510.2 a) prevé una agravación, cuando la difusión se lleve a cabo a través de medios de comunicación social, Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, en atención a la accesibilidad de tales medios a un elevado número de personas.

En la letra c) se sanciona a *“Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas o referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución”.

El matiz que diferencia este supuesto respecto de los contemplados en el artículo 510.1 reside en que el enaltecimiento o justificación no constituyan un medio de fomento incitación o promoción del odio, violencia, hostilidad o discriminación, ni tampoco deben tener capacidad para lesionar la dignidad de las personas, por entrañar humillación, menosprecio o descrédito.

Finalmente, en el apartado c) se regula un supuesto específico de promoción o favorecimiento de un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación. Para que este supuesto sea de apreciar, es necesario que el sujeto activo niegue, haga apología o trivialice gravemente los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que se hubieran cometido contra los grupos y personas a que se ha hecho referencia anteriormente. Dichos delitos deben haber sido declarados probados por los Tribunales de Nuremberg, la Corte Penal Internacional u otros Tribunales Internacionales. Por último, como ya se ha indicado con anterioridad, es necesario que mediante las conductas descritas se promueva o favorezca un clima de hostilidad, odio, discriminación o violencia contra los sujetos pasivos.

Según reza el artículo 18 del vigente Código penal *“Es apología, a efectos de este Código, la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”.* Cuando el sujeto activo enaltece o ensalza los crímenes a que se refiere el apartado b del artículo 510.2 y, de ese modo, promueve o favorece el resultado ya referido, obviamente la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

gravedad de esa conducta es cualitativamente superior que aquella otra en que simplemente se nieguen o se trivialicen tales crímenes, ya que, de hecho, es perfectamente parangonable al supuesto enunciado en el artículo 510.1 a). Siendo ello así, el trato penal más benigno que se propone carece de justificación, por lo cual se sugiere sancionar el supuesto de apología con mayor gravedad.

Al margen de lo dicho, tampoco se halla justificado el uso de una terminología diferente en este apartado, al suprimirse la referencia a la “incitación”, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 2.1 de la Decisión Marco prevé que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castigue la incitación a las conductas contempladas en el artículo 1.1, letra c) y d), entre las que figura el supuesto concernido por el artículo 510.2 c). Asimismo, tampoco se comprende el empleo de la palabra “clima”, en relación con la violencia, hostilidad, odio o discriminación, en vez de los vocablos “directa o indirectamente” usados en otros apartados del artículo.

El número tres prevé que el Juez o Tribunal deberá acordar la destrucción, borrado o inutilización de los materiales y soportes que, en su caso se hayan utilizado, para la comisión del delito. El artículo 510 bis prevé una agravación cuando los hechos fueran cometidos por quienes pertenezcan a una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, incrementándose la penalidad para los jefes, encargados y administradores.

En el artículo 510 ter se regulan las penas imponibles a las personas jurídicas, que consistirán en una pena de multa de dos a cinco años, junto a la eventual aplicación, de acuerdo con las reglas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

establecidas en el artículo 66 bis, de las penas recogidas en las letras b) y g) del número siete del artículo 33. Las previsiones de este precepto se acomodan a lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco 2008/913/JAI.

Por último, el número cuatro del artículo 515 es objeto de una levísima modificación, en cuya virtud se sustituye el término “minusvalía” por el de “discapacidad”. Tal modificación no es estrictamente necesaria, habida cuenta que en la Disposición Adicional primera se establece tal sustitución con carácter general. No obstante, en la redacción del precepto se incurre en el error de contemplar dos veces el término “inciten”, la primera al principio del párrafo y la segunda en su inciso final.

16. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO.

a. Atentado, resistencia y desobediencia.

El artículo 550 pasa a englobar las previsiones de los artículos 550 y 551 en vigor. En el número uno se describe la conducta constitutiva de atentado que, a saber, es la siguiente: *“Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia resistieren a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”*.

El apartado XX de la Exposición de Motivos refleja cuál es la principal razón que justifica la reforma, que exactamente consiste en evitar que el empleo de violencia se parifique, en algunos casos, con la acción de resistencia meramente pasiva regulada en el vigente artículo 556. Por ello, la definición típica vincula la intimidación grave o la violencia con la simple resistencia, la cual ya no precisará ser activa y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

grave, tal y como lo prevé el vigente artículo 550. Para una mejor comprensión de tal propósito, procede traer a colación la STS de 17/12/2008 (Pte. Sr. Ramos Gancedo), en cuyo fundamento jurídico quinto se dice:

De hecho, la conducta del acusado que se describe en el "factum" es de oposición a la actuación legítima del agente de la autoridad. Tradicionalmente se había venido considerando que esa oposición deberá reputarse grave cuando vaya acompañada de acometimiento o del empleo de la fuerza o la intimidación, y no grave cuando sea meramente pasiva o inerte, aunque aún en este caso es necesario que sea manifiesta y tenaz. Así, se consideraba delito de atentado la reacción activa y violenta, con empleo de fuerza física (STS de 12 de noviembre de 1.922 y 30 de abril de 1.993, entre muchas más).

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial actualmente mayoritaria, ha actualizado la radicalidad de este criterio, y ya a partir de las SS.T.S. de 3 de octubre de 1.996 y 11 de marzo de 1.997 , ha dado entrada en el tipo de resistencia no grave "a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho". La STS de 18 de marzo de 2.000 se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física (...), de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del art. 550 C.P . Por ello los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas (STS 996/2000, de 5 de junio: aplica el art. 556 en supuesto en que el detenido "aprovechando que le quitaron los grilletes para firmar una diligencia,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

dio un tirón para desasirse del agente que le tenía cogido e intentó golpearle, tirándose al suelo, donde fue reducido por varios agentes mientras daba patadas a los mismos sin llegar a producirles lesiones"); similar STS 370/2003, de 15 de marzo .

El riguroso tratamiento penal del delito de atentado impone una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad, lo que obliga a excluir aquellas conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente pueden ser calificadas de atentado sin forzar el sentido del término (STS 740/2001, de 4 de mayo), de modo que "en el delito de resistencia del art. 556 tiene cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa que no estén revestidos de dicha nota de gravedad" (STS 1828/2001, de 16 de octubre , con cita de otras). Ver también SS.T.S. 361/2002, de 4 de marzo y 670/2002, de 3 de abril. En definitiva, se produce "una ampliación del tipo de la resistencia (...) que es compatible (...) con actitudes activas del acusado; pero ello sólo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcionario, por ejemplo (...) cuando la policía trata de detener a un sujeto y éste se opone dando manotazos o patadas contra aquél", pero no en los casos "en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo" (STS 819/2003, de 6 de junio). El art. 550 se refiere a la resistencia activa y grave, por lo que el art. 556 debe entenderse referido a la resistencia pasiva, aunque también grave, pues la resistencia leve a cumplir el mandato de aquéllos vendrá a constituir una modalidad de la desobediencia prevista en el art. 634 (STS 77).

Aunque la resistencia del art. 556 es "de carácter pasivo, donde no existe agresión o acometimiento", puede concurrir "alguna manifestación de violencia, de tono moderado y de características más bien defensivas y neutralizadoras, como sucede en los supuestos de forcejeos del sujeto con los agentes de la autoridad" (SSTS 912/2005, de 8 de julio ; 136/2007, de 8 de febrero), en que "más que acometimiento concurre oposición, ciertamente activa", que no es incompatible con la aplicación del art. 556 (STS 6 E incluso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

se ha llegado a apreciar la falta del art. 634 en "la actitud forcejeante con los policías, leve forcejeo", al ser separado el acusado de su contendiente, al que "continuaba intentando golpear", por lo que hubo de ser esposado (STS 703/2006, de 3 de julio; también leve forcejeo calificado como falta en STS cit. infra 364/2002, de 28 de febrero).

Previsiblemente, mediante el cambio proyectado se pretende excluir de delito de resistencia, con su consiguiente traslación al delito de atentado, aquellos comportamientos que, en un contexto principal de resistencia pasiva, presentan algún episodio de violencia activa de carácter leve. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, debe advertirse que la preterición de la doctrina jurisprudencial traída a colación supone parificar comportamientos cuya gravedad es desigual, pues es evidente que un acto episódico de violencia leve dentro de un comportamiento global de resistencia meramente obstativa o renuente, no es equivalente al acometimiento o la resistencia activa de carácter grave que es propio del delito de atentado.

Por otra parte, la definición que se ofrece del delito de atentado incurre en reiteración, en concreto al emplear conjuntamente los términos "agredieren" y "acometieren". Según reza el fundamento jurídico-quinto de la STS de 27/10/2009 (Pte. Sr. Berdugo) "(...) *Acometer equivale a agredir y basta con que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfeccionaría incluso cuando el acometimiento no llega a consumarse. Lo esencial es la embestida o el ataque violento .Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente (SSTS 627/2007 y 309/2003) calificando el atentado como delito de pura actividad, de forma que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, tal delito se consuma con el ataque o el*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

acometimiento (SSTS 625/2004;146/2006), con independencia que el acometimiento se parifique con la grave intimidación que pueda consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo “(...)”.

A la vista de la doctrina expuesta, el empleo del término “agredieren” constituye una redundancia, pues como queda constatado en la fundamentación jurídica traída a colación, el acometimiento no sólo equivale a la agresión efectivamente materializada, ya que también engloba los supuestos en que el autor inicia un ataque contra el actuante, sea o no exitoso.

Por último, debe ponerse de relieve que el tipo básico de atentado es objeto de una rebaja punitiva, que afecta al cometido contra la autoridad (el suelo de la pena de prisión pasa de dos a un año); contra los funcionarios públicos y agentes de la autoridad (el suelo de la pena de prisión se fija en seis meses en vez de un año); y contra los Altos cargos a que se refiere el número tres (el suelo de la pena de prisión es objeto de una sustancial rebaja, al pasar de cuatro años a uno). En relación con el número tres, se valora positivamente la inclusión de los Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, pero se echa en falta la específica mención de los Magistrados del Tribunal Supremo como categoría específica.

El artículo 551 recoge las circunstancias que agravan el delito de atentado. El vigente artículo 552.1º prevé tal agravación cuando la agresión se verificará con armas u otros medios peligrosos. Según refiere la STS de 12/6/2009 (Pte. Sr. Andrés Ibáñez), “(...) Medio peligroso es un concepto abierto, definido, de un lado, por el dato de que no pueda ser connotado como arma, es decir, como instrumento concebido para el ataque, y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

en positivo, por la circunstancia de que, usado contra personas produciría el resultado de intensificar de manera relevante el potencial lesivo de la agresión (...)". Por otra parte, la STS de 4/6/2010 (Pte Sr. Prego) contiene las siguientes consideraciones respecto del subtipo agravado a que se refiere el vigente artículo 552.1.

"(...) El subtipo del núm. 1 del art. 552 no es de aplicación a todas las modalidades comisivas del atentado previsto en el art. 550, sino a la primera de ellas, es decir al atentado por acometimiento, quedando excluida la modalidad intimidatoria, y la de resistencia grave, con las que no resulta compatible la exigencia de que el empleo del arma o instrumento peligroso se de en "la agresión", concepto éste que restringe la aplicabilidad del subtipo a la modalidad de atentado por acometimiento: la doctrina de esta Sala señala que agredir equivale a acometer (S^a 25 de octubre de 2002) pues acometimiento significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona, o sea un ataque o agresión (S^a 8 de marzo de 1999). Si hay acometimiento aunque sea leve existe atentado, apreciable por consiguiente por el hecho de abalanzarse el particular contra el funcionario (S^a 6 de junio de 2003). En esta forma comisiva es de aplicación el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal, consistente en verificar la agresión con armas u otro medio peligroso. Se trata de una agravación fundada en el mayor riesgo que para la integridad física del acometido se origina cuando la agresión se ejecute con tales instrumentos; y en ese riesgo está el mayor desvalor de la acción sin necesidad de que se causen resultados lesivos, ni haya propósito directo de lesionar mediante un uso eficaz del arma dirigido a tal fin. En el subtipo agravado no se exige el delito de lesiones consumadas ni en grado imperfecto de ejecución. Basta el acometimiento verificado con armas ya sean éstas más o menos eficazmente manejadas para lesionar o simplemente esgrimidas o empuñadas durante la agresión en condiciones de causar lesión al acometido, porque esta inmediata posibilidad origina un riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena. Por consiguiente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

en el delito de atentado del art. 550 del Código Penal cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso excede de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio, y se empuña o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que esto representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico, y es de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal sin necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar.

Las sentencias objeto de cita revisten interés por motivos diferentes. Comenzando por la última, tal como ha sido redactado el artículo 552.1 vigente, la agravación por uso de armas o medios peligrosos sólo resulta de aplicación en la modalidad de acometimiento, habida cuenta que el referido subtipo no se proyecta indistintamente sobre las diferentes conductas contempladas en el actual artículo 550, sino que se circunscribe al supuesto en que la agresión se verifique con tales medios. Con la reforma, el prelegislador pretende extender la aplicación del subtipo a todos los supuestos de atentado –y no sólo a la variedad de acometimiento-, habida cuenta que en el primer párrafo del artículo 551 se dice que se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior, siempre que el atentado se cometa a través de cualquier modalidad prevista en los subapartados uno a cuatro.

Sin embargo, la especificación de supuestos que se detallan en los cardinales uno a cuatro resulta redundante. Una vez consignada la agravación, en el número uno, consistente en el hecho de hacer uso de armas u otros objetos peligrosos, es evidente que dentro de ese concepto quedan incluidos el lanzamiento de objetos contundentes y líquidos inflamables o corrosivos (número dos) o el acometimiento a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

autoridad o sus agentes o a los funcionarios públicos haciendo uso de un vehículo a motor previsto en el número tres (La STS 12/6/2009 consideró medio peligroso el lanzamiento de una piedra, mientras que la STS de 6/10/2010 y otras consideraron medio peligroso el uso de un automóvil). Por tanto, en la medida en que los números dos y tres resultan reiterativos se aconseja la supresión de los mismos.

Por el contrario el supuesto contemplado en el apartado cuatro merece una valoración positiva, pues al hacer mención a *“cualquier otra acción que conlleve un peligro para la vida o que pudiera causar lesiones graves”*, no se está pensando en el uso de instrumentos potencialmente lesivos, sino en cualquier otra dinámica comisiva que suponga un grave peligro para la vida o integridad física del sujeto pasivo, tales como la agresión multitudinaria, el empleo de artes marciales, etcétera.

El artículo 554 presenta varias novedades. En primer lugar, el número dos sanciona con penas previstas para el atentado propio –y no en el grado inferior, como establece el artículo 555 vigente- para *“Quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios”*. Redactado en esos términos, el precepto incurre en algunas deficiencias. En primer lugar, la violencia e intimidación se utiliza sin la debida referencia a la oposición de resistencia por parte del sujeto activo, como así lo prevé el artículo 550. En segundo lugar, no se indica que la intimidación deba ser grave, matiz este que, sin embargo, sí figura en el último artículo citado, así como en el número tres del artículo 554, que a continuación se analiza.

Según reza el indicado precepto *“También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente a los bomberos o miembros del personal sanitario que estuvieran*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones”. La Exposición de Motivos se hace eco de esta medida y, en tal sentido ofrece la siguiente justificación: “La disminución de la pena mínima con que se castigan estos delitos; y la consideración de que quien acude a auxilio de una autoridad, agente o funcionario, asume en determinadas condiciones el desempeño de funciones públicas o de gran relevancia social, debe recibir una protección equivalente a la de aquéllos que intervienen con carácter oficial”.

Ninguna objeción cabe plantear a los principios de política criminal que expone el prelegislador; ahora bien, respecto del supuesto enunciado en el artículo 554.3 no debe pasar inadvertido que el artículo 25.2 del vigente Código Penal considera funcionario público a “*Todo aquel que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas*”. Siendo inconcuso el carácter público de la función desarrollada por los bomberos, personal sanitario y equipos de socorro cuando intervienen con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, el problema que se suscita atañe especialmente al personal sanitario, pues de la lectura del precepto bien podría deducirse, a “contrario sensu” que fuera de los supuestos enunciados en el mismo, el personal adscrito al Sistema Nacional de Salud no se integra dentro de la categoría de los funcionarios públicos, a los efectos previstos en el artículo 550. Tal eventualidad ha sido refutada por la doctrina jurisprudencial, como así se pone de manifiesto en el fundamento jurídico sexto de la STS de 2/11/2011 (Pte. Sr. Berdugo) y en la Consulta de la FGE 2/2008, de 25 de noviembre.

Por ello, salvo que, como medida de política criminal, para el personal estatutario del los servicios públicos de salud se pretenda



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

circunscribir, exclusivamente, la aplicación del delito de atentado al supuesto enunciado en el artículo 554.3, sería adecuado que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada y con la finalidad de mantener la protección penal que actualmente se brinda a aquéllos, la aplicación del referido artículo 554.3 se establezca con carácter residual, sin perjuicio de lo dispuesto del artículo 550 para los funcionarios públicos en general.

Por último, también se debe poner de manifiesto la despenalización de la desobediencia de carácter leve, cuya sanción se residencia en sede administrativa, al igual que la disminución del suelo de la pena fijada para los delitos de resistencia y desobediencia tipificados en el artículo 556.

b. Desórdenes Públicos.

Siguiendo las consideraciones plasmadas en la Exposición de Motivos, la reforma de los denominados delitos contra el orden público se sujeta a las siguientes pautas.

a) Configuración del delito de alteración de orden público en base a la actuación de un sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre personas o cosas, siendo suficiente, incluso, la incitación a cometer los actos o el reforzamiento de la decisión de llevarlos a cabo.

b) Tipificación de supuestos agravados en función de la mayor peligrosidad o del especial reproche que la conducta merece.

c) Inclusión de los supuestos de incitación y reforzamiento de la disposición a través de la difusión pública de mensajes o consignas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

d) Nueva configuración de los delitos de alteración grave de los servicios de telecomunicación o transporte, de modo que se sancionan conductas individuales y de participación plural, sin que en este último caso sea necesario el concierto previo.

e) Extensión del contenido del artículo 561, con la finalidad de incorporar la falsedad o simulación de situaciones de peligro que provoquen la intervención de los servicios sanitarios o de emergencia.

El tipo básico se describe en el artículo 557.1, en cuya virtud se sanciona a *“Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o las cosas, o amenazando a otras con llevarlas a cabo”*. La nueva redacción prescinde de dos aspectos incluidos el vigente artículo 557.1. En primer lugar, basta con que concurra una pluralidad de personas en la realización de los hechos, siendo indiferente que éstos se lleven a cabo por quienes actúen en grupo o individualmente, siempre que, en el segundo caso, obren bajo el amparo del grupo al que se refiere el tipo.

Desaparece el elemento subjetivo del injusto, habida cuenta que la nueva redacción sólo contempla la alteración de la paz pública como una consecuencia de la acción del sujeto o sujetos activos, pero sin que sea necesario que los intervinientes actúen guiados por ese designio, a diferencia de lo establecido en el vigente artículo 557.1. En cuanto al resultado, basta con que se materialicen actos de violencia sobre las personas o cosas, o la amenaza de realizar tales actos, sin necesidad que de ellos deriven lesiones o daños. La inclusión de las amenazas confiere un excesivo alcance al tipo que, al menos, debería matizarse mediante la adición del término “graves.”



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La invasión de los edificios o instalaciones a que se refiere el vigente artículo 557.1 pasa a ser regulada con otra redacción, en el artículo 557 ter, mientras que la obstaculización de vías públicas o accesos a las mismas, creando un peligro para los que por ella circulen, deja de estar tipificada expresamente, circunstancia ésta sobre la que la Exposición de Motivos no ofrece razón alguna, sin que tampoco se atisbe cual puede ser el motivo que da lugar a esta supresión.

El número dos castiga la incitación a realizar estas conductas o el simple refuerzo de la disposición de los terceros a llevarlas a cabo. La inclusión de estos comportamientos supone una alteración del régimen general estatuido en el Código Penal, habida cuenta que la incitación no acompañada de la ejecución del hecho sólo es punible, como modalidad de provocación, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 cuando se lleve a cabo por medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas. Más llamativo resulta lo que se denomina refuerzo de la disposición a realizar el delito pues esta modalidad no se encuentra regulada en los artículos 17 y 18 del Código Penal.

A la vista de lo expuesto, cabe colegir que las medidas proyectadas conducen a una excesiva ampliación del ámbito de aplicación del Derecho penal en esta materia, habida cuenta que a través de la modalidad de la provocación a que se ha hecho mención, o bien de la inducción a que se refiere el artículo 28.b), queda garantizada la adecuada protección del bien jurídico, sin necesidad de forzar la sistemática establecida en la parte general.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Pero, al margen de lo dicho, lo que carece de justificación aparente es el diferente tratamiento jurídico de la incitación o reforzamiento regulada en el artículo 559, pues se llega al extremo de tratar con mayor benevolencia comportamientos de gravedad superior. Según establece el artículo último citado, *“La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”*.

El supuesto enunciado no se refiere a la comisión de cualquier delito de alteración del orden público, sino a los supuestos agravados descritos en el artículo 557 bis. Además, la incitación o reforzamiento de la decisión de llevarlos a cabo requiere que el sujeto activo se sirva de medios cualificados, que obviamente favorecen un mayor grado de difusión. Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, es evidente que la conducta descrita en el artículo 559 es más grave que la contemplada en el artículo 557.2, pues como queda dicho la incitación o reforzamiento de la voluntad de terceros se proyecta sobre una alteración del orden público agravada por la utilización de medios potencialmente peligrosos o por el especial desvalor de las circunstancias concurrentes. En conclusión, unos hechos de mayor entidad son objeto de una punición menos severa, lo que de por sí ya constituye un contrasentido.

El artículo 557 bis establece una penalidad superior para los supuestos agravados que se detallan en los ordinales primero a quinto. Sobre este particular, cumple decir que todos los casos incluidos



justifican un reproche penal de mayor entidad, por lo cual no se formulan objeciones de fondo.

El artículo 557 ter castiga a *“Los que actuando en grupo invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de su actividad normal”*. Como ya hemos puesto de relieve, el tipo descrito reproduce en parte una de las modalidades consignadas en el vigente artículo 557.1. El prelegislador ha optado por sancionar de manera autónoma la modalidad de acceso a edificios, sin incluir las instalaciones a que se refiere el vigente artículo 557.1. Para que el delito se produzca, es necesario que el acceso a los lugares que cita el precepto se lleve a cabo contra la voluntad de su titular. De cara a despejar dudas interpretativas, sería preferible sustituir la palabra “contra” por el vocablo “sin”.

También resulta preciso que a consecuencia de la invasión o acceso in consentido se cause una perturbación relevante a la actividad normal, resultado que es parificable a la alteración de la paz pública mencionada en el artículo 557.1. Llama la atención que el precepto solamente haga referencia a la actuación grupal y omita la actuación individual amparada en el grupo, pues ello implica una quiebra de la sistemática seguida en la redacción del artículo 557.1.

El número dos del artículo prevé una penalidad agravada, que será de aplicación cuando concurren los supuestos 1º, 3º, 4º o 5º del artículo 557 bis. No se tiene en cuenta, a estos efectos, el ordinal segundo del precepto indicado, que es, precisamente, el que mayor peligro potencial encierra (el acto de violencia que resulte



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causara lesiones graves, incluidos los supuestos de lanzamientos de objetos contundentes, líquidos inflamables, el incendio o la utilización de explosivos).

El artículo 559 del Código Penal ya ha sido analizado en un apartado anterior. Respecto de su contenido únicamente se sugiere reflexionar sobre la conveniencia de criminalizar los denominados actos de reforzamiento de la decisión previamente adoptada por terceros.

El artículo 560 bis sanciona a *“Quienes actuando individualmente o mediante la acción concurrente de otros interrumpen el funcionamiento de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público y alteren con ello de forma grave la prestación normal del servicio”*.

El número uno del vigente artículo 560 sanciona de causación de daños que interrumpen, obstaculicen destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal. Por ello, la aplicación del artículo 560 bis quedará reservada para aquellos casos en que la interrupción de los servicios de telecomunicaciones se lleve a cabo sin causar desperfectos, al igual que cuando tal acción se proyecte sobre los medios de transporte público y, en ambos casos, se produzca una alteración grave de la prestación normal del servicio.

El artículo 561 ve modificada sustancialmente la redacción. Dicho precepto castiga a *“Quien falsamente simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento”*. Como se observa, mientras el vigente artículo sanciona el anuncio mendaz de explosivos u otros



productos nocivos para la salud, sin mayores connotaciones, el proyectado artículo castiga la simulación de una situación de peligro comunitario o la concurrencia de un siniestro que demande la prestación de un servicio de los que expresamente se citan. Respecto de este artículo se sugieren dos modificaciones. Suprimir el adverbio “falsamente”, habida cuenta que el término “simular” implica que la situación que se anuncia es fingida y, en segundo lugar suprimir la palabra “siniestro” por el vocablo “hecho” que confiere una mayor amplitud al precepto.

c. Delitos de terrorismo:

La modificación operada en el artículo 572.2 tiene por objeto dar cabida a la PPR, de manera que la causación de la muerte de una persona se castigará con la pena indicada, en vez de prisión de veinte a treinta años

17. DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

a. Delitos contra el Derecho de gentes.

La modificación del artículo 605.1 tiene por objeto sustituir la pena vigente por la de PPR, de manera que dicha pena será aplicable al autor de la muerte de un jefe de Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un tratado que se halle en España. El delito enunciado en el artículo objeto de cita es de naturaleza pluriofensiva, pues junto a la protección de la vida humana también se protege, especialmente, la representación que los sujetos pasivos ostentan respecto de un Estado extranjero. No obstante, si bien es adecuado mantener una penalidad elevada para este tipo de supuestos e, incluso, equiparar la punición de la muerte de un Jefe de Estado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

extranjero a la establecida para el regicidio, se antoja excesivo sancionar con PPR la muerte de las personas internacionalmente protegidas por un tratado (por ejemplo, diplomáticos, miembros de su familia y representantes consulares) por lo cual, se aconseja mantener las penas vigentes para estos casos.

b. Delitos de genocidio y lesa humanidad.

La modificación operada en los artículos 607 y 607 bis pretende dar cabida a la PPR en determinados supuestos. Concretamente, la causación de muerte y la realización de las agresiones sexuales y los resultados lesivos previstos en los ordinales primer y segundo del artículo 607 respectivamente, pasan a ser sancionados con dicha pena. Aunque en la actualidad ambas infracciones se castigan con la misma pena –prisión de quince a veinte años- sería más proporcionado reservar la PPR exclusivamente para el caso del homicidio cometido con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes.

VI.

OTRAS DISPOSICIONES

I. Disposiciones Adicionales.

El contenido de la Disposición adicional primera es consecuencia directa de la modificación operada en el artículo 25. Los términos “incapaz” e “incapaces” se sustituyen por “persona o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, mientras que la palabra “minusvalía” debe entenderse sustituida por “discapacidad”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

La Disposición Adicional Segunda establece el procedimiento para la autorización judicial de la esterilización de personas que no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo 1 del artículo 156 del Código Penal.

En la regulación vigente, la autorización solo podrá concederse respecto de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica, disponiéndose que la decisión deberá adoptarse bien en el procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción civil, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio fiscal y previa exploración del menor, indicándose que la decisión se adoptará tomando como criterio rector el del mayor interés del incapaz.

Con la reforma será necesaria autorización para la esterilización de persona que no pueda prestar en modo alguno el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido al que se refiere el párrafo primero del artículo 156 CP. La mención de la Disposición Adicional Segunda al procedimiento de modificación de la capacidad, apunta a la necesidad de que esa persona carente absolutamente de aptitud para consentir sea declarada incapaz.

La novedad no está tanto de procedimiento, pues en la regulación actual y en la del anteproyecto son procedimientos similares, sino en los criterios rectores de la autorización de la esterilización. Mientras que en texto vigente el criterio es “*el mayor interés del incapaz*”, en la reforma



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

se indica que han de tratarse de “*supuestos excepcionales en los que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvar el prevalente*”, introduciéndose de este modo un sistema mucho más restrictivo, que previsiblemente va a cerrar buena parte de las posibilidades de esterilización que se ofrecen ahora. Estimándose más adecuados los criterios actuales, que buscan la protección del mayor interés del incapaz partiendo del reconocimiento de su derecho a la sexualidad y la realidad de la misma en las personas incapaces.

II. Disposiciones Transitorias.

La Disposición transitoria Primera y Segunda y Tercera son trasunto de las Disposiciones Transitorias de la misma numeración contenidas en la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, en cuya virtud se llevó a cabo la última reforma de Código Penal, salvo la supresión de la audiencia al reo de cara a la determinación de la ley penal más favorable en el tiempo

Como refleja la STS de fecha 19/7/2012 (Pte Sr. Soriano) el Tribunal Supremo no se ha decantado definitivamente por una línea interpretativa uniforme sobre el contenido y alcance del segundo párrafo del número uno de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010, y sobre la posibilidad de excepcionar su aplicación literal en algunos supuestos. No obstante el comentario efectuado, no se formulan reparos a la regulación proyectada, salvo en lo relativo a la omisión de la audiencia al reo que, sin embargo, sí está prevista en el número tres de la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica.

Tal omisión es de singular relevancia, habida cuenta que como así lo reconoce la STS de fecha 16/11/1999 (Pte Sr. Conde-Pumpido),



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“(…) La intervención de la persona condenada en el proceso de decisión sobre la normativa penal más favorable no constituye sólo una intervención formal, ya que el hecho de prescindir de aquella implica una situación de indefensión en la medida en que no ha podido efectuar alegación alguna sobre el contenido de lo resuelto. Por tanto, debería contemplarse expresamente la concesión al reo de un trámite de audiencia, con carácter previo a dilucidar cual es la ley penal más favorable (…)”.

La Disposición Transitoria Cuarta versa sobre la instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves, según reza la rúbrica con que la encabeza. En el último párrafo de la Exposición de Motivos se explicita la razón de ser de esta Disposición, hasta en tanto no se reforme la vigente Lecrim. Según se indica *“(…) 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniendo los Juzgados de Instrucción competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos (…)”.*

Conforme al postulado transcrito, el primer párrafo de la citada Disposición establece que *“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, 171.1, 172.3, 234.2, 249, 263, 274.2 párrafo 2º y 270.1 párrafo segundo tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”.* La primera observación que se formula concierne a la inclusión en ese listado del delito previsto en el artículo 147.2, habida cuenta que, como a continuación se explicita, la infracción enunciada no es de carácter leve.

La pena asignada al delito de lesiones de menor gravedad (artículo 147.2) es de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

meses. Si la única pena imponible fuera la de multa el delito a que se ha hecho mención sí sería venial, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 13.4, al ser un mes el suelo de la pena pecuniaria la infracción ha de ser reputada leve, aunque el techo de la misma exceda de dos meses, que es el límite previsto en el artículo 33 para las penas leves. Sin embargo, como el tipo también recoge alternativamente la pena de prisión de tres a seis meses, dicha pena es de naturaleza menos grave, sea cual fuere la extensión que se tome como referencia, pues así lo prevé el artículo 33.3 a) del vigente Código Penal. Otro tanto cabe decir de los delitos enunciados en el párrafo segundo de los artículos 274.2 y 270.1, ya que para ambas infracciones se contempla, con carácter alternativo, la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Esta modalidad ha sido eliminada del catálogo de penas leves y, así, en atención a la duración prevista en el artículo 40.4 (treinta y un días a un año) su naturaleza es la de pena menos grave.

Por tanto, la primera recomendación que se formula aboga por la supresión, dentro del párrafo primero de la Disposición Transitoria analizada, de los delitos a que se ha hecho mención, para así evitar el contrasentido que supone su consideración como infracciones veniales, pese a ser sancionados con unas penas alternativas que, cualquiera que sea su extensión, son de naturaleza menos grave.

En este punto, el Anteproyecto extravagante sistemática seguida por el Anteproyecto en este punto. Como se indica en la Exposición de Motivos, el prelegislador reserva la consideración de falta, a efectos procesales, a los delitos leves de frecuente comisión; ello implica que el resto de delitos leves detallados en la relación compendiada en las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

páginas 14 y 15 de la MAIN no se sustanciarán mediante la regulación prevista para las faltas, sino de acuerdo con lo establecido por la norma procesal para los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o con penas de distinta naturaleza cualquiera que sea su cuantía o duración, es decir, bajo los auspicios del procedimiento abreviado regulado en los artículos 757 y siguientes de la Lecrim, o en su caso, conforme al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos a que se refieren los artículos 795 y siguientes.

Tal medida supone conferir un tratamiento procesal heterogéneo a infracciones de igual naturaleza sustantiva. Ello comporta una alteración de los postulados seguidos por la normativa procesal vigente, pues el único criterio que ha guiado al prelegislador para establecer tal diferenciación es la frecuente comisión de las infracciones que se detallan en el párrafo primero. El mantenimiento de ese criterio daría lugar a situaciones verdaderamente paradójicas, ya que el Juez de Instrucción enjuiciaría delitos leves cuya pena podría alcanzar seis meses de prisión, sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad o seis meses de multa, mientras que, por ejemplo, el delito leve previsto en el artículo 254 (apropiación indebida residual), sancionado con pena de uno a dos meses de multa, deberá sustanciarse conforme a las pautas establecidas para el procedimiento abreviado o, en su caso, para el procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos.

Tal situación carece de justificación; de hecho, la Exposición no refleja las razones que justifican tal medida. Por ello, en este informe se propugna mantener un régimen procesal uniforme para las infracciones de naturaleza leve, de manera que todas ellas sean sustanciadas, hasta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

en tanto entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, por los trámites previstos para el juicio de faltas.

Las objeciones formuladas respecto del mandato establecido en el párrafo primero son extrapolables al párrafo segundo, en tanto que la competencia que actualmente se atribuye a los Juzgados de Paz, de Instrucción y de Violencia sobre la Mujer, conforme a lo previsto en los números un y cinco del artículo 14 de la Lecrim, solamente se mantiene para los delitos leves recogidos en el párrafo primero. Ello implica que el resto de delitos veniales serán conocidos, según dispone el artículo 14.3 de la Lecrim, por el Juez de lo Penal. Nuevamente, debe ponerse de relieve la insólita situación a que aboca el mandato recogido en el párrafo segundo, pues el órgano judicial último citado sería competente para enjuiciar el delito leve previsto en el artículo 254, mientras que otras infracciones cuya pena es notablemente superior, tanto cuantitativa como cualitativamente, serían enjuiciadas por el Juez de Instrucción.

Ítem más, el delito leve de amenazas previsto en el artículo 171.7, cuya pena es de uno a tres meses de multa, sería enjuiciado por el Juez de Paz quien, por tanto, queda habilitado para enjuiciar infracciones sancionadas con penas de mayor gravedad cuantitativa que algunas de las que competiría conocer al Juez de lo Penal.

El último párrafo del precepto establece que *“Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme a lo previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adoptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario”*. La primera parte del mandato no es más que una reiteración de lo establecido en los párrafos anteriores. Sin



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

embargo, el último inciso no resulta de fácil comprensión, habida cuenta que la adaptación de los preceptos de la Lecrim a la reforma propiciada por el Anteproyecto sólo puede tener lugar mediante la oportuna modificación de la citada Ley.

La Disposición Transitoria Quinta tiene por objeto determinar el régimen jurídico aplicable a los juicios de faltas en tramitación, una vez entre en vigor la proyectada reforma. En el número primero se establece que si las faltas en tramitación fueran susceptibles de ser tipificadas como delitos leves, continuarán sustanciándose por el procedimiento previsto para las faltas. Tal medida no merece reparos, pero corrobora las consideraciones anteriormente formuladas en pos de un régimen jurídico unitario para todos los delitos leves.

En el número dos se establece un régimen jurídico singular para los procesos iniciados por falta, que tras la entrada en vigor de la proyectada reforma queden despenalizados o sujetos al requisito de denuncia previa. Dicho régimen es exactamente el mismo que el que en su día, estatuyó la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización de Código Penal.

La Disposición Transitoria Sexta prevé la aplicación de lo establecido en el artículo 367.1 ter de la Lecrim, para la destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que se encuentren bajo custodia de las autoridades administrativas a la entrada en vigor de la reforma. Dicho precepto es objeto de modificación por número primero de la Disposición Final Primera que, en concreto afecta al segundo inciso del citado artículo, el cual pasa a ser regulado en un párrafo separado con el siguiente tenor: *“Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la autoridad administrativa*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

bajo cuya custodia se encuentre, una vez realizados los informes analíticos pertinentes, asegurada la conservación de las muestras mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, y previa comunicación al Juez Instructor, procederá a su inmediata destrucción si, transcurrido el plazo de un mes desde que se efectuó aquélla, la autoridad judicial no hubiera ordenado mediante resolución motivada la conservación íntegra de dichas sustancias. En todo caso, lo conservado se custodiará siempre a disposición del órgano judicial competente”.

El principal cambio que se introduce atañe a la autoridad administrativa, quien podrá acordar “motu proprio” la destrucción de las sustancias incautadas conforme a los siguientes requisitos:

- a) Que asegure la conservación de las muestras imprescindibles para ulteriores investigaciones y comprobaciones.
- b) Que la destrucción inmediata sea comunicada previamente a la Autoridad judicial.
- c) Que el Juez Instructor no haya ordenado, motivadamente, la conservación íntegra de tales sustancias.

El régimen jurídico al que se ha hecho mención es diferente del previsto en el Acuerdo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios por el que se establece el Protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 3/10/2012, en cuyo apartado cinco se fijan las pautas a seguir de cara a la destrucción de las sustancias referidas, entre las cuales figura la expresa autorización



judicial, tanto para la destrucción del alijo, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, como para la eliminación de las muestras o parte alícuota conservada, una vez haya finalizado el procedimiento. Por ello, se recomienda adecuar el texto del artículo 367. 1 ter de la Lecrim al marco de actuación previsto en el citado convenio.

La Disposición Transitoria Séptima concierne al procedimiento para acordar el comiso sin condena penal (artículo 127 ter), hasta en tanto entre en vigor la nueva Lecrim. La competencia se atribuye al Juez o Tribunal de enjuiciamiento, mientras que el procedimiento contradictorio que se prevé para la eventual adopción del comiso es el juicio verbal regulado en la LEC, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del Título V del Libro II de la Ley última citada, en lo que proceda.

III. Disposición Derogatoria Única

Expresamente se derogan los artículos 89, 295, 299, 552, 555 y 607.2, amén del Libro III relativo a las faltas, y cuantas disposiciones se opongan a la reforma

IV. Disposiciones Finales.

El ordinal segundo de la citada Disposición Final Primera incorpora un nuevo párrafo al artículo 990 de la Lecrim, especialmente previsto para los delitos contra la Hacienda Pública, contrabando y contra la Seguridad Social. A tal fin, los órganos de recaudación de la Administración Tributaria o de la Seguridad Social tendrán competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda resultar afecto al pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito, ejercer las facultades previstas en la legislación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

tributaria o de Seguridad Social, remitir informes sobre la situación patrimonial, así como poner en conocimiento del Juez o Tribunal las modificaciones de las circunstancias que puedan llegar a tener conocimiento y que sean relevantes para que el Juez o Tribunal resuelva sobre la ejecución de la pena, su suspensión o la revocación de la misma.

El añadido que se proyecta incluir en el artículo referido se halla estrechamente vinculado con lo dispuesto en la Disposición Adicional decimonovena de la Ley General Tributaria, según redacción dada por la Ley 7/2012 de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en prevención y lucha contra el fraude. No obstante, la citada Disposición Adicional se refiere al delito contra la Hacienda Pública, mas no a los delitos de contrabando y contra la Seguridad Social. Asimismo, la reiterada Disposición Adicional vincula la investigación al patrimonio que pudiera resultar afecto al pago de cuantías pecuniarias asociadas al delito, y no solamente al pago de las responsabilidades civiles. Las discordancias detectadas deberían ser subsanadas.

Finalmente, se sugiere una redacción más precisa del último inciso, para que quede perfectamente clara que las *“modificaciones de las circunstancias de que puedan tener conocimiento”* se refieren exclusivamente al patrimonio afecto al pago de las responsabilidades derivadas de la comisión del delito.

La Disposición Final Segunda afecta a la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal Jurídico, en cuya virtud se elimina del ámbito



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de dicha norma el supuesto regulado en la letra e) de los números y no y dos del artículo primero, de manera que el delito de incendio forestal queda excluido del ámbito del enjuiciamiento del Tribunal del Jurado. Tal medida es plausible dada la complejidad probatoria que, en ocasiones, presenta esta clase de delitos.

La Disposición final tercera prevé la entrada en vigor de la reforma a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado. A modo de comentario final, respecto de este apartado del informe, se apunta la conveniencia de mantener un régimen uniforme de mayúsculas y minúsculas respecto de las Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales.

VII

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el primer párrafo de la Exposición de Motivos se recoge que la principal finalidad de la reforma consiste en dotar a la Administración de justicia de un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles y que, además, sean percibidas por la sociedad como justas. Este Consejo no comparte, en modo alguno, tal argumento.

La función primordial de los Jueces y Magistrados consiste en la interpretación y aplicación de la Ley al caso concreto. Por ello, difícilmente cabe poner reparos a la previsibilidad de las resoluciones judiciales, ya que aquéllos son ajenos a la creación normativa. Tampoco procede dejar entrever que las resoluciones judiciales son



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

consideradas injustas por la ciudadanía, habida cuenta que la sociedad española ha alcanzado un grado de madurez y discernimiento tal, que le habilita para comprender perfectamente cuál es el cometido judicial por excelencia, y que es al poder legislativo a quien corresponde modificar la normativa penal.

Por tanto, si el prelegislador considera conveniente, por razones de política criminal, introducir la Prisión Permanente Revisable en el catálogo de penas privativas de libertad, reformar el actual sistema de medidas de seguridad y modificar el régimen jurídico establecido para la continuidad delictiva, debería limitarse a dejar constancia de las razones de oportunidad que le han llevado a proyectar tales medidas, sin ampararse en el pretexto de mejora del funcionamiento e imagen de la Administración de justicia, institución esta que, por otra parte, precisa de otro tipo de reformas que, sin menoscabo de los derechos de los ciudadanos, agilicen la sobrecarga que gravita sobre numerosos órganos judiciales.

SEGUNDA. Una de las principales novedades contenidas en el Anteproyecto es la introducción de la Prisión Permanente Revisable. Aunque la pena de prisión a perpetuidad en sus diferentes modalidades no ha sido ajena a nuestro Derecho penal histórico, lo cierto es que ninguno de los Códigos Penales alumbrados durante el fenecido siglo XX -entre ellos los Códigos de 1928 y 1944, ambos nacidos en un contexto político autoritario- incluyeron la prisión perpetua dentro del elenco de penas privativas de libertad.

TERCERA. En diferentes sentencias relacionadas con el procedimiento de extradición, el Tribunal Constitucional no puso reparos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

a la entrega al Estado requirente con motivo de la eventual aplicación de de la prisión perpetua revisable, prevista como pena por algunos Estados, todo ello de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia.

Sin embargo, a juicio de este Consejo resulta cuanto menos dudoso que una privación de libertad potencialmente perpetua sea conciliable, en un ámbito estrictamente interno, con la reinserción contemplada en el artículo 25.2 de la Constitución. Las penas privativas de libertad de carácter temporal no excluyen el reingreso del penado al entorno social, por muy extensa que sea su duración -salvo por el fallecimiento de este último- pues en el peor de los escenarios posibles, es decir cuando el penado no obtenga beneficios que supongan un acortamiento de la condena, al menos alcanzaría la libertad finalizada la duración de la pena fijada en sentencia, o dicho con otras palabras, se reinsertaría en la sociedad una vez finiquitada la sanción impuesta, lo cual no tendría lugar cuando se le aplicara la Prisión Permanente Revisable.

Sin perjuicio del pronunciamiento que el supremo intérprete de la Constitución pueda adoptar en el futuro sobre este aspecto, resulta particularmente ilustrativo el aserto plasmado en el apartado V la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, en virtud del cual se consideró necesario establecer, como salvaguardia del artículo 25.2 de la Constitución, que las penas impuestas por la Corte Penal Internacional no excedieran de la máxima admitida por nuestra legislación, a efectos del cumplimiento de tales penas en España. Ello evidencia que, según criterio del entonces legislador, la reclusión a perpetuidad prevista en el catálogo de penas recogido en el Estatuto de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la Corte Penal Internacional no se consideró compatible con el artículo citado de la Carta Magna.

CUARTA.- En los artículos 36.3 y 78 bis 3 se recogen las singularidades de la PPR para el delito de naturaleza terrorista, las cuales afectan al disfrute de permisos de salida, progresión al tercer grado y la concesión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

La diferenciación cualitativa que contempla el vigente Código Penal es discutible, principalmente si se tiene en cuenta que la progresión al tercer grado no es más que la consecuencia de la favorable evolución del tratamiento penitenciario. Ahora bien, si además se establece un tiempo de prisión efectiva superior para una modalidad delictiva sancionada con la misma pena que las restantes, lo que presupone que su gravedad es equiparable, la diferenciación establecida por el Anteproyecto denota que el principal propósito de la medida no es otro que el de endurecer el régimen de cumplimiento, teniendo en cuenta, exclusivamente, la tipología del delito. Por ello, debería reflexionarse sobre la conveniencia de establecer un régimen diferenciado sobre la base exclusiva de la singularidad del delito cometido, pues no cabe olvidar que el régimen jurídico establecido en el artículo 36.3 y 78 bis es aplicable, únicamente, a los comportamientos castigados con PPR.

QUINTA.- El número tres del artículo 77 articula una regla especial para la determinación de la pena aplicable en casos de concurso medial, la cual deberá ser *“superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no podrá exceder de la suma de las penas concreta que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66”.

La alusión a “*una pena superior*”, ello no significa que el Juez este obligado a imponer una pena superior en grado o en la mitad superior de la correspondiente a la infracción más grave, pues la interpretación que se antoja más plausible, teniendo en cuenta la literalidad del precepto, es la siguiente: tras la individualización de la pena correspondiente a la infracción más grave, ésta deberá elevarse, siquiera sea en su mínima expresión, sin quebrantar las reglas penológicas plasmadas en el artículo 66, ni superar la suma de las penas aplicables a cada delito.

Formulada en esos términos, la novedad que se pretende estatuir no acarrea necesariamente una mayor penalidad para el concurso medial, pues puede llegar a ser sancionado con una penalidad inferior que la prevista para el concurso ideal. Estas consideraciones abogan a favor de reflexionar sobre la bondad de la medida planteada por el prelegislador, sobre todo si se tiene en cuenta que, históricamente, nuestro Derecho penal ha tratado de manera uniforme los supuestos de concurso ideal y medial. Por ello, si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones

SEXTA.- Según se indica en la Exposición de motivos, una de las finalidades perseguidas mediante la reforma del artículo 74.1 es la de garantizar que la pluralidad de acciones delictivas, que es ínsita al delito continuado, conlleve una efectiva agravación de la pena. Sin embargo,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la regla penológica que se recoge en el texto articulado, a saber: “(...) *Será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratase de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio*” no implica necesariamente un incremento del reproche penal previsto actualmente, sino que posibilita un mayor grado de discrecionalidad en la fijación de la pena, ya que los únicos límites que constriñen el arbitrio judicial consisten en la superación, siquiera sea en su más exigua expresión, de la pena mínima aplicable a la infracción más grave, y, por otro lado, que la pena finalmente impuesta no exceda de la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos que integran la continuidad.

El incremento de la discrecionalidad a que se hecho mención puede dar lugar a que, sin exceder del marco legal configurado, la aplicación de la regla penológica explicitada en el artículo 74.1 conlleve un trato penal más benigno del que se dispensa hogaño, lo que es contrario al propósito manifestado por el prelegislador, o que la punición sea equivalente a la suma de las infracciones, lo que implicaría, de hecho, ignorar la naturaleza continuada de la infracción. La anterior consideración es extensiva, en lo esencial, al régimen jurídico que se prevé para en concurso medial en el artículo 77.3

SÉPTIMA.- Se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional, que pasa a ser considerada como una modalidad de la suspensión de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, se anuncia el establecimiento de un sistema de suspensión única en el que se integran como modalidades, la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad, la suspensión sustitutiva, la suspensión de la pena del sujeto drogodependiente que ha cometido el delito por su adicción a las drogas o sustancias tóxicas y se ha sometido a tratamiento de rehabilitación y la suspensión por enfermedad muy grave.

La pretensión de crear un sistema de suspensión de pena privativa de libertad único, resolviendo en una sola ocasión sobre la suspensión, parece adecuada y merece un juicio positivo. Pero la misma queda en un simple desideratum al no tener un posterior reflejo en el articulado, de manera que con la reforma sigue siendo posible que, denegada o concedida y revocada una clase de suspensión de la pena, se solicite y pueda obtenerse, otra modalidad de suspensión de pena.

Por ello se sugiere se concrete con mayor precisión la consideración de que se trata de un régimen de suspensión único y las consecuencia de ello.

OCTAVA.- Se prevé, con acierto, que la suspensión de la ejecución de la pena se acuerde en sentencia siempre que sea posible, difiriéndose en otro caso a ejecución mediante resolución motivada.

NOVENA.- Se ha suprimido toda referencia al incidente a seguir para acordar sobre la suspensión de la ejecución de la pena, su duración, prohibiciones, obligaciones y deberes inherentes a ella y su modificación. Se hace necesaria la articulación de un trámite en el que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

sea oído el penado y su abogado, el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras si las hubiere.

DÉCIMA.- En relación con la suspensión ordinaria de la ejecución de penas privativas de libertad, se considera positivo el régimen del cumplimiento de la responsabilidad civil, que sigue siendo un requisito necesario de la suspensión. Pero en el momento de la decisión sobre la suspensión, es bastante el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica. En coherencia, se establece como causa de revocación de la suspensión, el incumplimiento de ese compromiso de pago teniendo capacidad económica para ello, o la información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado y la facilitación de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

Sin perjuicio de esta valoración favorable, parece que sería preciso fijar la previsión temporal relativa al plazo en que el compromiso de pago haya de ser cumplido.

UNDÉCIMA.- No resulta adecuada la eliminación del parámetro de la peligrosidad del penado como criterio rector de la suspensión de la ejecución de la pena y el correlativa establecimiento como criterio de decisión de la “personalidad” del penado, término que sugiere un Derecho penal de autor en el que se atiende a conducta de vida o personalidades conflictivas. Por ello, se sugiere se sustituya por la referencia a “las circunstancias personales”, como así se dice expresamente en la suspensión sustitutiva regulada en el artículo 80.3 Código Penal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Sería asimismo conveniente que se concretara que la primariedad delictiva del penado ha de referirse al momento de comisión del delito cuya pena se trata de suspender.

DUODÉCIMA.- Se encuentra adecuado el tratamiento de la sustitución de la pena privativa de libertad como supuesto de suspensión, si bien considera que: 1) No existe razón para excluir de esta modalidad de suspensión otras penas privativas de libertad distintas a la prisión. 2) La referencia de los criterios de decisión de la suspensión sustitutoria en la forma que viene establecida es fútil por cuanto que reitera lo de la suspensión en general, de manera que o bien debería suprimirse o bien, en su caso, establecerse los criterios diferentes a considerara para la decisión sobre esta modalidad de suspensión. 3) La discrecionalidad judicial que patrocina el texto del anteproyecto en sede de la determinación de las medidas sustitutivas es excesiva y puede conducir a resultados inadmisibles. Por ello debería introducirse criterios ciertos y seguros de conversión que impidan situaciones indeseables por una praxis desacertada. 4) Deberá establecerse la exigencia del consentimiento previo como condición de la medida de trabajos en beneficio de la comunidad. 5) Sería aconsejable eliminar del catálogo de medidas sustitutorias la de multa cuando se trata de un delito relacionado con la violencia de género si la víctima carece de una suficiente autonomía económica.

DÉCIMO TERCERA.- Al regularse las prohibiciones, obligaciones y medidas de la suspensión de la pena se omite la que es inherente al instituto de la suspensión: que el penado no cometa un delito en el plazo de la suspensión; lo que consideramos debe ser subsanado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

En cuanto a las prohibiciones que se regulan, puede destacarse:

1º) La prohibición de residir en un determinado lugar amplía en exceso el contenido de la pena del privación del derecho a residir del art. 48 CP, que tiene una base objetiva, frente a las referencias subjetivas del art. 83.4ª CP. 2º) El deber de participar en programas de deshabituación de consumo de drogas tóxicas debe adecuarse a la legislación sanitaria, no siendo posible su imposición sin el consentimiento informado del penado. 3º) Resulta desafortunada la supresión de “otras personas” como sujetos pasivos de la prohibición de aproximación: 4º) No se comprende la razón de no incluir los delitos de homicidio cuando la víctima sea la mujer cónyuge o ex cónyuge o persona con análoga relación dentro de los delitos que, en cuanto a relacionados con la violencia de género, exigen unos deberes, obligaciones y medidas de obligada imposición.

DÉCIMO CUARTA.- El artículo 85 CP introduce la posibilidad de modificar las prohibiciones, obligaciones y medidas durante el plazo de la suspensión, a la vista de una modificación de las circunstancias valoradas para la suspensión. Precepto que tendría que ser modificado, en el sentido de que solo se podrán modificar para suprimir las obligaciones, prohibiciones y medidas impuestos o sustituirlos por unos menos gravosos, pero no para agravarlos.

DÉCIMO QUINTA.- El artículo 87.3 del CP establece como supuesto de revocación de suspensión que “*el penado hubiera sido condenando con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por delito cometido con anterioridad a la misma*”, lo que resulta distorsionador y no resulta aceptable, por cuanto que esa condena no afecta a la primariedad delictiva del penado ni constituye un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

incumplimiento de las condiciones que le fueron impuestas con la suspensión.

DÉCIMO SEXTA.- La sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español se extiende a todos los extranjeros, con independencia de que su situación sea regular o irregular, decisión que en principio no encuentra objeción legal, si bien debería adecuarse a regulación del art. 57.2 de la LOEx y excluir de tal posibilidad las condenas por delitos dolosos.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Resulta adecuada la instauración del sistema anterior a la LO 11/2003, dejando al Juez o Tribunal sentenciador la decisión sobre la expulsión sustitutiva en atención a las circunstancias personales del penado, en particular su arraigo, y las del hecho, previa audiencia del penado, tal como exige el Tribunal Constitucional.

No se encuentra acertado, por el contrario, la omisión de audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, por lo que debería regularse un trámite para su intervención.

DÉCIMO OCTAVA.- La libertad condicional se regula como suspensión de la ejecución de parte de la pena, por un periodo que ha de ser superior al tiempo de pena que falta por cumplir. No se establece con claridad el órgano competente para la decisión: si es el Juez de Vigilancia Penitenciaria la que se refiere el inciso primero del art. 90.1 CP o si es el Juez o Tribunal sentenciador como se dice en el resto del precepto y de los artículos reguladores de la libertad condicional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Debiendo aclararse esta cuestión, considerando este Consejo que ha de hacerse a favor del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

DÉCIMO NOVENA.- La reforma introduce dos supuestos privilegiados de libertad condicional, que, en el caso de delincuentes primarios, podrá obtenerse con solo la mitad del cumplimiento de la pena.

VIGÉSIMO.- Salvo para los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, en los que el art. 92 CP establece que la libertad condicional tendrá una duración de cinco a diez años, en los demás casos no se establece el límite máximo de la suspensión de la ejecución del resto de la pena, limitándose a indicar –negativamente-que no podrá ser inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento; siendo necesario el establecimiento de un límite máximo claro.

VIGÉSIMO PRIMERA.- Se da una nueva regulación a las medidas de seguridad, suprimiendo el límite temporal de duración de las medidas del actual artículo 6.2 CP y dejando sometida la misma a la peligrosidad del sometido a ellas. La supresión de este límite no va acompañada de un procedimiento regulado para la adopción, control, modificación, suspensión o cese de la medida, cuya previsión resulta ineludible y esencial en las medidas de seguridad ilimitadas. Razón por la cual se reclama la fijación de un límite máximo.

Se suprime además, el sistema vicarial en los términos en los que viene regulado en el Código vigente. En el supuesto de internamiento en centro psiquiátrico o establecimiento de educación especial del



seminimputable por concurrir las eximentes incompletas del art. 20.1ª y 20.3ª CP la medida se abonará como cumplimiento de la pena hasta $\frac{3}{4}$ partes de la duración de la misma. Igual cumplimiento se prevé en el caso de que se haya acordado un internamiento para la deshabitación.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La medida de seguridad que suscita mayores recelos es la custodia de seguridad. Regulada como una medida privativa de libertad a cumplir por el imputable, tras el cumplimiento de la pena de prisión a la que haya sido condenado, en un establecimiento especial o, si es necesario o conveniente para favorecer su reinserción, en establecimiento penitenciario, con una duración máxima de diez años, siendo revisable cada dos años, sin que tampoco se establezca respecto de esta medida un procedimiento para acordar sobre su inicio, revisión, modificación o cese. Al cese de la custodia de seguridad, habrá de imponerse obligatoriamente la libertad vigilada, medida de seguridad que si bien no es privativa de libertad, sí puede implicar una importante limitación de derechos tales como el de libre residencia o circulación. Siendo destacable que esta libertad vigilada, subsiguiente a la custodia de seguridad, por el sistema de prórrogas que la reforma establece, puede tener un carácter ilimitado.

La medida resulta de una cuestionable inconstitucionalidad, como así lo han declarado el TEDH y el Tribunal Constitucional alemán, país de origen de esta medida. Al respecto, es especialmente significativa la ausencia de controles claros para su ejecución y seguimiento y el hecho de que su cumplimiento de la medida pueda hacerse en centro penitenciario, como si de una pena se tratase.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

VIGÉSIMO TERCERA.- Se amplían extraordinariamente los supuestos en que puede imponerse la medida de libertad vigilada a sujetos imputables; así como los deberes y prohibiciones que constituyen su contenido.

Además, se establece como medida de seguridad a imponer tras la finalización de otra medida de seguridad privativa de libertad, bien sea el internamiento en centro psiquiátrico, bien internamiento para la deshabitación, bien custodia de seguridad, respecto de la que ya hemos señalado, el carácter imperativo de su imposición.

VIGÉSIMO CUARTA.- La reforma procede a la unificación de las distintas regulaciones del actual Código Penal: el comiso de la parte general (art. 127 CP), el comiso del artículo 374 CP para los delitos de tráfico de drogas y el comiso del delito de blanqueo.

E introduce además importantes modificaciones optando por un comiso ampliado en el máxima extensión de la ofrecida por la Decisión Marco 2005/212/JAI, resultando un conjunto poco respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia

Se regula en el art. 127 bis el comiso ampliado de bienes respecto de los que se tiene indicios racionales que proceden de actividades delictivas similares, lo que va más allá de la mencionada Decisión marco que exige una prueba plena de que los bienes tienen esa procedencia.

Se establece la posibilidad de un comiso sin sentencia condenatoria en caso de fallecimiento del sospechoso o acusado, de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento o de su rebeldía. Posibilidad que contradice la naturaleza del comiso como consecuencia accesoria del delito, sometida al principio acusatorio, por lo que será exigible en todo caso, que exista ya una acusación y una petición en ese sentido.

Se establece el comiso de bienes de terceros, a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, siempre que se acredite que ese tercero conociera o pudiera haber conocido su ilícita procedencia. Resultando imprescindible que se permita la intervención de ese tercero en el proceso penal y se regule la condición en la que ha de comparecer en él, pues no es responsable civil ni el receptor civil a título de lucro.

Y finalmente, se establece la posibilidad de un nuevo comiso en ejecución de sentencia si el anterior no ha podido realizarse, lo que supone un desconocimiento de la naturaleza del comiso, consecuencia accesoria que debe ser fijada en sentencia.

VIGÉSIMO QUINTA.- En la regulación de la cancelación de los antecedentes penales se establecen unos plazos extraordinariamente largos para que esa cancelación de antecedentes tenga lugar, que van hasta los 25 años para los delitos de terrorismo, 20 años para los delitos dolosos de homicidio, o 50 años para la cancelación de antecedentes penales de la persona jurídica cuando se hubiere impuesto las penas de disolución o prohibición definitiva de actividades.

VIGÉSIMO SEXTA.- En relación al delito de asesinato, el artículo 139 CP introduce una nueva circunstancias que cualifica el asesinato:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”,
que no encuentra relación con las demás circunstancias del art, 139 CP.

Y se eleva la pena del delito a 25 años, estableciendo un amplísimo marco penal (15 años a 25 años), que hace ilusorio el principio de legalidad

En el artículo 140 CP se introducen unos supuestos de especial gravedad, castigados con la pena de prisión permanente, siendo destacables los problemas de *bis in idem* que plantean las circunstancias 1ª y 3ª.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- Se da una nueva regulación al delito de lesiones, configurándose en la reforma un tipo básico, uno atenuado y un delito de maltrato.

Se suprime la referencia al tratamiento médico o quirúrgico que en la actualidad diferencia la falta de lesiones del delito de lesiones, ateniéndose en la reforma para las lesiones leves a la menor entidad, atendidos los medios empleados o el resultado producido. Por lo que no desaparecerán los problemas de tipificación, que pivotarán sobre lo que haya de entenderse por “menor entidad”.

La gran novedad de la regulación de las lesiones se encuentra en la exigencia de denuncia previa para perseguir el delitos de lesiones de menor entidad y el de malos tratos, lo que resulta inaceptable en atención al bien jurídico protegido, significando un retroceso de lo que es la afirmación del monopolio estatal frente a la violencia, por lo que debería ser suprimida este requisito de procedibilidad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

VIGÉSIMO OCTAVA.- La nueva regulación del subtipo agravado de detención ilegal, al suprimir la referencia “*salvo que la haya dejado en libertad*” le confiere un carácter de delito de sospecha, cuya inconstitucionalidad por contrario al art. 24 CE ha sido declarado por el Tribunal Constitucional, siendo aconsejable la redacción del tipo en torno a la configuración del deber de garante del secuestrador respecto de su víctima, como explicamos en el informe.

Se eleva además notablemente la pena, equiparándola al del delito de homicidio. Y se introducen dos circunstancias de agravación, estableciéndose una pena de 15 a 20 años, planteando alguna de ellas problemas de taxatividad.

VIGÉSIMO NOVENA.- En el artículo 172 bis se introduce el delito de matrimonio forzoso, como un tipo específico del delito de coacciones.

Si bien la opción política criminal de la incriminación de los matrimonios forzosos es loable, su regulación adolece de algunas deficiencias, como la exigencia de la intimidación grave y la referencia en el tipo a las coacciones, lo que dejará fuera algunos supuesto de matrimonios forzosos. Además, este nuevo delito podrá jugar como tipo atenuado cuando hayan mediado amenazas condicionales.

TRIGÉSIMA.- En el artículo 172 ter se introduce el delito de acoso, que sanciona conductas acosadoras, caracterizadas por la intromisión en la vida de otro, que atentan contra la libertad de la persona, afectando gravemente a su desarrollo de su vida cotidiana.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Ha de valorarse positivamente la creación de este nuevo tipo que viene a colmar una laguna de impunidad que existe, pues mucha de esas conductas no podían ser sancionadas con los delitos de amenazas o coacciones, alterando gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima.

TRIGESIMOPRIMERA.- Se modifica el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP para adaptarlo a la Directiva 2011/36/UE, excluyendo de los medios comisivos, sin motivo alguno, “alojar”, que sí se sanciona en la actualidad e introduciendo la definición legal de “situación de necesidad o vulnerabilidad” que da la Directiva, y que resulta demasiado abstracta en sus términos.

TRIGESIMOSEGUNDA.- La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y corrupción de menores busca cumplir llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

En el artículo 182 CP, regulador del delito de abusos sexuales a menores mayores de 13 años y menores de 16 años, se introduce junto al engaño, el prevalimiento.

En los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años de edad, se modifica la descripción de la acción típica, que pasa a describirse como “actos de carácter sexual”, lo que resulta acertado. Y se introduce el comportamiento previsto en el art. 3.6 de la Directiva:



compeler mediante violencia o intimidación a un menor de trece años a participar en actos de naturaleza sexual de un tercero.

Asimismo se tipifican infracciones relacionadas con el abuso, castigando a los que al que con fines sexuales, haga presenciar a un menor de treces años actos de carácter sexual, agravando la sanción cuando los actos presenciados sean abusos sexuales, omitiéndose en este subtipo agravado la finalidad que ha de presidir la acción.

Y se tipifica en el artículo 183 ter.2 CP el delito de embaucamiento. El comportamiento tipificado se sitúa en el momento previo a la ejecución del delito planeado por el autor, que es el de producción de pornografía infantil. Caso de que se haya ido más allá en la realización y se haya obtenido el material pornográfico o las imágenes pornográficas en las que aparezca el menor, se consumaría el delito de producción de pornografía infantil del art. 189 CP, quedando absorbido el delito del 183 ter.2 CP por el delito principal. Precisamente por ser una fase previa a este delito y porque en la reforma se establece un supuesto de atipicidad de la producción de pornografía infantil para uso privado, es por lo que se considera que debía haberse regulado dentro de los delitos de producción de pornografía infantil.

TRIGESIMOTERCERA.- Se introduce la definición de pornografía infantil de la Directiva 2011/92/UE, en el número 1 del art. 189 CP, con una redacción difícil, poco técnica y cuidada, que sin duda dará lugar a problemas interpretativos en particular para diferenciar los supuestos de la letra b) y c), que resulta esencial para el artículo 189, al declararse la atipicidad de la producción y posesión de pornografía infantil para uso privado cuando se trate del material pornográfico al que se refiere la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que en su producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren las letras a) y b) del mismo.

TRIGESIMOCUARTA.- En el artículo 197.4 CP se introduce el nuevo delito de difusión in consentida de imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima en su domicilio o en especial fuera del alcance de la mirada de terceros.

El delito, que viene a llenar una laguna de impunidad existente en la actualidad, se configura como de tipo mixto alternativo (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparan en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o vídeos a terceros. Se trata como un delito de especial, por cuanto que solo podrá ser cometido por aquél a que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas con el consentimiento de la víctima.

TRIGESIMOQUINTA.- El artículo 235 bis 1.1º prevé la imposición de una pena de dos a cuatro años para el delito de hurto, cuando el autor u otro de los partícipes porte armas o medios peligrosos. Como es de ver, el prelegislador confiere al potencial peligro que acarrea el porte de armas o instrumentos peligrosos un desvalor desproporcionado a efectos penológicos, pues no debe pasar inadvertido que la mera llevanza de esos efectos no es perceptible para la víctima y, sobre todo, el desvalor del resultado no es equiparable al de la mayoría de los supuestos enunciados en el artículo 235, cuya penalidad es inferior.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Pero, al margen de la desproporcionalidad del subtipo en sí misma considerada, si se compara la penalidad resultante para la modalidad atenuada de robo con violencia e intimidación (artículo 242.4), con la que establece el artículo 235 bis, la desmesura a que se ha hecho mención es manifiesta, pues cuando la violencia o intimidación empleada en el robo sea de menor entidad la pena imponible sería inferior a la prevista en el citado artículo 235 bis, incluso si se utilizasen armas o medios peligrosos.

TRIGESIMOSEXTA.- La equiparación penológica entre el simple porte de armas o medios peligrosos y su utilización efectiva, en el contexto del robo con violencia o intimidación a que se refiere el artículo 242.3, también supone tratar de manera homogénea dos supuestos de gravedad disímil. Por ello, se sugiere mantener la agravación prevista en el citado precepto cuando, exclusivamente, se haga uso de uso de tales instrumentos. .

TRIGESIMOSEPTIMA.- En relación con el delito de apropiación indebida, la doctrina jurisprudencial ha atribuido un diferente régimen jurídico a la modalidad de distracción, frente al supuesto de apropiación propiamente dicho. Conforme a esa doctrina, el Anteproyecto regula con sustantividad propia el denominado delito de administración desleal, cuya tipicidad se articula en torno al exceso de disposición sobre el patrimonio ajeno o el quebrantamiento del deber de salvaguardia de dicho patrimonio, todo ello sin perjuicio de mantener el tipo de apropiación indebida para los casos de apropiación definitiva de cosa mueble, que hubiera sido recibida en virtud de un título del que derive la obligación de devolución o entrega.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Sin perjuicio de las observaciones que se formulan en el informe, con el objeto de contribuir a una mejor regulación de la figura delictiva, la medida proyectada merece una valoración favorable, pues mediante la tipificación la administración desleal serán objeto de sanción expresa ciertos comportamientos que acarrearán un alto grado de reprobabilidad social.

TRIGESIMOCTAVA.- La pena contemplada en el número uno del artículo 274.1, relativo a la fabricación, producción o importación de productos con contravención de los derechos de propiedad industrial, conlleva un incremento notable respecto de la prevista en el vigente artículo, pues el techo se duplica hasta alcanzar los cuatro años. Otro tanto cabe decir, si bien el aumento del techo de la pena es menor (hasta tres años), en los supuestos de comercialización y distribución al por menor a que se refiere el primer párrafo del número dos, al igual que la venta ambulante y la meramente ocasional contemplada en el número tres, cuya sanción queda comprendida entre los seis meses y dos años de prisión. Por ello, desde el reconocimiento de la legitimidad que ostenta el prelegislador para modular la duración de las penas, se aconseja reflexionar sobre la pertinencia de mantener el endurecimiento penológico a que se ha hecho mención.

TRIGESIMONOVENA.- En el párrafo segundo del artículo 318 bis.1 se establece que el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de acusar por el delito de auxilio a la entrada ilegal de un extranjero, cuando el objetivo perseguido sea, únicamente, prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Esta previsión se anuda a lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE que permite a los Estados miembros decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado uno (artículo 1.1a), cuando el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

La forma en que se proyecta la transposición al ordenamiento interno del artículo 1.2 de la citada Directiva suscita alguna observación. Es evidente que el prelegislador se ha decantado por la aplicación al caso del principio de oportunidad, de manera que la ponderación por parte del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal, sólo queda condicionada por la concurrencia de un aspecto reglado, cual es la finalidad altruista a que se refiere el precepto. Sin embargo, nada dice el precepto sobre qué otros factores o aspectos habrán de ser tenidos en cuenta de cara a ponderar la pertinencia del ejercicio de la acción penal, difiriendo la concreción de este aspecto a la futura unificación de criterios que sobre esta cuestión adopte el Ministerio Público.

Frente a esa opción, sería más adecuado atribuir al precepto la naturaleza propia de las excusas absolutorias, en atención a la importancia de la finalidad perseguida por el autor, siempre que la gravedad de los hechos fuera escasa, como así lo requiere implícitamente el subtipo atenuado recogido en el número seis.

CUADRAGÉSIMA.- En términos generales, la modificación que se prevé para la modalidad agravada de incendio forestal prevista en el artículo 353.1 (afectación del incendio a zonas próximas a núcleos de población o lugares habitados; condiciones climatológicas o del terreno que incrementen de manera relevante el riesgo de propagación y afectación a zonas que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción, flora amenazada o que altere significativamente las



condiciones de vida animal o vegetal) merece una valoración positiva, pues la mayor intensidad de la respuesta penal se anuda a la concurrencia de circunstancias que denotan un mayor peligro para las personas o el entorno ambiental.

Asimismo, también se considera adecuada la previsión del artículo 358 bis, en virtud del cual, las medidas previstas en los artículos 338 a 340 se extienden a los delitos de estrago, de riesgo provocado por explosión y otros agentes y de incendio. En relación con los delitos de incendio forestal, resulta singularmente relevante la aplicación del artículo 340, pues de conformidad con lo estatuido en el precepto objeto de cita, el autor deberá pechar con el coste de las medidas necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado o de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados.

CAUDRAGRESIMAPRIMERA.- El Anteproyecto configura el tipo básico de malversación (artículo 432) como una modalidad delictiva subordinada al tipo de gestión desleal regulado en el artículo 252, cuyas únicas singularidades consisten en que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público y que la gestión desleal se proyecte sobre el patrimonio público administrado. Ello implica que tanto el supuesto de sustracción (artículo 432.1 vigente) como el de aplicación a usos ajenos a la función pública (artículo 433 vigente) se reconducen al concepto genérico de administración desleal a que se ha hecho mención.

La opción por la que se ha decantado el prelegislador debería ser repensada, principalmente para evitar que ciertas conductas que actualmente se incardinan dentro del concepto “sustracción”, por el



simple hecho de que la autoridad o funcionario público ostente un poder de disposición meramente fáctico sobre los caudales o efectos, pudieran quedar excluidas del ámbito de aplicación del artículo 252, que es más restringido que el atribuido por la doctrina jurisprudencial al vigente artículo 432.1. Por ello, se sugiere mantener la vigencia del precepto último citado, sin perjuicio que el delito de administración desleal también se prevea para el ámbito de lo público, y coexista con la anterior modalidad delictiva.

CUADRAGESIMASEGUNDA.- El apartado XX de la Exposición de Motivos refleja cuál es la principal razón que justifica la reforma del delito de atentado previsto en el artículo 550.1. Tal propósito consiste en evitar que el empleo de violencia se parifique, en algunos casos, con la resistencia meramente pasiva regulada en el vigente artículo 556, dado que la doctrina jurisprudencial ha reconducido al delito de resistencia algunos comportamientos en que concurra alguna manifestación de violencia, de tono moderado y de características más bien defensivas y neutralizadoras, como sucede en los supuestos de forcejeos del sujeto con los agentes de la autoridad.

Mediante el cambio proyectado se pretende excluir de delito de resistencia, con su consiguiente traslación al delito de atentado, aquellos comportamientos que, en un contexto principal de resistencia pasiva, presentan algún episodio de violencia activa de carácter leve. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, debe advertirse que la preterición de la doctrina jurisprudencial traída a colación supone equiparar comportamientos cuya gravedad es desigual, pues es evidente que un acto episódico de violencia leve, dentro de un comportamiento global de resistencia meramente obstativa o renuente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

no es equivalente al acometimiento o la resistencia activa de carácter grave que configura el delito de atentado.

En virtud de lo expuesto, se recomienda mantener la regulación prevista para el delito de atentado en el vigente artículo 550.

CUADRAGESIMATERCERA.- La Disposición Transitoria cuarta reserva la consideración de falta, a efectos procesales, a los delitos leves de frecuente comisión; ello implica que el resto de infracciones leves detallados en la relación compendiada en las páginas 14 y 15 de la MAIN no se sustanciarán mediante la regulación prevista para las faltas, sino de acuerdo con lo establecido por la norma procesal para los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o con penas de distinta naturaleza cualquiera que sea su cuantía o duración, es decir, bajo los auspicios del procedimiento abreviado regulado en los artículos 757 y siguientes de la Lecrim, o en su caso, conforme al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos a que se refieren los artículos 795 y siguientes.

Tal medida supone conferir un tratamiento procesal heterogéneo a infracciones de igual naturaleza sustantiva. Ello comporta una alteración de los postulados seguidos por la normativa procesal vigente, pues el único criterio que ha guiado al prelegislador para establecer tal diferenciación es la frecuente comisión de las infracciones que se detallan en el párrafo primero.

La medida que se prevé carece de justificación; de hecho, la Exposición no refleja las razones que amparen tal medida. Por ello, en este informe se propugna mantener un régimen procesal uniforme para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

las infracciones de naturaleza leve, de manera que todas ellas sean sustanciadas, hasta en tanto entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, por los trámites previstos para el juicio de faltas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Comisión de Estudios e Informes