

Revista del Ministerio Fiscal

nº 0, 2015



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

La reforma de la parte general del Código Penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015

Revista del Ministerio Fiscal, año 2015, número 0

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Luis Bueren Roncero, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Miguel de la Rosa Cortina, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

INTRODUCCIÓN	5
1. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. REGLAS GENERALES Y ESPECIALES.	
NOVEDADES DE LA LO 1/2015	7
FIDEL ÁNGEL CADENA SERRANO	
1. La determinación judicial de la pena	7
2. La teoría de la neoproporcionalidad	10
3. Principios constitucionales	14
3.1. Principio de culpabilidad	15
3.2. Principio de igualdad	15
3.3. Principio de proporcionalidad	15
3.4. Principio de pena justificada	15
3.5. Deber de motivación	16
4. Novedades de la lo 1/2015 en las reglas generales de aplicación de las penas	16
5. Novedades de la lo 1/2015 en las reglas especiales de aplicación de las penas	22
5.1. Concurso real	22
5.2. Concurso ideal	29
5.3. Concurso medial	30
2. LA LIBERTAD CONDICIONAL TRAS REFORMA POR LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO DE 30 DE MARZO	35
MARÍA ÁNGELES GARRIDO LORENZO	
1. Introducción	35
2. Naturaleza jurídica	36
3. Antecedentes históricos	38
4. La libertad condicional tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.	
Evolución desde la inicial redacción en el Código Penal de 1995	40
4.1. Supuestos	41
4.2. Plazos cómputo y previsiones concursales	48
4.3. Competencia para resolver sobre la libertad condicional	49
4.4. Denegación	51
4.5. Medidas y prohibiciones	51
4.6. Causas de revocación	53
4.7. Consecuencias de la revocación	56
5. Especial referencia a la libertad condicional en condenas a pena de prisión permanente	56
5.1. Introducción	56
5.2. Breve reseña histórica	57
5.3. Posiciones doctrinales	59
5.4. Examen de su regulación en el Código Penal	61

6. Intervención de la víctima en la concesión de la libertad condicional al penado	65
7. Recursos contra las resoluciones sobre libertad condicional	68
 3. LA LIBERTAD VIGILADA APLICADA A IMPUTABLES TRAS LA REFORMA POR LO 1/2015	71
PILAR OTERO GONZÁLEZ	
1. El derecho penal de la culpabilidad <i>versus</i> el derecho penal de la peligrosidad. Delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad: ¿imputables o semiimputables? breve referencia a las neurociencias y la responsabilidad penal ..	71
2. La nueva medida de libertad vigilada como respuesta	76
2.1. Naturaleza jurídica	76
2.2. Fundamentación	77
2.3. Ámbito de aplicación	77
2.4. La presunción de peligrosidad	80
2.5. Cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad	82
2.6. Contenido de la medida	83
2.7. Vigilancia de la ejecución de la medida	87
2.8. Quebrantamiento de la medida	87
2.9. Plazos, prórrogas y principio de proporcionalidad	88
2.10. Reflexiones finales sobre esta medida de libertad vigilada aplicada a delincuentes peligrosos	91
 4. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DECOMISO Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DELICTIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	94
FRANCISCO JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ	
1. Introducción	94
2. La recuperación de activos como prioridad de la política criminal contra la criminalidad organizada en la unión europea	97
3. Marco legal internacional. especial referencia a los instrumentos normativos del derecho de la unión	98
3.1. Instrumentos emanados de la Organización de las Naciones Unidas	99
3.2. Convenios multilaterales del Consejo de Europa	100
3.3. Acervo normativo de la Unión Europea	101
4. El decomiso en el código penal español (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre y sus sucesivas reformas)	104
4.1. Antecedente: Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal	104
4.2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	104
4.3. Comentarios a la última reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	108
5. Novedades procesales en materia de decomiso: el procedimiento de decomiso autónomo	122
5.1. Reforma de la venta anticipada, realización y de efectos judiciales	122
5.2. El nuevo procedimiento de decomiso autónomo	126
5.3. Situaciones de derecho transitorio en relación con los nuevos procedimientos establecidos en la ley 41/2015	130
5.4. Breve referencia a la modificación del art. 20 de la Ley Hipotecaria	131
6. Reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso en el ámbito de la unión europea: ley 23/2014, de 20 noviembre	132
6.1. Antecedentes	132
6.2. Análisis de la implementación de la Decisión marco 2006/783/JAI en la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea	133

7. La nueva oficina de recuperación y gestión de activos	136
7.1. De la Oficina de Recuperación de Activos (ORA) a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGa)	136
7.2. Antecedentes y marco legal de la ORGA	138
7.3. Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se desarrolla reglamentariamente la ORGA	140
 5. CONSECUENCIAS DE UNA CONDENA ANTERIOR DE OTRO ESTADO DE LA UNIÓN EUROPEA	146
ANDRÉS PALOMO DEL ARCO	
1. Efectos de una condena anterior en un nuevo proceso. Normativa europea	147
1.1. Introducción	147
1.2. Consejo de Europa	148
1.3. Unión Europea	149
1.4. Incorporación en España de la normativa europea	154
2. Reincidencia	160
2.1. Reincidencia nacional	160
2.2. Reincidencia europea	167
2.3. Reincidencia internacional	169
3. Obtención de la información de las condenas de otro estado	173
3.1. Propuesta de decisión de marco de 17 de marzo de 2005	173
3.2. Instrumentos tradicionales	173
3.3. Decisión 2005/876/jai, de 21 de noviembre de 2005	176
3.4. Decisión marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009	177
3.5. ECRIS	179
3.6. Incorporación a nuestro ordenamiento	182
 6. LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. Referencias a violencia de género.	
MODIFICACIONES L.O. 2015	184
JAVIER MUÑOZ CUESTA	
1. Introducción	184
2. La suspensión de la ejecución de las penas	186
2.1. Suspensión ordinaria	186
2.2. Suspensión por el esfuerzo en reparar el daño	191
2.3. Suspensión por enfermedad incurable	192
2.4. Suspensión por dependencia a sustancias	193
3. Prohibiciones, deberes, prestaciones y medidas que pueden condicionar la suspensión de condena	194
3.1. Prohibiciones y deberes	195
3.2. Control del cumplimiento de las prohibiciones y deberes	197
3.3. Prestaciones y medidas	197
3.4. Supuestos de violencia de género y violencia doméstica	199
3.5. Modificación de las prohibiciones, deberes, prestaciones y medidas	200
4. Revocación de la suspensión y remisión de la pena	200
4.1. Revocación de la suspensión	200
4.2. Remisión de la pena	204
5. Plazos y aspectos procesales de la suspensión	204
5.1. Plazos de suspensión	204
5.2. Momento procesal de la suspensión y revocación	205
5.3. Régimen transitorio	207
6. La sustitución de la pena por la expulsión de extranjeros	207
6.1. Aspectos generales	207
6.2. Supuestos de sustitución y excepciones	208

6.3. Expulsión de ciudadanos de la Unión Europea	210
6.4. Efectos de la resolución de expulsión	212
6.5. Incumplimiento de la orden de expulsión	213
7. RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS: NOTAS CON OCASIÓN DE LA REFORMA DE 2015	215
ANTONIO DEL MORAL GARCÍA	
1. Introducción	215
2. Fundamentos de la tradicional irresponsabilidad penal de las personas jurídicas	216
3. <i>Societas delinquere potest?</i>	217
4. <i>Eppure... si muove</i>	219
5. <i>Societas delinquere non potest..., sed puniri potest!</i>	219
6. La situación precedente: la respuesta ante delitos cometidos en la actuación de personas jurídicas antes de 2010	222
7. Aproximación al sistema actual: un régimen de vicariedad matizada	223
8. Títulos de imputación	225
9. Delitos que pueden generar responsabilidad penal de una persona jurídica	227
10. Penas imponibles a la persona jurídica	228
10.1. La pena de multa	229
10.2. Penas interdictivas	232
11. Profundizando: cambios, sí; pero no tantos (nuevos envoltorios para los mismos contenidos)	233
12. Menos latín y más inglés: del <i>societas...</i> a los <i>compliance programs</i> . Su relevancia penal	235
12.1. Antes de la reforma de 2015	235
12.2. Tras la reforma de 2015	236
13. Más sobre “culpabilidad” de las personas jurídicas	237
14. Derecho penal, pero menos	241
15. Sujeto activo	244
16. Circunstancias modificativas	247
16.1. Atenuantes	247
16.2. Agravantes	248
17. Participación, concursos y grado de ejecución	248
18. Reglas de individualización penológica	250
19. Responsabilidad civil y costas	252
19.1. La regla general: responsabilidad civil solidaria	252
19.2. Relaciones con otros responsables civiles: fijación de cuotas	252
19.3. Costas procesales	253
20. Cumplimiento y extinción de las penas impuestas a personas jurídicas	253
21. Un colofón: sacudirse la tiranía de las palabras	254

INTRODUCCIÓN

El servicio a los ciudadanos, la defensa de sus derechos, la promoción de la acción de la Justicia y del interés general es objetivo clave y prioritario de nuestra Institución. La búsqueda de la excelencia profesional y la vocación de servicio público son garantía del cumplimiento de nuestro compromiso con la Constitución y con los valores que la misma ampara y cuya protección se nos encomienda.

En tanto el Fiscal tiene confiadas esas altas funciones, los esfuerzos para dotarle de una mayor preparación traerán, como efecto inmediato, una mejor defensa y protección de tales intereses, y en consecuencia, una firme profundización en el desarrollo y asentamiento de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Si como escribió FLAUBERT la vida ha de ser una continua formación, en el caso de los Fiscales, tal desiderátum debe intensificarse especialmente.

La formación continuada es un derecho y un deber de todos los Fiscales. La elaboración de ponencias documentadas y rigurosas sobre temas jurídicos actuales, y su posterior difusión, puede ser una herramienta particularmente útil para facilitar este derecho-deber de formación.

Esta dimensión de la formación a través de las publicaciones debe ponerse en conexión con la enorme importancia de la autoformación, del esfuerzo personal de cada Fiscal en su perfeccionamiento técnico.

En esta línea, recientemente hemos conseguido incorporar a nuestra página fiscal.es, dentro de la sección documentos, todas las ponencias elaboradas en nuestros cursos de formación continuada durante 2014 y 2015. Periódicamente se irán actualizando con las nuevas ponencias que generen los próximos cursos de formación.

En este contexto, hemos considerado un objetivo irrenunciable que el Ministerio Fiscal tenga una Revista propia, que sirva como foro de estudio, reflexión y difusión de conocimientos jurídicos, por y entre sus integrantes, dándole un nuevo enfoque para que pueda ser de la máxima utilidad.

El Ministerio Fiscal tuvo una Revista, que inició su andadura en 1995 y publicó su último número en 2005. Retomamos ahora la publicación. Los principios básicos de su nuevo diseño parten de un formato de libro electrónico, con el consiguiente abaratamiento en los costes. Los números de la Revista tendrán el carácter de monográficos sobre temas jurídicos de interés para los Fiscales. El formato monográfico permite abordar temas con exhaustividad, facilitando una mayor accesibilidad y una consulta mucho más operativa.

Por Decreto de 26 de mayo pasado se constituyó el Consejo de Redacción, que se encargará de seleccionar títulos y directores.

Para cada número monográfico se escogerá un tema y se designará un director. El director del monográfico selecciona a los autores y distribuye la materia, asignando a cada uno un capítulo. El director es también responsable del control de calidad de los trabajos, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Redacción.

Debe garantizarse la máxima calidad. A tales efectos, tanto la labor de dirección como la de elaboración de los capítulos del monográfico serán retribuidas, con la consiguiente cesión de los derechos de propiedad intelectual.

La filosofía que deberá inspirar nuestra Revista, que ha de aspirar al máximo rigor y prestigio científico, como expusiera CALAMANDREI, es la de “la fe en el Derecho, compatible con un sano espíritu crítico y un vivificante inconformismo”. No se trata de limitarnos a plantear problemas, incurriendo en lo que DE LA OLIVA denominó el vicio de la problematización, sino de aportar interpretaciones razonables, tanto más necesarias en un momento como el presente.

En efecto, en un contexto en el que se da con virulencia lo que FORSTHOFF llegó a denominar “legislación motorizada”, es imprescindible la sosegada y reflexiva elaboración doctrinal y jurisprudencial.

Estas ideas esquemáticamente esbozadas han llegado a buen puerto. Tengo la satisfacción de presentar el primer número de la Revista del Ministerio Fiscal en esta nueva época. El director elegido por el Consejo de Redacción, el Excmo. Sr. Don Fidel Ángel Cadena Serrano y los ponentes por éste seleccionados, garantizan el interés, altura y calidad científica en el abordaje del tema que se ha seleccionado, “la reforma de la parte general del Código Penal derivada de la LO 1/2015”.

Agradeciendo los trabajos del Consejo de Redacción, de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado, del Director de este primer número y de todos los ponentes, esperamos que esta vuelta de la Revista del Ministerio Fiscal sea útil a sus destinatarios y permanezca entre nosotros por muchos años.

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda
Fiscal General del Estado

LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. REGLAS GENERALES Y ESPECIALES. NOVEDADES DE LA LO 1/2015

Autor: Fidel Ángel Cadena Serrano
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Resumen

El trabajo presentado aprovecha las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2015 en el ámbito de las reglas generales y especiales de aplicación de las penas para indagar sobre la trayectoria del legislador en la que se ha denominado “función más importante del Juez”.

En ese examen conjunto, que contempla el Código Penal de 1995 y la reforma de 2003, el autor pretende reflexionar sobre la vuelta a los presupuestos dogmáticos para ilustrar la fase de individualización de la pena. La idea supone un guiño al modelo neoproporcionalista que se está extendiendo en el ámbito escandinavo y anglosajón y que cuenta cada vez con más adeptos en Alemania. La teoría permitiría contemplar mejor los intereses de la víctima en la fijación de la pena y consecuencias accesorias del delito.

Desde esa óptica existe un examen de las principales novedades del legislador de 2015, que sobre todo se estudian en relación con los concursos real, ideal y medial de delito.

Se postula la idea, frente al automatismo en la imposición, de que todas las circunstancias del injusto y de la culpabilidad no tenidas en cuenta en la fase de subsunción típica, deben servir para encontrar la pena adecuada, pues en el fondo esas circunstancias excedentes son las que confieren al delito su singularidad y al culpable su individualidad.

1. La determinación judicial de la pena

Han pasado muchos años desde que Roxin, conectando con el espíritu reformista del Proyecto Alternativo del Código penal alemán y haciendo realidad las palabras de KLUG¹ sobre la “despedida de KANT y HEGEL” y la “vuelta a VON LISTZ” elaborara su tratado sobre Política Criminal. Desde ella explicaba la teoría de la pena como el camino que debe seguirse para la protección de bienes jurídicos básicos de la convivencia haciéndola descansar sobre tres pilares fundamentales: el fin exclusivamente preventivo de la pena, la renuncia a toda retribución y el principio de culpabilidad como límite irrebatible.

Después han surgido otras muchas teorías de la pena como las de la “ficción de culpabilidad”, “sustitución de la culpabilidad por la prevención general”, “sustitución de la culpabilidad por el principio de proporcionalidad”, “la culpabilidad como límite pero no como fundamento de la pena”, “la teoría de la pena puntual”, “la teoría de la gestación social”, defendida por Dreher o Jescheck, “la teoría del valor posicional (Stellenwrrttheorie) o “la teoría del espacio de juego” (Spielraumtheorie), sustentada por la Jurisprudencia alemana². La relación podría seguir, pero es suficiente para demostrar el interés que la teoría de la pena ha despertado en la doctrina. Ocurre, sin embargo, que el esfuerzo desplegado por la doctrina en la elaboración de la teoría

¹ KLUG, Ulrich, *Abschied von Kant und Hegel*, Baumann, Edt. *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main: Fischer, 1968, pp. 36 a 41. También muchos otros citados por DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional, ISSN 1692-1682, nº 25 del año 2008, pp. 87 a 132.

² Un estudio minucioso de las principales teorías citadas en DEMETRIO CREPO, Eduardo, op. cit, pp. 87-132. También el mismo autor en *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Revista General de Derecho Penal, ISSN -e 1698-1189, n 8 de 2007. También SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo*. InDret, Revista para el análisis del Derecho, WWW.INDRET.COM. Barcelona, abril de 2007.

dogmática del delito no se ha visto correspondido por un empeño idéntico en el ámbito de la teoría de la pena. En este ámbito parecería que la mención de la culpabilidad como límite y fundamento y de la prevención especial como finalidad agotaba el problema. Este pensamiento se encuentra presente en la cita de Zaffaroni³ para quien “la función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado autoritario”.

En efecto, para casi todas las teorías citadas, distintas en los matices, la individualización de la pena debe hacerse descansar sobre los pilares de la culpabilidad como límite, con función exclusiva negativa pero no positiva concretada en la determinación de la extensión de aquélla y de la prevención especial. Esa idea recurrente, que olvidaba que el injusto y la culpabilidad son magnitudes graduables y que pueden y deben tener su importancia en la determinación de la pena individual siempre que no hayan sido valorados antes ha motivado críticas como la de HÖRNLE⁴ para quien resultaría paradójico el despliegue de tanta energía en la elaboración de la teoría del delito y el desinterés profundo en la delimitación última de la pena.

Sucedía, en suma, que la autorrestricción, consecuencia del desinterés o autoimpuesta por la posición de origen, en la dimensión dogmática de la teoría de la pena quedaba patente, no solo por el examen negativo de la culpabilidad, que no aportaba criterios positivos para la individualización de la pena, sino también por el predominio indiscutido del fin de la prevención especial, que de manera excluyente en unas teorías –teoría de la pena puntual- o de forma controlada en otras –teoría del espacio de juego- delimitaba y concretaba la pena predominantemente con específicos fines de rehabilitación y resocialización del penado. En resumen, la teoría de la pena se había desarrollado al margen de la teoría dogmática del delito, olvidando que el injusto y la culpabilidad son magnitudes que pueden graduarse en función de su gravedad y con el resultado de dejar demasiado solo al juez en la labor de concreción de la misma⁵.

Con esa base teórica se estaba olvidando lo que la doctrina del Tribunal Supremo recuerda muchas veces cuando proclama que la motivación de la sentencia es triple, pero que de las tres motivaciones –fáctica, jurídica y penológica-, sin duda la más importantes es la motivación de la pena, en cuanto supone la concreción última del ius puniendi del Estado⁶. También se estaba olvidando lo que los anglosajones denominan “art of sentencing”⁷, que en los sistemas del “common law” está mucho más desarrollado en la medida en que la discrecionalidad del juez en la selección de la pena es incuestionablemente más amplia que en los sistemas continentales.

Pero es que además el mito de la prevención especial ha sido relativizado. La experiencia de las prácticas resocializadoras ha supuesto una profunda decepción en los países escandinavos y occidentales que las asumieron con marchamo de legitimación absoluta. Esa dictadura de la prevención especial y el fracaso de su experiencia penitenciaria han preconizado e impulsado el tránsito de la ideología resocializadora como función exclusiva del derecho penal a la teoría

³ ZAFFARONI, Eugenio y otros, *Manual de Derecho Penal-Parre General*, 2^a edición, EDIAR, Buenos Aires, 2005. Citado por PRU-NOTTO, Mariana Elvira, *Perspectiva científica de determinación de la pena*, pp. 1 y 2. Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho, ISNN-e 1850-0722, nº 17 del año 2009.

⁴ HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, pp. 65 y ss. Buenos Aires, 2003. Citado también por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op., cit, p.4.

⁵ Crítica esbozada por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op., cit., pp. 4 y ss.

⁶ SSTS de 2.7.2013 o de 11.10.2011, entre otras muchas. De ellas se colige que “la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la **gravedad de la culpabilidad** del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos.(Cfr. Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); luego, la **gravedad del hecho** a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica.

⁷ ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, p. 29, Oxford University. Oxford, 4^a edición 2003.

denominada del neoclasicismo, o bien del neoproporcionalismo⁸. En relación con la política criminal basada solo en la prevención especial, MARTINSON⁹, sin los complejos ideológicos de los europeos, había proclamado su epitafio con el famoso “nothing works” -nada funciona-. Ese y otros autores, singularmente Garland en EEUU, Asworth, en Reino Unido, Jareborg en Suecia o Hirsch y Schünemann en Alemania se convirtieron en estandartes de este renovado pensamiento¹⁰. Se trataba de propiciar el abandono de la teoría de la pena fundamentada en la prevención especial buscando una pena adecuada a la conducta reprochable del autor. En definitiva, se redescubren las ideas de justicia por el hecho y proporción en detrimento de la omnímoda y excluyente ponderación de la prevención especial.

En el fondo de esa teoría neoproporcionalista o neoclásica de la pena está la idea que compartimos de que en la tercera fase de individualización judicial de la pena la dimensión y magnitud del injusto y de la culpabilidad que no hayan sido contempladas en la determinación de tipos, subtipos o circunstancias deben valorarse para concretar la pena. Explicaremos un poco más esta idea. Es sabido que en la individualización de la pena hay tres funciones: legal, judicial y penitenciaria. Centrándonos en la función judicial también es posible ver tres fases. En la primera, de acuerdo con la subsunción que haya efectuado de los hechos, el juez delimita el marco penal genérico que corresponde al tipo o subtipos en su caso. También resuelve los concursos de normas o de delitos -medial, ideal o real- y las formas de aparición del delito como las correspondientes a los delitos, continuado o masa. Este marco es legal y abstracto. En la segunda fase, el juez, aplicando la propia ley, en función de la perfección o imperfección del delito, grado de ejecución, forma de participación, presencia del error de tipo o prohibición, y concurrencia de circunstancias, atenuantes, agravantes o eximentes incompletas, concreta aquel marco abstracto en otro más reducido. Y es la tercera fase, que ocupa nuestro interés, aquella en que valorando todas las circunstancias del hecho y las personales del culpable, que no hubieran sido valoradas antes se concreta la pena a aplicar. La tercera fase es, en definitiva, el ámbito de la regla del artículo 66.1.6 CP. Sin duda esta es la función soberana del juez y la más importante. Sabemos que el marco penal cuando llega a esta tercera fase puede seguir siendo muy amplio - en un delito de homicidio simple consumado del artículo 138 CP sin concurrencia de circunstancias sería de 10 a 15 años de prisión, y no debería aceptarse desde el rigor dogmático que preconizamos recurrir al método tópico de aplicar la pena en su expresión mínima para concretarla porque supondría o una capitulación intelectual del juez que renunciaría a aplicar la pena adecuada al injusto y a la culpabilidad siempre distintas o una concesión desmesurada a la prevención especial.

Frente a la extensión *ad libitum* de la prevención especial como inspiradora de al penalidad concreta la idea por la que abogamos es que llegados a esa tercera fase deben valorarse todas las circunstancias del hecho y personales del culpable que todavía no hayan sido tenidas en cuenta en las fases primera y segunda, pues no cabría una doble valoración o desvaloración del injusto o la culpabilidad. En efecto, todas las circunstancias del injusto o de la culpabilidad y no solo las valoradas en las dos primeras fases son las que como dice BOLDOVA¹¹ confieren “al delito su singularidad y al culpable su individualidad”. De acuerdo con esta visión de la teoría de la pena resultaría posible, por ejemplo, hacer entrar en juego la perspectiva de la víctima, cuyo punto de vista podría añadir perfiles de examen más nítidos en campos diversos, como el desvalor del resultado, el bien jurídico o el injusto *ex post*, pues la dimensión del delito es dinámica y no estática, y la necesidad de aplicar penas accesorias o medidas de seguridad como

⁸ Un estudio excelente de la cuestión en FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, InDret, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional del hecho*, pp.5 y ss. Revista para el análisis del Derecho. WWW.INDRET.COM. Barcelona enero de 2007.

⁹ Un estudio de su posición en FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, InDret, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional del hecho*, pp. 5 y ss. Revista para el análisis del Derecho. WWW.INDRET.COM. Barcelona enero de 2007. Ante la pregunta que daba título a su artículo sobre la reforma carcelaria, MARTINSON en 1974 llegó a la conclusión de que nada funcionaba.

¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op., cit, pp. 5 y ss. Sobre la orientación del pensamiento penal norteamericano de la justice model o pena justamente merecida también JAREBORG, 2003, *Unbewusste Fahrlässigkeit und Strafzumessung*, en FRISCH, v. HIRSCH UND ALBRECHT, edits, *Tatproportionalität*, Heidelberg.

¹¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, en GRACIA MARTÍN, L (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3^a ed., pp. 222, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004.

la libertad vigilada en determinados delitos siempre que tendiesen a la protección de la misma. Y no es que con ello se pretenda privatizar el derecho penal sino dotar de contenido dogmático a la decisión última de concreción de la pena.

En cualquier caso, en la aplicación concreta de la pena, este recurso a la búsqueda de la magnitud exacta del injusto o de la culpabilidad pretende graduar el quantum exacto de aquélla con esos perfiles de gravedad del hecho y personalidad del autor todavía no contemplados en la delimitación de tipo, subtipos, concursos, grados de ejecución, formas de participación, error o circunstancias, no supone en absoluto olvidar la necesidad de su merecimiento donde se valorarán razones preventivo especiales y de política criminal y donde surgirá como límite reconocido el de la culpabilidad por el hecho, por arriba, y el de necesidad de pena, por abajo.

En fin, la idea podría resumirse en que las categorías dogmáticas del delito, deben presidir no solo la teoría del delito, sino también, la teoría de la pena, en la que deben valorarse los flecos pendientes y no examinados del injusto o la culpabilidad, así como la necesidad de pena y los fines preventivos especiales.

2. La teoría de la neoproporcionalidad

Hemos concluido que la individualización de la pena se conformaría como una operación basada en las ideas de justicia, proporcionalidad y prevención especial. Para seleccionar la pena concreta proponemos, siguiendo la corriente dogmática ya señalada recuperar las categorías dogmáticas del delito que deberían tenerse en cuenta no solo para descubrir la “existencia” del delito, sino, una vez descubierta su configuración ontológica, para “determinar el quantum exacto de pena”¹². En esta segunda labor tendrán también su espacio de juego, desde luego, la culpabilidad como límite del reproche y los fines preventivo-especiales de la pena como orientación y finalidad.

La necesidad preventivo general de castigar las conductas figuraría como límite a la prevención especial, pues aunque ésta no fuera necesaria no podría llegarse a reducir o anular la pena por el riesgo de hacer quebrar la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico. En cuanto a la culpabilidad por el hecho constituiría límite máximo de la pena aplicable -STC de 4.7.1991-

Fuera de aquel límite a la prevención especial, la sistemática del delito discute que la prevención general se postule como factor de concreción de pena. Desde luego la prevención general no debería servir para superar el marco penal abstracto. El marco penal abstracto señalado en la ley debería estar configurado de tal manera que pudiera soportar toda la gravedad del injusto y de la culpabilidad correspondiente al hecho delictivo, así como todas las necesidades preventivo generales, sin que pudiera ser ampliado por muchas o cualificadas que fueren las circunstancias agravantes concurrentes, salvo que hubiesen dado lugar a la conformación de un subtipo de la parte Especial¹³. Ese principio de no rebasar la penalidad en abstracto venía razonado por los comentaristas del CP de 1870, como Vizmanos, Groizard o Viada¹⁴, tanto por razones de humanidad y justicia, como por la propia sistemática del CP. En su virtud se concluiría que las “circunstancias” no podrían sobreponerse a la “esencia o aseidad”, razón por la cual el “circum stare” podría agravar la responsabilidad penal dentro del marco legal, pero no traspasar el límite de reprochabilidad que el legislador habría otorgado al “hecho ontológico” en su esencia considerado. En nuestro CP, tras la reforma de la LO 1/2015, la penalidad exacer-

¹² La idea está desarrollada en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op., cit., pp. 8 a 12.

¹³ GALLEGOS DÍAZ, Manuel, *La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: criterios de determinación legal y factores de individualización judicial*. Revista Vasca de Administración Pública, ISSN 0211-9560, nº 87 del año 2010, pp.449 y ss.

¹⁴ VIZMANOS, Tomás María y ÁLVAREZ, CIRILO, *Comentarios al nuevo Código penal*, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, tomo I, p.305; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA ALEJANDRO, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, 2º edición, corregida y aumentada, Establecimiento tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1903, tomo II, pp. 458 y ss.; VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1870*, concordado y comentado, 4ª edición, Librería de A. San Martín, 1890, tomo I, p.464.

bada de las circunstancias 66.1.4 y 66.1.5 CP aunque de carácter facultativo contradice esa limitación. Dicho lo anterior, más discutible es que la prevención general no pueda ayudar a concretar la pena en la tercera fase de individualización siempre que actúe dentro del marco concreto y con la frontera de no poder sobrepasarlo por arriba como la prevención especial no podría sobrepasarlo por abajo (teoría del espacio de juego).

Volviendo a la teoría de la neoproporcionalidad, quedarían, por tanto, para llenar el marco concreto de pena que las fases primera y segunda habrían dejado todavía demasiado abierto y no individualizado, todas las circunstancias del hecho y del culpable no tenidas en cuenta hasta ese momento desde el punto de vista del injusto, de la culpabilidad y de los fines de la pena. Recordemos que en un delito de homicidio del artículo 138 CP, sin concurrencia de circunstancias, la extensión de pena de 10 a 15 años, es muy amplia y desde luego exige que la individualización de la pena se verifique razonadamente conforme a esos factores. Cada delito es singular y cada autor individual, por lo que la pena deberá ser siempre diferente, porque distinto es el hecho y diverso su autor. Eso es individualizar la pena. Atemperarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor. Podríamos decir gráficamente que con la consideración del hecho como homicidio no se agota el problema de la penalidad, pues puede haber una gama de gravedad distinta entre los diferentes homicidios y un elenco de culpabilidad diversa entre sus autores, gama y elenco que son los que el juez debe tratar de captar en cada imposición de pena. Y es que, como diría KRAHL¹⁵ en Alemania, los elementos constitutivos del injusto típico y culpable cumplen tanto una función cualitativa como cuantitativa en la determinación de la pena.

Ahora bien, la dificultad se convierte en extrema cuando se trata de encontrar los criterios de ponderación, aunque la tarea se torne en factible si se dispone de adecuados términos de comparación. Eso ha permitido decir a algunos autores que la proporcionalidad que da nombre a la teoría no puede establecerse en términos absolutos, sino relativos.

Silva Sánchez¹⁶ en nuestra doctrina realiza un gran esfuerzo para catalogar esos criterios de diferenciación. En esa elaboración distingue entre factores que afectan al injusto objetivo *ex ante*, al injusto objetivo *ex post* y a la imputación subjetiva. En el injusto objetivo *ex ante*, ofrece el autor para dimensionar la gravedad del hecho los siguientes factores: el riesgo para el bien jurídico, el grado de probabilidad *ex ante* de lesión del bien jurídico –seguridad, probabilidad o improbabilidad– y la magnitud esperable *ex ante* de la lesión –alta, media, mínima, inexistente–.

En la dimensión cualitativa del tipo objetivo –delitos especiales o cualidades subjetivas– podrían igualmente valorarse los deberes especiales, los deberes de garante, su intensidad o la ausencia de deber de los extraños no cualificados.

En el ámbito del injusto *ex post*, el autor citado proporciona para mensurar la gravedad del hecho la medida efectiva de la lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico como máxima, media o mínima. En el delito del artículo 149 CP, por ejemplo, la pérdida del sentido vista puede suponer la afectación a ambos ojos o solo a uno, así como la ablación o la pérdida de funcionalidad intensa, ora en uno de los ojos, ora en ambos. En todos esos casos se aplicaría el artículo 149 CP, pero no es lo mismo perder los dos ojos que solo uno o equiparar a efectos de penalidad la pérdida absoluta de visión de un ojo con una limitación intensa de su funcionalidad. Es decir, la equiparación de la tipicidad no conlleva la equiparación de la penalidad.

En el tipo subjetivo los factores de ponderación se aglutinarían en torno a la intención, al dolo –directo, eventual, de consecuencias necesarias– y a la probabilidad segura o posible de realización del resultado. HIRSCH por ejemplo, en opinión muy compartida, valora como más grave a la hora de determinar la concreta penalidad el dolo directo que el dolo eventual.

¹⁵ KRAHL, *Tabestand und Rechtsfolge*, p. 34, Frankfurt am Meine, 1999.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op., cit., pp. 8 a 13.

Es más, incluso podría haber espacio distintivo para contemplar la perspectiva de la víctima especialmente relevante en aspectos tales como el desvalor del resultado, el injusto *ex post* o la importancia del bien jurídico. El esfuerzo por introducir a la víctima en el proceso penal, que durante mucho tiempo y como contrapunto había mirado solo a las garantías del acusado, podría cohonestarse con la contemplación de los intereses de la víctima dentro de la dogmática del derecho penal incluida la fase de la imposición de la pena¹⁷.

De todas maneras la contemplación de la perspectiva de la víctima en la aplicación de la pena no debe limitarse a la perspectiva de integración de sus intereses a través del examen del desvalor del resultado, del injusto *ex post* o del bien jurídico, pues existen otros espacios en los que el examen de su punto de vista alcanzaría mayor dimensión de participación. La Ley 4/2015, en este contexto, traspone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Desde este punto de vista, el Estatuto de la víctima del delito, aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril, reconoce tres grandes bloques de medidas de protección.

El primer gran bloque de derechos se recoge en el Título I y se refiere a los derechos extraprocesales, también comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal. En este Título I se regula el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, con lenguaje sencillo y accesible, desde el primer contacto. Esta información, que deberá ser detallada y sucesivamente actualizada, debe orientar e informar sobre los derechos que asisten a la víctima en cuestiones tales como: medidas de apoyo disponibles; modo de ejercicio de su derecho a denunciar; modo y condiciones de protección, del asesoramiento jurídico y de la defensa jurídica; indemnizaciones, interpretación y traducción; medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea; procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad competente; datos de contacto para comunicaciones; servicios disponibles de justicia reparadora; y el modo de reembolso de gastos judiciales.

El segundo bloque se recoge en el Título II y guarda relación con los derechos procesales y su participación en el proceso penal, entre ellos alguno tan importante como el de la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso.

Finalmente en el Título III se abordan cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas, así como las medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas. Como vemos los intereses de la víctima pueden ser especialmente contemplados tanto en la propia aplicación de la pena, como, sobre todo, en el ámbito de las medidas cautelares de protección, penas accesorias como el actual artículo 57 CP o medidas de seguridad como la libertad vigilada.

También se contemplarán los intereses de la víctima cuando se instaure la mediación penal, basada en la reparación como tercera consecuencia penal alternativa a la pena y la medida de seguridad. El primer esbozo de su presencia, a falta de desarrollo reglamentario, se encuentra en el propio artículo 15 del Estatuto de la víctima que trata de recoger la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la cual en su artículo 12 y como trasunto del Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora, proclama lo siguiente:

¹⁷ Importantes esfuerzos en la determinación de la pena según la perspectiva de la víctima ha desarrollado SCHÜNEMANN, *Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung*, en ESSER und CORNILS. Neuere Tendenzen del kriminalpolitik, Freiburg, 1987.

1. Los Estados miembros tomarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes.
2. Los Estados miembros facilitaran la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

Volviendo a los flecos mostrados en la dimensión graduable del injusto o la culpabilidad es claro que su examen puede contribuir a reforzar el examen más perfecto de la realidad contingente y variable de cada delito y cada autor para concretar la repercusión de esa diversidad en la aplicación de la pena.

Insistamos en otro ejemplo. Matar dolosamente a un ser humano con alevosía equipara en la tipicidad dos asesinatos simples. Pero una vez encajados ambos en el artículo 139.1 CP, la dimensión del injusto no se agota en la subsunción. La graduación del injusto puede ir del 1 al 10 diríamos gráficamente. No será lo mismo, si se utiliza una navaja, clavarla una vez o diez sin llegar al ensañamiento. Tampoco será igual disparar o colocar una bomba. También la responsabilidad personal puede ser superior en quien haya seleccionado a la víctima como indigente elegido al azar en un juego de rol. Igualmente se valorará como más reprochable la utilización de menores como partícipes que la actuación en solitario. Desde FRANK, la teoría normativa de la culpabilidad, sustituyendo a la teoría psicológica, había graduado el reproche desde la posición del autor, considerando que no era la misma la apropiación indebida de un empleado apremiado por un sueldo limitado que la del director sin problemas económicos.

La reforma del asesinato en la LO 1/2015 nos ha descubierto la existencia de flecos pendientes de antijuridicidad y culpabilidad, antes no diferenciados en los tipos o subtipos, y que ahora el legislador ha concretado para describir tanto en el tipo básico como en el subtipo hiperagravado intensidades superiores del injusto o la culpabilidad. Así, en el artículo 139.4, el plan subjetivo del autor, da vida típica a una nueva modalidad de asesinato simple cuando se mata “para facilitar la comisión de otro delito o evitar su descubrimiento”. Por su parte, el artículo 140.1 y 2 en el asesinato hiperagravado tipifica actuaciones como asesinar a víctima menor de 16 años o especialmente vulnerable, cometer el asesinato de manera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual sobre la víctima o realizar ese asesinato como miembro de grupo u organización criminales o asesinar en serie. Esos flecos que existían en el derecho comparado y que ahora se describen para agravar la tipicidad, antes existían igualmente y deberían haber servido para desde la dogmática penal individualizar el castigo recurriendo a un superior injusto o culpabilidad no contemplados.

También, en efecto, la culpabilidad puede ser graduable. Es doctrina común que el juicio de culpabilidad constituye la responsabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico y que no podría incrementar el merecimiento de pena que deriva del hecho antijurídico, sino en todo caso reducirlo o excluirlo. Es decir, en la teoría del delito se atribuye a la culpabilidad una función negativa en la determinación de la pena, pero no positiva. Pese a la certidumbre de este principio, la existencia de actitudes internas de desprecio por el derecho que por basarse en la forma de vida o en el carácter son rechazadas por la teoría del delito, no ha impedido que algún autor acepte su efecto agravatorio como ocurriría con determinados móviles. Determinados móviles, en efecto, como la xenofobia y el racismo ya han servido al legislador para configurar circunstancias de agravación basadas en la culpabilidad –artículo 22.4 CP–. En Alemania todavía los móviles fútiles o abyectos cualifican el asesinato, entendiendo por fútiles los que representan una absoluta desproporción entre el estímulo y la respuesta y por abyectos los que se apartan y alejan de las normas éticas que regulan la convivencia.

Pues bien, todos estos factores son los que el juez debería ponderar para valorar la gravedad del hecho y la personalidad del autor. Las SSTS de 2.7.2013 y de 11.10.2011 y los AATS de

11.11.2004 y de 8.2.2007 han destacado en torno a estos parámetros que “la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas”.

De acuerdo con la regla primera del artículo 66.1 CP, el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando sobre la base de dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la Ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º LECR) o incluso del artículo 852 LECR en relación con la tutela judicial efectiva.

La mención del artículo 852 LECR nos sirve de introito para el capítulo siguiente, pues en la aplicación de la pena, señalados ya sus límites y factores de individualización basados en el injusto y la culpabilidad excedentes de la tipicidad y circunstancias, juegan los principios constitucionales que orientan la praxis judicial y que nos recuerdan que la introducción del punto de vista de la víctima no supone olvidar el carácter público del DP en cuanto regula el ejercicio del ius puniendi del Estado.

No puede olvidarse en efecto esa dimensión pública. El Derecho Penal es la Constitución en negativo, pero no porque castigue las conductas que vulneran los derechos contemplados en la CE, sino porque la función de la CE es la de proclamar con solemnidad los derechos individuales que delimitan el irrebasable estatus del individuo frente al gran Leviatán del Estado, mientras que la del CP es proteger los valores y bienes jurídicos de la convivencia social. La CE proclama el “derecho a la vida” en el artículo 15, pero el CP, a través del ejercicio del ius puniendi, protege el “valor vida”¹⁸, pues en el fondo la finalidad del proceso y del castigo al culpable cumple la función de preservar la vigencia de los “valores” y “bienes jurídicos” en que se basa la ordenada convivencia garantizando de esta forma la autoridad de las normas. Esta es la dignidad extrema del DP que trasciende con su aplicación al derecho reconocido y que repara y sustenta los valores que constituyen la base de la ordenada convivencia.

3. Principios constitucionales

Es claro que el legislador en el diseño de los tipos legales tiene sus límites. No nos vamos a referir a ellos, sino a los principios constitucionales que el juez ha de observar en su labor de individualización de la pena. Entre esos principios el juez deberá respetar las prohibiciones de la CE sobre penas inhumanas y degradantes, pena de muerte o confiscación de bienes. Igualmente las garantías constitucionales y orgánicas sobre el principio de reserva de ley material o formal. También las garantías establecidas en el propio CP, entre las que encontramos el principio de legalidad, el de culpabilidad y la prohibición de analogía in malam partem. Entre las garantías constitucionales vinculadas con derechos fundamentales han de citarse las del proceso debido y el juez ordinario predeterminado por la ley. Entre los principios procesales los de *ne bis in idem*, *cosa juzgada* e *in dubio pro reo*. La doctrina incorpora otros principios a observar como la exclusión de tipicidad por la falta de antijuridicidad material o el principio de responsabilidad por el acto. Este sería su esbozo apresurado.

¹⁸ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *El delito de matrimonio forzado*, p.367, en Comentario a la reforma penal de 2015, director GONZALO QUINTERO OLIVARES, editorial Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

De entre ellos sintetizaremos desde una óptica jurisprudencial los más estudiados.

3.1. Principio de culpabilidad

La STS de 6.7.2015 proclama, concretando su vigencia, que “el derecho penal, so pena de alejarse de forma irreparable del principio de culpabilidad, no puede hacer responder al autor de una agresión de aquello que obedece, no a la acción tendencialmente dirigida al fin perseguido o aceptado de menoscabo a la integridad física de su oponente, sino a la mala fortuna. Los resultados atribuibles a lo fortuito, al desencadenamiento causal entre la acción y el resultado, no pueden reprocharse a quien carece de capacidad para controlar ese desenlace”.

3.2. Principio de igualdad

Las SSTS de 1.12.2010; 4.6.2007 o 8.6.2006 han sintetizado que “el principio de igualdad se vulnera, cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), bien entendido que como recordó la STC. 88/2003, “el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad” (por todas, SSTS 43/1982, de 6 de julio; 51/1985, de 10 de abril; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no “puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido” (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos “no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15.4)”.

3.3. Principio de proporcionalidad

La STS de 20.5.2015 proclama que aplicándose las penas dentro del marco penal y apreciando las reglas generales y especiales sobre su imposición el principio no puede ser vulnerado, pues “el juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre y STS 466/2012, de 28 de mayo). Al criterio trasladado a la ley han de atenerse en el ejercicio de sus funciones los jueces y tribunales. De ahí que sea doctrina reiterada de esta Sala, que el principio de proporcionalidad supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, incumbiendo el juicio de proporcionalidad en inicio al Legislador, y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al juzgador, que no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas si éstas se atemperan a las reglas contenidas en el Código Penal”.

3.4. Principio de pena justificada

La STS de 19.7.2012 nos recuerda que “este principio solo juega si se llega a la conclusión de que con una nueva atenuación apreciada o una subsunción jurídica más beneficiosa el ejercicio del arbitrio judicial llevaría –y no solamente podría llevar- a idéntico resultado. Eso sucederá singularmente cuando la pena resultante sea la mínima posible con arreglo tanto a la sentencia impugnada como a la que hubiera sido procedente. Pero en los demás casos rechazar el recurso con el argumento de que el tribunal podría haber impuesto ese máximo cuando se ha decantado por el mínimo y no ha contado con la atenuante apreciada supone privar al justiciable de las facultades de ponderación e individualización conforme a los criterios de proporcionalidad y racionalidad que establece el CP”. En el mismo sentido la STC 205/1989, de 11 de diciembre.

3.5. Deber de motivación

Las SSTS de 9.3.2012 o de 31.1.2008 nos recuerdan la importancia de la motivación de la pena. La proclama como necesaria para excluir la arbitrariedad el artículo 120.3 CE e igualmente el artículo 72 CP. Este desde la reforma de 2003 establece que “los jueces y tribunales en la aplicación de la pena, conforme a las normas de este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la misma”. Si observamos el precepto en su inciso final enfatiza la necesidad específica de motivación concreta de la extensión de la pena, lo que acontece genuinamente en la fase última de individualización. Esta necesidad de motivación se aplica también a las segundas sentencias dictadas en casación al apreciarse un motivo *ex artículo 849.1 LECR* como reconoce la STS de 19.7.2012. La exigencia de motivación se torna en imprescindible cuando la ley prevé penalidades alternativas y se opta por la más grave y, en general cuando, la imposición de la pena se exacerba, se aplica en su mitad superior o simplemente se aleja del mínimo imponible (STS de 15.7.2013). La STS de 1.7.2013 insiste en la idea de la motivación específica cuando se exacerba la pena, como en el artículo 74, cuando a unos coautores se impone pena superior a otros y cuando la norma legal permite optar por penas inferiores en un grado o en dos, cual acontece con los artículos 66.1.2 y 68 CP. En cuanto a la ausencia de motivación puede conducir a un doble resultado: declaración de nulidad de la sentencia y devolución de los autos al tribunal para que motive la concreción de pena o subsanación en casación de la motivación. La doctrina reciente del TS opta por la segunda alternativa en aras de evitar dilaciones indebidas. A su vez, dentro de la segunda opción, posibilidad de subsanación en casación, el TS sugiere que “se optará por esta vía siempre que los datos que contiene la sentencia permitan deducir la extensión de pena”. Por otro lado y frente a sentencias que en estos casos de subsanación casacional optan por la pena mínima legal -STS de 1.7.2013-, la última expresión doctrinal del TS recuerda que “no tendría lógica, aunque en ocasiones se pueda acudir a ese expediente, convertir la ausencia de motivación en una suerte de atenuante privilegiada que yendo más lejos que las atenuantes del artículo 21 conduzca a imponer la pena mínima legal”. Por ello en la subsanación se permite al Tribunal de casación, e incluso de apelación en su caso, aplicar una pena superior a la mínima legal siempre que respetando los datos de la sentencia y el principio de la *reformatio in peius* se motive con corrección su individualización.

También se admite la motivación por remisión a los datos de la sentencia cuando los datos básicos del proceso de individualización puedan inferirse de los hechos probados, pues en tal caso no resulta exigible ulteriores razonamientos que los traduzcan en una concreta extensión de pena. Este es el sentido de la STS de 9.3.2012 que cita otras muchas.

Nos resta apuntar que en el terreno de la concreción última del *quantum penológico* no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud la extensión elegida -STS de 26.6. 2012 y STC 28/2007, de 12 de febrero-.

4. Novedades de la LO 1/2015 en las reglas generales de aplicación de las penas

No es posible adentrarse en el estudio de las novedades de la LO 1/2015, sin recordar la etapas pretéritas que nos han conducido a la actual regulación.

Sin pretensiones de exhaustividad podemos comenzar diciendo que la apuesta del CP de 1995 por el sistema de mitades supuso una ruptura cierta con la división de la pena en tres grados que hasta entonces imperaba. Como consecuencia de ello el arbitrio judicial quedó ampliado lo que debe celebrarse como símbolo de confianza del legislador en la autoridad imparcial del juez. Pero, al margen de ello, debemos reconocer que el sistema perdió coherencia. Antes, los tres grados se correspondían con la existencia de tres supuestos básicos: el grado mínimo con la concurrencia de una atenuante; el grado medio con la ausencia de circunstancias o la concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes y el grado superior con la apreciación de una o varias agravantes. La lógica era desbordante. Este esquema lógico evitaba soluciones para-

dójicas que ahora pueden surgir con la división en mitades. En efecto, como resulta que si no concurren circunstancias la pena puede recorrerse en toda su extensión puede ocurrir que en tal caso la pena coincida con la que debe imponerse concurriendo una atenuante o con la que legalmente procede apreciando una o dos agravantes.

Además en la reforma de 2003 se rompe con la idea de que la variación accidental de la culpabilidad que reflejan las circunstancias posea un efecto limitado en la penalidad típica. En efecto, si antes todas las reglas del artículo 66 CP graduaban la pena dentro de las dos mitades, excepto la correspondiente con el actual artículo 66.1.2, tras la reforma ese equilibrio se rompe y cuatro de las reglas del artículo 66 permiten sobreponer la pena prevista por el legislador en el tipo o subtipo, ora por debajo de su límite inferior, ora por encima de su límite superior. Son las reglas 66.1.2; 66.1.4; 66.1.5 y 66.1.7 CP. ¿Por qué se califica de perturbador ese efecto facultativo u obligado?¹⁹ Porque el legislador describe el marco general abstracto de la penalidad en el que las circunstancias deberían moverse, pero sin sobreponerlo, al menos, por encima del máximo, pues la accidentalidad no debería modificar la esencialidad. El injusto culpable del tipo se modula con las circunstancias, pero no hasta el punto de dibujar una responsabilidad superior a la máxima prevista en el marco legal.

El hecho de que las circunstancias 66.1.4, más de dos circunstancias agravantes y 66.1.5, agravante de reincidencia cualificada, permitan superar ese marco nos obliga a recordar la crítica de los comentaristas del CP de 1870 ya esbozada.

Algunas de las reglas introducidas por la reforma de 2003 poseen la novedad suficiente como para destacar que se han preocupado de ellas algunas sentencias del TS que pretenden clarificarlas. También han precisado su alcance las mejores voces de la doctrina. Veamos a su soporte algunas precisiones.

En relación con la regla del artículo 66.1.2 CP apreciable “cuando concurran dos o más atenuantes, o una o varias muy cualificadas y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados, en atención al número y entidad de dichas circunstancias”, lo primero que ha de decirse es que su aplicación exige que no concurra agravante alguna, pues si concurriera habría de acudirse a la compensación de la regla del artículo 66.1.7. De concurrir varias atenuantes simples y además una o varias muy cualificadas no puede aplicarse dos veces la regla citada, con la posibilidad de bajar la pena en tres o cuatro grados, sino utilizar el número y entidad de las circunstancias para optar o no por el descenso máximo que será de dos grados. En cualquier caso, el descenso en un grado es obligatorio. Por otro lado, cuando la pena se baja en un grado el Tribunal, puesto que ya no concurrirán otras circunstancias, podrá recorrerlo en toda su extensión, con la posibilidad de llegar al máximo posible sujeto a motivación -STS de 9.6.2015 y artículo 66.1.6 CP-. Cuando la pena se baja en dos grados el Tribunal puede recorrer la pena en toda su extensión, según hoy expresan los artículos 66.1.8 CP y 66.1.6 CP.

En cuanto a las reglas 66.1.4 y 66.1.5 CP debe recordarse que la elevación de la pena hasta la mitad superior del grado superior o de un grado absoluto sin limitaciones es facultativa. Además, en el artículo 66.1.4 CP se exige que no concurra agravante alguna y si el juez decidiera no hacer uso de ella aplicaría la regla del artículo 66.1.3 CP. Cualquier opción exige motivación, especialmente si se opta por subir en grado y se elegirá o desechará la alternativa de la pena superior en grado hasta la mitad inferior en función del número de agravantes. En el artículo 66.1.5 CP los delitos deberán ser del mismo Título y de la misma naturaleza que el nuevo delito. Para optar por la alternativa de subir en grado se habrán de valorar los parámetros del número de condenas precedentes y de la gravedad del nuevo delito. De no optarse por la alternatividad de la pena superior se aplicará la regla del artículo 66.1.4 y, en su caso, la del artículo 66.1.3 CP.

La regla del artículo 66.1.7 CP merece un estudio especial. Simplemente recordaremos que cuando concurran circunstancias atenuantes y agravantes ha de procederse a compensarlas.

¹⁹ GALLEGOS DÍAZ, Manuel, op., cit., pp.445 y ss.

¿Cómo? La STS de 20.5.2015 nos enseña que “no es una ponderación aritmética, pues importa saber el valor e influencia en el hecho de cada circunstancia”. Eso significa, entre otras cosas, como en el supuesto estudiado en esa resolución que puede persistir el fundamento de agravación aunque concurra una agravante –reincidencia en el caso– con una atenuante –dilaciones indebidas-. Igualmente podría ocurrir al revés, si el peso y entidad de una sola atenuante predominase sobre la intensidad de una sola agravante. Es importante significar con la STS de 20.5.2015 que “no se puede escindir la regla en dos, valorando primero la agravante para apreciar la mitad superior y luego la atenuante para aplicar la pena inferior en uno o dos grados”. Curiosamente a ese error llegó la STS de 1.4.2015, pues concurriendo dos atenuantes y una agravante, primero bajó un grado por las dos atenuantes y luego la pena resultante la aplicó en su mitad superior. Esa solución no es posible, pues la regla del artículo 66.1.7 CP es especial y absorbe los supuestos de hecho de las reglas 66.1.1, 66.1.3, 66.1.4 y 66.1.5 CP.

Finalmente la regla del artículo 68 CP relativa a las eximentes incompletas obliga a bajar en un grado la pena y facultativamente en dos. Si el descenso es en un grado existirá sujeción a las reglas del artículo 66.1, pero si se rebaja la pena en dos grados podrá recorrerse en toda su extensión, conforme dispone el artículo 66.1.8 CP. Se plantea un problema con la concurrencia de varias eximentes incompletas, existiendo un sector doctrinal que propugna la aplicación repetida de la regla y la posibilidad de rebajar en uno o dos grados la pena varias veces en función de su número. No lo entendió así la STS de 12.2.2003, pues concurriendo dos eximentes incompletas y dos atenuantes en un delito de homicidio rebajó la pena en dos grados aplicando una sola vez la norma del artículo 68 e imponiendo la pena del artículo 138 CP en la extensión de 2 años y 6 meses de prisión. El argumento que justifica la aplicación del artículo 68 CP a cada eximiente incompleta individualmente considerada y no a todas en su conjunto, se basa en la idea de su especificidad, pues el precepto aclara que su apreciación procede “en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21 CP” y, además, en el argumento de que descartada esa posibilidad en el artículo 66.1.2 CP, pues en los supuestos de concurrencia de varias atenuantes o varias atenuantes muy cualificadas solo permite bajar la pena en uno o dos grados, el silencio del legislador en el artículo 68 CP debería interpretarse como fórmula de permisión. Desde luego si resulta que el artículo 68 CP es compatible con las reglas del artículo 66 incluida la del artículo 66.1.2 CP, es decir de concurrir una eximiente incompleta y una atenuante muy cualificada podrán unirse sus efectos y rebajar la pena más de dos grados (SSTS de 26.10.2006 o de 1.3.2002) no se entiende que esa posibilidad no se aplique cuando concurren varias eximentes incompletas.

Llegados ya a la reforma de la LO 1/2015 las novedades más relevantes son las siguientes:

4.1. El artículo 66.2 establece que “en los delitos y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán la pena a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas del apartado anterior”. Como se ve la sujeción de la que queda liberado el juez es la que se deriva de las reglas del artículo 66.1 CP, pero nada se dice de las reglas penológicas restantes, como las que determinan la forma de imponer la pena en caso de tentativa, complicidad, error de tipo o prohibición y apreciación de eximentes incompletas. Esta observación nos obligará a distinguir entre delitos imprudentes y delitos leves.

En cuanto a los delitos imprudentes la exclusión de las reglas del artículo 66.1, relativas a la apreciación de circunstancias agravantes o atenuantes es coherente con la naturaleza de dichas infracciones, pues requiriendo las circunstancias de modificación del injusto o de la culpabilidad la concurrencia de determinados elementos subjetivos propios de la actuación dolosa generalmente no podrían aplicarse las reglas del apartado primero a los delitos culposos. Solo en algunas atenuantes de actuación *ex post* podría cuestionarse este principio²⁰. De cualquier manera, la norma es igualmente coherente con la del artículo 66.1 que limita la aplicación de

²⁰ BORJA GIMÉNEZ, Emiliano, *Reglas generales de aplicación de las penas*, pp. 270 a 274, en Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015, director GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L. editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

las reglas generales de aplicación de las penas de dicho apartado a los “delitos dolosos”. En relación con la reglas que determinan la penalidad en supuestos de tentativa, complicidad, error o exención incompleta, cabe decir que la naturaleza jurídica de los delitos imprudentes como delitos de resultado y basados en la infracción del deber objetivo de cuidado y no en el dolo excluye la apreciación de aquellas reglas. Por otro lado, el prudente arbitrio no exime de motivación por lo que deberá razonarse la concreta penalidad. Debe recordarse con la Exposición de Motivos que en cuanto al homicidio y lesiones imprudentes las actuales faltas de homicidios y lesiones por imprudencia leve se han despenalizado derivando a la jurisdicción civil, de modo que solo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves como delito menos grave en los artículos 142, apartado 1 y 152, apartado 1 y el homicidio y las lesiones graves por imprudencia menos grave que pasan a formar parte del catálogo de delitos leves en los artículos 142, apartado 2 y 152, apartado 2. El problema estribará en distinguir la imprudencia menos grave de la leve²¹, pues la primera permanece como delito leve en los artículos 142.2 y 152.2 y la segunda conforme al principio de mínima intervención debe quedar reducida al ámbito de la responsabilidad civil extrancontractual de los artículos 1902 y siguientes del CC. No debe caber duda de que la imprudencia leve ha quedado despenalizada y de que solo la imprudencia menos grave subsiste como delito leve, que quedará sujeto al requisito de la previa denuncia, como se expresa en los últimos párrafos de los apartados segundos de los artículos 142.2 y 152.2 CP. No será exigible la denuncia previa para la imprudencia grave de los artículos 142.1 y 152.1. En cuanto a la distinción entre imprudencia menos grave y leve parecen volver a la vida los trípticos de la culpa, lata, leve y levísima del CP de 1973 o de la regulación de la imprudencia como temeraria, con infracción de reglamentos y leve.

En nuestra opinión para catalogar la imprudencia como menos grave deberá atenderse al grado de infracción del deber objetivo de cuidado y a la imputación objetiva del resultado. Si el grado de infracción del deber objetivo de cuidado no llega a grave, pero supera la levedad mínima exigible a un hombre extremadamente diligente nos hallaríamos ante la imprudencia intermedia de menor gravedad no despenalizada. En este sentido y respecto de las imprudencias con vehículo de motor el Proyecto de CP de 2013 añadía un párrafo segundo en el artículo 142.2 PCP, en el que con indeseables redundancias, se precisaba que “en el caso de utilización de vehículos a motor o ciclomotores se valorarán, en particular:

- La gravedad del riesgo, no permitido creado, y, en particular, si el mismo constituye una infracción grave o muy grave, conforme a los dispuesto en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.
- La relevancia del riesgo creado en el contexto en el que se llevan a cabo las conductas peligrosas.

En estos casos, cuando los hechos cometidos sean constitutivos de alguno de los delitos cometidos en el capítulo IV del Título XVII, se aplicará el artículo 382”.

La primera parte de ese artículo 142.2 PCP destacaba los factores a ponderar para graduar la gravedad de la imprudencia típica. Figuraba, entre ellos, como relevante, para calificar la gravedad y la entidad del riesgo, la circunstancia de que el hecho constituyera infracción grave o muy grave en seguridad vial, lo que es lógico, pues el deber objetivo de cuidado en este ámbito está determinado por la Ley de Seguridad Vial y los reglamentos que la desarrollan. También se valoraba en esa ponderación el fin de protección de la norma y la creación o incremento de la situación de riesgo.

En relación con los delitos leves tampoco quedan sometidos a las reglas de determinación cuantitativa de la pena del artículo 66.1 CP. En ellos la pena se aplicará conforme a las reglas del prudente arbitrio que no se corresponden con la arbitrariedad sino con la valoración ra-

²¹ BUJOSA VADELL, Lorenzo; DOLZ LAGO, Manuel Jesús; LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo Alfonso; MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, José Antonio; MOLINA MANSILLA, María del Carmen y Narváez Rodríguez Antonio; en *Cuestiones relativas a la nueva regulación de la imprudencia en el Código penal*, Práctica Penal de Editorial SEPIN, nº 80, tercer trimestre de 2015.

cional de las circunstancias del hecho y del culpable. La exigencia de motivación obviamente subsistirá, pues el artículo 72 CP y el 120.3 CE en diferentes planos de legalidad así lo imponen. Debe tenerse en cuenta que casi todos los delitos leves están castigados con pena de multa cuya extensión se ponderará conforme al prudente arbitrio concretado en las circunstancias del hecho y del culpable, mientras que la cuantía de la cuota se fijará en relación con la capacidad del culpable –artículo 50.5 CP–.

A diferencia de las faltas, donde solo cabía castigar las consumadas y las intentadas contra las personas o el patrimonio, el actual artículo 15 CP no excluye la punibilidad de la tentativa en los delitos leves. Cabe, por tanto, apreciar tanto la tentativa como la consumación en los delitos leves que no sean imprudentes, pues éstos solo admiten la forma de la consumación como delitos que estructuralmente exigen la producción del resultado.

Asimismo en los delitos leves no juegan las reglas del artículo 66.1 pero sí todas las demás relativas a la aplicación de las penas. En la redacción anterior el artículo 638 CP, para las faltas, excluía todas las reglas generales de aplicación de las penas contenidas entre los artículos 61 y 72 ambos inclusive. Ahora la exclusión solo alcanza a las reglas del artículo 66.1 CP, lo que significa que podrá aplicarse a la categoría de los delitos leves las normas de la tentativa –artículo 61–, complicidad –artículo 63– y exención incompleta –artículo 68 CP–, con la posibilidad teórica de rebajar las penas en grado.

También les serán aplicables las normas de error de tipo o de prohibición y las reglas especiales de aplicación de las penas que resuelven los concursos.

Debe igualmente recordarse, de conformidad con el artículo 963.1.1^a a) y b) de la LECR que regula el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves que si el delito leve es de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza y circunstancias del hecho o personalidad del autor cabe el sobreseimiento y archivo solicitado por el Ministerio Fiscal y acordado por el juez, lo que conectado con la anterior posibilidad de aplicar la tentativa, complicidad o concurrencia de eximente incompleta debería llevar generalmente a la conclusión de que en tales casos pudiera optarse preferentemente por el indicado sobreseimiento. También se optará por ese sobreseimiento cuando no exista interés público relevante en su persecución.

4.2. No corresponde al ámbito de este artículo, pero también debe expresarse que respecto de la penalidad de las personas jurídicas la regla segunda del artículo 66 bis tiene como fin establecer nuevos límite en dicha penalidad²². Así, por ejemplo, en el primer párrafo del artículo 66 bis regla 2 se establece que la duración de la sanción no puede superar la que correspondería a la de la persona física que fuera castigada con una pena privativa de libertad por haber realizado ese hecho bajo las mismas circunstancias. De ese límite solo quedan excluidas la sanción de clausura definitiva y la de multa, letras b) y a) del artículo 33.7 CP. Existen otras limitaciones respecto de la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) que exigirán determinados requisitos para que superen los dos años de duración, tales como que la persona jurídica sea reincidente o que se utilice instrumentalmente para la comisión de delitos, entendiéndose que concurre este último supuesto cuando la actividad legal sea menos relevante que la ilegal. Igualmente cuando la responsabilidad de la persona jurídica derive del incumplimiento de los deberes de vigilancia, supervisión y control, que no tenga carácter de grave, las penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Finalmente se introducen nuevos requisitos adicionales para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e) del artículo 33.7 CP y para la imposición por un plazo superior de las previstas en las letras e) y f) del artículo 33.7 CP.

Por otro lado y en el ámbito del artículo 31 bis CP frente a la simple mejora técnica en su regulación y al propósito de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control” que cons-

²² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 77 a 89, en Comentario a la reforma penal de 2015, director GONZALO QUINTERO OLIVARES, editorial Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

tituían el humilde reclamo de la Exposición de Motivos, la modificación ha llegado tan lejos que ha dado entrada con eficacia eximente de pena a las personas jurídicas a los denominados modelos o programas de prevención de delitos *compliance programs* en el artículo 31 bis. 2 CP²³, si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado primero de dicho artículo: representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para tomar decisiones en nombre de ésta u ostenten facultades de organización y control dentro de ellas.

Esa exención se convierte en simple atenuación si las circunstancias del artículo 31 bis. 2 solo pueden ser objeto de acreditación parcial.

La misma exención se predica, en el artículo 31 bis.4 CP, en relación con la persona jurídica, respecto de delitos cometidos por las personas que estando sometidas a la autoridad de las personas designadas en el apartado del artículo 31bis 1. a), si aquella persona jurídica hubiera adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión para prevenir estos delitos basados en los defectos de organización y control y que tantas dudas habían suscitado en cuanto a su incriminación como delito, por corresponderse más bien con supuestos de responsabilidad administrativa empresarial como puede sugerir la lectura de TIEDEMANN.

4.3. En el artículo 70.4 CP se establece que “la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la de prisión de veinte a treinta años”.

La norma será de aplicación en aquellos delitos para los que esté prevista la pena de prisión permanente y que sean susceptibles de cometerse en grado de tentativa, tales como los de asesinato agravado del artículo 140; homicidio del Rey o Príncipe heredero del artículo 485.1; homicidio de Jefe de Estado extranjero o de persona especialmente protegida del artículo 605.1 CP e incluso los delitos de genocidio del artículo 607.1 y 2 o de lesa humanidad del artículo 607 bis, apartado 2, nº 1 CP. Y también los de terrorismo del artículo 573 bis 1.1^a CP²⁴.

En relación con esos mismos delitos la norma puede aplicarse en la responsabilidad a título de complicidad o en los supuestos de concurrencia de eximente incompleta, o incluso en los más raros en la práctica de concurrencia las reglas del artículo 66.1.2 y 66.1.7, si en esta última predominara el fundamento de atenuación. Los supuestos de causas de justificación son inimaginables. No puede pensarse en que pueda concurrir la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho, oficio o cargo o el cumplimiento de un deber en los gravísimos delitos a los que se anuda como consecuencia jurídica la pena de prisión permanente revisable. Tampoco es fácil concebir la concurrencia de causas de inculpabilidad como el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable. Hasta la concurrencia de atenuantes cuesta imaginarlas. Lo mismo ocurrirá con el error de prohibición directo o el indirecto que verse sobre la concurrencia o los presupuestos de causas de justificación.

4.4. El artículo 71.1 CP dispone que “en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente”. Ello comportará que una pena grave podrá alcanzar la dimensión dosimétrica de una pena menos grave y ésta la cuantía de una pena leve si concurren factores de degradación de la pena como las eximentes incompletas, reglas del artículo 66.1.2 y 66.1.7, complicidad, tentativa o error de prohibición vencible. Planteada la cuestión de si una pena leve puede degradarse por debajo de su mínimo debe contestarse que sí, pues tales delitos quedan sujetos a las reglas de los artículos 62 a 71 CP y solo se les excluyen las contenidas en el artículo 66.1.1 CP²⁵. Por ello precisamente el artículo 71.2 CP no contiene excepción alguna a la posibilidad de

²³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 51 a 54, Revista Especial de La Ley dedicada a la Reforma del Código Penal, edición DE ABRIL DE 2015, WOLTERS KLUWER.

²⁴ Ley Orgánica 2/2015, de modificación del Código penal en materia de terrorismo.

²⁵ BORJA GIMÉNEZ, Emiliano, *Reglas generales de aplicación de las penas*, p. 274, en Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015, director GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L. editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

degradar la pena, salvo en la pena de prisión, pues como no existe pena de prisión inferior a tres meses, si hubiera de bajarse de ese límite necesariamente tendría que ser sustituida por las de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, estableciéndose a continuación los criterios de equivalencia.

5. Novedades de la LO 1/2015 en las reglas especiales de aplicación de las penas: Concurso real. Concurso ideal. Concurso medial

Veamos las novedades de la LO 1/2015.

5.1. En cuanto al CONCURSO REAL el grueso de los artículos 72 a 76 CP no ha sido modificado. Los límites de penalidad de 20 años como absoluto o del triple de la pena mayor como relativo y de 25, 30 o 40 años de prisión subsisten.

También subsiste la doctrina Parot en cuya virtud aquellos límites representan el límite de cumplimiento efectivo, pero sin que exista novación de todas las penas impuestas por una sola refundida. Ello significará que los beneficios penitenciarios se aplicarán sobre cada una de las penas que deberán cumplirse por el orden de su respectiva gravedad. En este sentido, la STS de 16.11.2014 destaca que el abono de prisión preventiva deberá hacerse sobre todas las penas, no sobre el límite de cumplimiento efectivo irrebasable.

La STS de 30.12.2014 clarifica diversas cuestiones sobre el abono de prisión preventiva, como en síntesis proclamamos:

El régimen de recurso en esta materia es particular. Si el abono lo ha hecho el juez de vigilancia penitenciaria cabrá recurso de apelación ante la Audiencia y posterior de casación para unificación de doctrina ante la Sala II del TS. Si el abono lo practica el Juez de lo Penal cabrá recurso de apelación ante la Audiencia y frente a esa decisión recurso de unificación de doctrina ante la Sala II, pero si lo hace la Audiencia solo cabe recurso de casación, excluyéndose en este último caso el recurso de unificación de doctrina.

Las liquidaciones de condena son recurribles y tienen carácter provisional pese a haber ganado firmeza.

El actual artículo 58.1 CP destaca que el abono de prisión preventiva solo puede hacerse en la causa en que se acordara, pero tal previsión no afecta a las condenas previas a la entrada en vigor de la Ley de 2010.

El abono de prisión preventiva sobre la totalidad de las penas debe recaer sobre cada una de las penas no sobre el límite de cumplimiento efectivo.

No cabe el abono de dos o más prisiones provisionales, ni el cómputo múltiple sino exclusivamente doble de pena y prisión provisional.

La doctrina del doble cómputo se refiere a la concurrencia en el tiempo de pena y prisión preventiva, por lo que no cabe doble cómputo de dos o más prisiones provisionales coincidentes.

También se ha consolidado la doctrina de que debe abonarse en la pena el tiempo de obligación apud acta de comparecencia. Véase en ese sentido la STS de 3.6.2015.

Igualmente debe precisarse que el abono doble de la prisión preventiva no opera en los casos de extradición, como proclama la STS de 10.7.2014.

Indicaremos que respecto de la doctrina Parot, el Acuerdo de 12.11.2013, tomado después y a consecuencia de las sentencias de Estrasburgo reza del siguiente tenor:

“1.- En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el CP derogado de 1973, por no resultar más favorable el CP de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas

sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido CP de 1973, en la forma que se venía haciendo con anterioridad a la Sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2006.

2.- Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso, por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

3.- El Tribunal considera necesario que el poder legislativo regule con claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con las resoluciones del TEDH.”

Es decir, que la doctrina Parot, establecida por la STS de 2.2.2006, no juega en relación con aquellas condenas previas a su dictado en las que se hubiera aplicado el CP de 1973. En alguna otra resolución, como la STS de 13.11.2013 se permite igualmente la desvinculación de la doctrina Parot cuando hubiera existido alguna resolución del tribunal sentenciador en la que se hubiera hecho referencia a la aplicación de los beneficios de la redención por el trabajo sobre el límite máximo del CP de 1973 o bien se hubiera fijado la fecha de excarcelación y la doctrina Parot la modificara para retrasar la libertad

Ello no obstante queremos hacer unas precisiones en torno a la doctrina Parot.

La STS de 28.2.2006, fue ratificada por el TC en sus resoluciones de amparo, en las que afirmaba que la aplicación de la doctrina Parot nos colocaba no ante la imposición de la pena, sino ante el supuesto de ejecución de una pena privativa de libertad. El TC, en su doctrina, en primer lugar, descartaba pronunciarse sobre cómo debía aplicarse el artículo 72 CP por considerarlo una decisión que afectaba exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, pero luego añadía que tal doctrina no comportaba violación del artículo 25.1 CE que consagraba el principio de legalidad, pues la cuestión no implicaba que la pena fuera más grave, dado que la indicada doctrina se refería solo a cómo debía ejecutarse la pena, del mismo modo que tampoco se vulneraba el artículo 17.1 CE que consagra la libertad personal, porque la doctrina Parot no comportaba un alargamiento de la pena y que tampoco se infringía el artículo 14 y el principio de igualdad, pues cabía el cambio de criterio sobre la forma del cómputo de las redenciones siempre que fuera motivado y no voluntarista.

Con todo en cuatro ocasiones el TC revocó la doctrina Parot, al considerar atendible la queja por la vía del artículo 24.1 CE en aquellas ocasiones en que el cambio de criterio afectase a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, bien cuando en el Auto de revisión en el que se decidía mantener el CP de 1973 se pronunciaba sobre cómo debían computarse esos beneficios, bien porque se hubiera fijado la fecha de excarcelación y la doctrina Parot la modificara para retrasar la libertad.

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala la situación cambió. La tesis del Gobierno de que no se afectaba la “ pena” sino la “modalidad de ejecución” y que por tanto no se vulneraba el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), citando como ejemplos la doctrina de los casos Grava, Uttley, Kafkaris y Hogben, no prosperó. En definitiva, el Gobierno argüía que la modalidad de cómputo de las redenciones de pena por el trabajo afectaba habría tenido como único efecto impedir que la fecha de liberación se adelantara nueve años y no el de prolongar la pena impuesta, que en absoluto, se incrementó. Pese a la similitud del caso con otros como Kafkaris, la STEDH de 21 de octubre de 2013 declaró que la STS de 28.2.2006 había vulnerado el artículo 7 del CEDH.

Pese a lo expresado debe quedar claro lo siguiente:

La STEDH de 21 de octubre de 2013 no desautoriza la doctrina Parot, en relación con la figura del máximo de cumplimiento efectivo como distinta de la novación de pena. Rompiendo con la anterior interpretación del TS, la doctrina Parot sigue vigente y considera que el máximo de cumplimiento no es una novación de pena, sino una regla especial respecto de la regla general de cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. Al ser varias las penas,

sobre cada una de ellas se aplicarán los beneficios y las penas reducidas se cumplirán sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad hasta alcanzar el máximo de cumplimiento efectivo y una vez alcanzado se considerarán extinguidas todas las penas pendientes de cumplimiento.

El Acuerdo de 12.11.2013 deja claro que si se trata de sentencias dictadas con anterioridad al día 28.2.2006 y a las que se hubiera aplicado el CP de 1973, las redenciones ordinarias y extraordinarias se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento del artículo 70 fijado con el CP de 1973, tal y como se venía haciendo antes de la sentencia de 28.2.2006.

También se aplicarán los beneficios penitenciarios sobre el límite del artículo 70 del CP de 1973 en aquellas ocasiones en que deba respetarse la intangibilidad de las resoluciones judiciales, bien porque el Auto de revisión en el que se decidía mantener el CP de 1973 se había pronunciado sobre cómo debían computarse esos beneficios, bien porque se hubiera fijado la fecha de excarcelación y la doctrina Parot la modificara para retrasar la libertad.

Por otro lado y finalmente el legislador en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se ha hecho eco de la queja del TS y ha establecido la posibilidad de revisar sentencias firmes cuando el haya declarado que esas resoluciones fueron dictadas en violación de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y que no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En el ámbito de la refundición de condena, el artículo 76, apartado primero, letra e) dispone que “cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a los dispuesto en los artículos 92 y 78 bis”. Serán supuestos casi siempre de concurso real con condena por varios delitos y aplicación de varias penas, siendo una de ellas la de prisión permanente revisable. En estos casos el artículo 78 bis CP lo que hace es endurecer los plazos para llegar al tercer grado penitenciario y para obtener la suspensión del resto de la pena propia de la libertad condicional. Endurecimiento más intenso en el doble ámbito del tercer grado y de la suspensión de pena cuando se trata de delitos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales. La previsión de este precepto de que en los delitos terroristas pueda darse el concurso de la pena de prisión permanente revisable con otra, es una argumento convincente para aceptar que, pese a la desafortunada expresión del artículo 573.bis.1.1º CP que tensiona excesivamente la garantía penal del principio de legalidad, en este último artículo la pena eufemísticamente expresada no es otra que la de prisión permanente revisable. Por su parte el artículo 92 CP establece igualmente exigencias temporales más amplias para llegar a la libertad condicional si la pena de prisión permanente revisable concursa con otra, exigencias que se intensifican en función de la duración de la pena adicional.

Otra novedad de la reforma viene representada por la lectura del novedoso apartado segundo del artículo 76 CP²⁶, para el que “la limitación del cumplimiento efectivo se aplicará aunque las penas se hayan impuesto 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 hubieran sido en primer lugar. Esta norma restringe el requisito cronológico, pues antes de la reforma de 2010 el punto sin retorno para la acumulación era la sentencia definitiva, en tanto que ahora lo es el de la fecha del juicio. El resultado es que si antes podían refundirse las penas de los hechos anteriores a la primera sentencia, ahora solo lo serán los hechos anteriores al enjuiciamiento de la misma. Lo que significa que quedarán excluidos de la acumulación los hechos

²⁶ Comentarios sobre este artículo en GUARDIOLA GARCÍA, JAVIER, *Reglas generales de aplicación de las penas*, pp. 315y ss. en Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015, director GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L. editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

realizados entre el juicio y la sentencia definitiva, que antes eran perfectamente acumulables. El carácter limitativo de la reforma impedirá su aplicación retroactiva.

Pronto la STS de 11.6.2015 se hizo eco de esta reforma expresando una de sus consecuencias procesales cual es la de que “a partir del uno de julio de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley, los autos de refundición de las penas tendrán que incluir la fecha de enjuiciamiento de los hechos, además de las fechas de comisión y las fechas de las sentencias”.

La norma, desde luego, acoge la doctrina del TS, en el sentido de excluir por completo la exigencia de conexidad material entre delitos y exigir solo el requisito temporal.

El carácter perjudicial para el reo de la reforma se destaca en la STS de 11.6.2015 proclamando que “el texto incluye una interpretación que puede resultar perjudicial para el reo en la determinación de la sentencia que marca la acumulación, pues concretándola necesariamente en la primera, cabe la posibilidad de excluir del límite legal hechos cometidos en una misma época, pero posteriores a esa primera condena, pues esos hechos podrían haberse incluido en la refundición si se escogiese para determinarla la sentencia que resultase más favorable para el reo, es decir, la que pudiera abarcar el mayor número de hechos delictivos”.

En ese punto no puede estarse muy de acuerdo, pues el comienzo por la primera sentencia en todo proceso de acumulación es doctrina cierta del TS. A partir de ella deben estudiarse todas las acumulables por haber ocurrido sus hechos antes del enjuiciamiento de la primera y aplicar sobre ellas si es más beneficioso el límite del artículo 72 CP. Ese sería el primer bloque. Luego se pasaría a la siguiente más antigua de las restantes repitiendo la operación y formando un nuevo bloque.

Ha de tenerse en consideración que las sentencias excluidas de acumulación del primer bloque pueden encajar en el segundo o sucesivos si se cumple el requisito temporal. Como expresa la STS de 24.4.2015 “producida la acumulación de las penas de algunas de las sentencias a examen, cabrá formar un nuevo o nuevos grupos con las restantes, actuando de idéntico modo”.

Es muy interesante igualmente la posibilidad de acumulación de las penas cumplidas en el extranjero. Puede servirnos de pauta para su estudio la STS de 24.5.2015. Las situaciones y sus hitos temporales son las siguientes:

Antes de la Decisión Marco de 2008 si las sentencias se habían cumplido en el extranjero se denegaba la acumulación. Si no se habían cumplido en el extranjero se acumulaban con las sentencias españolas.

Después de la Decisión Marco y antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014, la STS de 13.3.2014 negó que fuera límite a la acumulación el hecho de que la sentencia se hubiera dictado en otro Estado europeo y consideró incluible en la acumulación la sentencia dictada en Francia y cumplida en su integridad.

Tras la entrada en vigor de la LO 7/2014 no es posible acumular condenas europeas si son anteriores al 15 de agosto de 2010.

En relación con las sentencias dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008 fijaba su objetivo en el de establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros. Pero ya hemos dicho que tras la entrada en vigor de la LO 7/2014 no es posible acumular condenas europeas si son anteriores al 15 de agosto de 2010.

En cualquier caso debe recordarse el carácter vinculante de las Decisiones Marco, pues deviene del artículo 249 del Tratado Constitutivo Europeo. Y también que compete al juez llevar a cabo una interpretación de las mismas que se corresponda con su derecho nacional, por lo que tras la reforma operada por la LO 7/2014, de 12 de noviembre, es obligado atender a la legislación

nacional, lo que de entrada impedirá acumular sentencias condenatorias anteriores al 15 de agosto de 2010.

Pero no solo eso. La objeción de acumulación es de más calado. La STS de 24.5.2015 nos recuerda que la publicación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014), que entró en vigor el 3 de diciembre de 2014 (Disposición Final Cuarta), en su Disposición Adicional Única, dispone que: "En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010".

En efecto, esa Ley Orgánica, incorpora al derecho español, la referida Decisión Marco 2008/675/JAI (Disposición Final Tercera), y además en el texto definitivo, al contrario que en la redacción contenida en el Anteproyecto y en el Proyecto legislativo, igualmente incorpora determinadas excepciones facultativas que contemplaba la Decisión, en su artículo 5.3, al principio de equivalencia entre las sentencias de otro Estado miembro y las propias, con motivo de un nuevo proceso penal. Esas excepciones son añadidas al derecho interno (artículo 14.2), y en ellas específicamente se alude a los autos previstos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fijen los límites de cumplimiento de las penas en las que se incluya alguna condena impuesta en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro; y de manera genérica respecto de las condenas dictadas por otro Estado miembro de la Unión europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010 (Disposición Adicional Única).

El artículo 14.2 dispone, en efecto, lo siguiente:

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

- a) Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.
- b) Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.
- c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b).

A esta interpretación obedece la sentencia del Pleno del esta Sala núm. 874/2014, del 27 de enero de 2015. En ella se proclamaba que la interpretación de permitir la acumulación conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI, ya no era posible, pues representaba en el momento del dictado de aquella resolución una interpretación contra legem del Derecho nacional, límite infranqueable conforme a la propia jurisprudencia del TJUE.

Es decir, si bien cuando se dictó la STS 186/2014, no existía norma interna que determinara la exclusión de la acumulación de condenas para las sentencias dictadas por otro Estado miembro, de modo que la interpretación obligada, *praeter legem* era la aplicación del principio de equivalencia entre las sentencias propias y las de otro Estado miembro con motivo de un nuevo proceso penal, que establecía la Decisión Marco 2008/675/JAI, hoy ya no es posible

Señala la STS 178/2015, de 24 de marzo, que «*no se trata de la aplicación de esta nueva Ley Orgánica, sino exclusivamente de la diversa interpretación que de los artículos 76.2 CP y 988 LECR resulta viable desde la perspectiva de la Decisión Marco 2008/675/JAI, pues toda interpretación, tiene su anclaje cronológico en el momento de dictarse la resolución. La circunstancia*

de que el resultado fuere el mismo que si la LO 7/2014 se aplicara directamente, no debe obscurecer el entendimiento del método y operación realizada, que deriva exclusivamente de la inviabilidad de mantener ahora una interpretación que sería contra legem».

Concluye la jurisprudencia mayoritaria del TS, pues existen votos particulares contrarios a esta tesis, que no se puede ahora mantener el argumento de que la Decisión Marco es una norma más favorable, porque tal instrumento jurídico no tiene efecto directo, como resulta pacífico en esta materia (y así lo asumen los votos particulares firmados frente a la STS 874/2014). De todos modos, esta materia carecía de cualquier regulación positiva antes de la expresada LO 7/2014.

Es por ello que hoy el escenario ha cambiado respecto al decidido en la STS 186/2014. Sus argumentos no pueden ser tomados en consideración, porque ahora contamos con la transposición de la citada Decisión marco, lo que no ocurría a la fecha de dicha resolución judicial. En suma, lo que fue entonces una interpretación *praeter legem*, es hoy interpretación *contra legem*.

En los recursos de casación sobre acumulación de penas impuestas en sentencias extranjeras, la posición del Ministerio Fiscal, es todavía más restrictiva y, por su extraordinario interés ha de reflejarse. Puede sintetizarse en los siguientes apartados:

- La Decisión marco parece referirse a la proyección de las sentencias de otros países de la Unión a un nuevo proceso penal incoado en España, no a un proceso ya finalizado por sentencia firme en el que incluso la pena carcelaria se está ejecutando o se ha ejecutado ya.
- Desde luego, la mención de un nuevo proceso penal está acogida por la LO 7/2014, la cual en el art. 14.1 señala lo siguiente:

“Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión.
- b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales”.

- La legislación francesa cuando transpone la misma Decisión marco mediante Ley 2012/409 de 28-3-2012, en materia de ejecución de penas no menciona en su articulado ni en los preceptos del Código Penal o Procesal Penal, nada relativo a la acumulación de penas impuestas por Tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea. Otro tanto ocurre en Luxemburgo que implantó la Decisión marco mediante Ley de 234-2-2012.
- Sin necesidad de considerar la Ley Orgánica 7/2014, a pesar de que las decisiones marco no son de aplicación directa sino que tienen que ser transpuestas, el art. 3.3 de la misma (2008/675/JAI) establece que “la consideración de condenas anteriores impuestas en otros Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el ap. 1º (principio de equivalencia), no tendrá por efecto que haya una interferencia en el Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso en condenas anteriores o en cualquier resolución relativa a su ejecución, ni una revocación o revisión de las mismas por dicho Estado miembro”.
- Las Decisiones marco tienen un valor interpretativo mientras no son transpuestas, pero nunca un valor vinculante para los Tribunales. Por ello no cabe hablar en sentido estricto de un sistema de fuentes de derecho ni de una jerarquía normativa (STS 1387/2011, de 12 de diciembre).
- Desde una visión material del principio de legalidad penal no resulta compatible una decisión marco con las exigencias de certeza, determinación y taxatividad que las normas penales re-

quieran, siendo preciso que las disposiciones de una Decisión marco sean transpuestas a los textos legales que integran el derecho penal interno del Estado miembro, única forma de que obliguen directamente al ciudadano y pueda ajustar su conducta a los mandatos de unas normas que afectan de una forma muy directa y gravosa a sus derechos fundamentales. Piénsese que las decisiones marco se utilizan para aproximar las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, obligando a dichos Estados (no a los ciudadanos ni a los Tribunales) a obtener los resultados unificadores pretendidos, pero dejando a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos.

- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado contraria a la aplicación directa de las normas comunitarias en el ámbito de la jurisdicción penal de los Estados miembros. Así, la sentencia del T.J.U.E. de 8 de octubre de 1987 (asunto 80/1986) declaró que "una Directiva no puede por sí sola y con independencia de una ley interna promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan".

- Las situaciones objeto de la acumulación quedaban fuera de las previsiones contenidas en la Decisión marco, cuyo ámbito de aplicación (letra y espíritu de la decisión) se circunscribe a la consideración de una condena pronunciada en otro Estado miembro con motivo de un nuevo proceso penal, no de uno ya fenecido y en ejecución.

- Los argumentos expuestos se refuerzan si atendemos a otra Decisión marco complementaria o íntimamente relacionada con la concernida, dictada pocos meses después. Se trata de la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal. Tal Decisión se cuida mucho de permitir que un Tribunal pueda efectuar pronunciamientos que afecten a la tarea de ejecución de las penas impuestas por otro Tribunal. De hecho para la ejecución de una pena en un país distinto de aquél en que la pena se impuso se establecen y regulan las comunicaciones que a tal efecto deben llevarse a cabo entre Estados (el que dicta la sentencia y el que la ejecuta).

- Cuando la Decisión Marco 2008/675/JAI señala en su considerando segundo que "el Juez de un Estado miembro debe estar en condiciones de tener en cuenta las resoluciones penales definitivas pronunciadas en los demás para apreciar el pasado penal del delincuente, para constatar la reincidencia y para determinar la naturaleza de las penas y modalidades de ejecución que puedan aplicarse", lógicamente se está refiriendo a las modalidades de ejecución de sus propias penas, no de las impuestas en otros Estados.

- La Decisión marco es un instrumento que permite que los Estados miembros de la Unión armonicen sus legislaciones, pero no armoniza o reunifica directamente por sí misma tales legislaciones. Como es sabido carecen de efecto directo, a tenor del Tratado de Ámsterdam. Lo que sí imponen es interpretar la legislación nacional conforme a los objetivos de la Decisión marco, pero con el límite de que no es posible una interpretación contra legem, y en nuestro caso nunca podían haberse enjuiciado estos delitos en el mismo proceso, ante la inexistencia de marcos comunitarios que permitan juzgar en un Estado los delitos cometidos y sentenciados en otro distinto.

- La Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de transposición de la Decisión marco 2008/909/JAI, aborda el problema de la acumulabilidad, que afecta, entre otras cuestiones, a los requisitos y efectos de la ejecución en España de una resolución de otro Estado miembro. Su art. 63 establece: "Lo dispuesto en este Título se aplica únicamente a las penas o medidas pendientes, total o parcialmente, de ejecución. Cuando hayan sido totalmente cumplidas, su consideración en un nuevo proceso penal se regirá por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea".

- Por su parte, el art. 86 de la Ley 23/2014 dispone en su apartado primero inciso segundo que: "Los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales espa-

ñoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

5.2. En relación con el **CONCURSO IDEAL** nada ha variado en la nueva LO 1/2015. Su penalidad subsiste en los mismos términos.

Con la separación de regulación de los concursos medial e ideal se abre una brecha histórica. Todos los Códigos Penales partieron de la idea de la asimilación de ambos concursos a efectos de su tratamiento punitivo y de la determinación de la pena²⁷. Además, en todos los Códigos del movimiento codificador se seguía la regla de aplicar la pena del delito más grave en su mitad superior, sistema de absorción con agravación, salvo que fuese más beneficioso penar por separado. Recoge la Circular estudiada que ese fue el criterio desde el artículo 77 del CP de 1848 hasta el bien conocido artículo 77 del CP de 1995.

Esta asimilación de régimen y determinación de la pena entre ambos concursos siempre suscitó recelos en la doctrina del TS.

Pero antes digamos que el concurso de normas y el ideal coinciden en el soporte básico y estructural de una sola acción y se diferencian en la afectación o no a uno o varios bienes jurídicos. En efecto, en la diferenciación entre el concurso de leyes y el de delitos ideal (artículo 77) real (artículo 73), la Sala II ha declarado que “si, ante una determinada conducta punible, su total significación antijurídica queda cubierta mediante la aplicación de una sola norma penal, nos encontramos ante un concurso de normas. Pero si es necesario acudir conjuntamente a varias normas penales para captar toda la ilicitud del hecho estamos ante un concurso de delitos” (SSTS 887/2004, de 6.7, 722/2005, de 6.6, 671/2006, de 21.6, 900/2006, de 12.9).

A su vez, la distinción entre concurso real e ideal dependerá de la existencia de una sola acción o de varias acciones. Lo que inevitablemente nos reconduce a la teoría de la unidad de acción en sus diferentes concepciones. Como recuerda la STS de 26.4.2013, en la jurisprudencia tuvo mucho predicamento la doctrina del contenido natural de acción, pero tal doctrina al apegarse demasiado a las acciones humanas, llevaba a igualar a quien falsifica un documento con quien lo hace con todo un expediente, razón por la que fue poco a poco sustituida por la concepción normativa de la acción. El concepto normativo de la acción atiende, fundamentalmente, al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando el agente actúa y con tal actuar se ocasiona el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales –únicos o plurales-, que se produzcan en el mundo real. Véase la STS de 9.5.2006. En definitiva, para tener en cuenta la unidad o pluralidad de la acción hay que valorar, junto a la acción natural, los llamados cortes típicos del legislador –concepto normativo- en atención a los preceptos infringidos y bienes jurídicos protegidos. Como recuerda la STS de 30.12.2014 “el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fuesen percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podría predicarse en todos aquellos comportamientos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habrá unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad”. Por tal motivo, cuando la voluntad del sujeto abarca la voluntad de provocar varios resultados delictivos distintos habrá varias acciones y, en consecuencia, concurso de delitos, no ideal.

²⁷ Circular 4/2015 de la FGE sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

Por tal motivo, cuando con “una sola acción dolosa” de contenido volitivo múltiple se han producido varios resultados, la jurisprudencia opta por la consideración de la concurrencia de varias acciones. Y lo hace, con la siguiente reflexión:

“La unidad de acción, viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados. Habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido de la voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción todos los resultados producidos –es decir, si actúa con dolo directo– y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad, como de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de una causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya disparado varias veces su arma de fuego o haya hecho explotar una sola bomba. Por el contrario cuando la voluntad afecte directa y fundamentalmente a la acción, pero no al resultado, es decir, cuando se actúa con dolo eventual, estaremos en presencia de un concurso ideal”. Es la solución de las sentencias de 19.10.2001; 15.2.2006 y de la pionera de 11.6.1997 o la consolidadora de esa interpretación que fue la que resolvió el recurso del 11.M.

5.3. En sede CONCURSO MEDIAL es donde se han producido las novedades más relevantes, que estudia perfectamente la Circular nº 1/2015.

En sede del concurso medial la reflexión más generalizada en doctrina y jurisprudencia es la de que constituye una modalidad de concurso real. Pero, si el concurso medial es una modalidad de concurso real, podemos preguntarnos por qué su tratamiento penalógico es equiparado al del concurso ideal. Debemos recordar que el tratamiento penal unitario de ambos concursos estaba basado en la idea de unidad de pensamiento y unidad de voluntad que hace asimilar los concurso mediales a los ideales. Es claro que el concurso medial comporta varias acciones, pero a ojos del tercero, por su conexión medial se asimilan a solo una. La STS de 3.2.2003 lo expresaba en esos términos. La STS de 2.4.2003 resumía que “el concurso medial es un concurso real con los efectos de penalidad del concurso ideal, La fundamentación del tratamiento punitivo unitario descansa en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como una unidad de acción”.

En la reforma estudiada, el legislador ha optado por escindir el régimen punitivo de ambos tipos de concursos: medial e ideal.

La idea diferencial es celebrada por la jurisprudencia, que siempre entendió que cuando se cometen varios delitos con relación medial de conexión, la reacción penal ha de ser menos intensa que si se hubieran cometido varios sin relación entre sí en el que se sigue el sistema de acumulación jurídica de los artículos 75 y 76 CP, pero, a su vez, más profunda que si solo se hubiera realizado una acción aunque lesionara varios bienes jurídicos.

En la doctrina, en cambio, se discute que la escisión de tratamiento penalógico entre los concursos medial e ideal haya sido afortunada. Todo ello pese a que la doctrina mayoritaria coincide en que en realidad el concurso medial es una forma de concurso real. Celebran como lógica la escisión autores como SANZ MORÁN y ACALE SÁNCHEZ en la medida en que conceptualmente ambos concursos son distintos. Pero justifican un régimen punitivo común otros autores como VIVES ANTÓN para quien “la dirección final de la voluntad en un sentido único (cuya realización pasa por el empleo de los medios necesarios para llevarla a cabo) da lugar a una consideración unitaria del actuar a efectos penalógicos, conclusión que si bien podrá discutirse responde a concepciones de toda una época de la doctrina penal plasmada en el texto del Código”.

La generalidad de la doctrina, como dijimos, distingue ambos tipos de concurso, destacando DÍEZ RIPOLLÉS respecto del concurso medial su naturaleza intermedia entre el concurso real y el ideal.

Otros como GUARDIOLA GARCÍA²⁸ defienden que aunque las dos realidades –concurso medial e ideal– describen sustratos fácticos distintos ello no autoriza a sancionarlas de modo diverso si se alcanza la conclusión de que valorativamente merecen la misma respuesta punitiva. Por eso autores como QUINTERO OLIVARES o el ya citado VIVES ANTÓN propugnan tratamiento punitivo no diferenciado entre ambos supuestos concursales.

Desde luego, la distinción punitiva conllevará el beneficioso efecto de denominar en la jurisprudencia cada concurso por su nombre, pues la unificación de tratamiento permitía a alguna sentencia del TS descuidar la terminología en la designación de la clase de concurso. A título de ejemplo se ha citado por algún autor la STS de 24.2.2015 que parecería calificar como supuesto de concurso ideal la relación entre un delito de estafa continuado, como delito fin, y, otro, de falsedad continuada en documento mercantil, considerado como medio necesario para la comisión del primero. Es evidente que la utilización del término adecuado, en ese ejemplo, concurso medial, ayudaría a mejorar la corrección dogmática que el TS debe tener en la descripción exacta de tipos, subtipos, autorías, participaciones, circunstancias o concursos. En este sentido, aunque en otro ámbito, no puede hablarse de autores por cooperación necesaria o por inducción, pues el inductor y el cooperador necesario son partícipes en un hecho ajeno y no autores de un hecho propio, por mucho que el CP los considere autores. Precisamente los considera autores porque no lo son. Es por ello que en los delitos especiales la participación del extraneus permitirá la degradación de su pena, ya que no es autor puesto que el legislador circunscribe el círculo de la autoría a determinadas condiciones y cualidades subjetivas de las que el partícipe carece. Otros ejemplos son imaginables, donde debe cuidarse la expresión dogmática exacta, como la extraña aceptación de autores mediatos o coautores en delitos de propia mano.

Para remontarnos a la esencia del problema que debatimos recordaremos que la equiparación entre concurso medial e ideal bebe sus fuentes de la Escuela Clásica italiana²⁹, pues para ella, concurriendo unidad de fin, la pluralidad de hechos y de bienes jurídicos hacían considerar al delito medio como agravante del delito fin, pero no como delito independiente aunque fuera instrumental.

En el Derecho comparado la categoría del concurso medial no aparece en los Códigos alemán, italiano, portugués y francés. En cambio, en los derechos iberoamericanos el concepto es conocido, excepto en México y Brasil. En nuestros Códigos históricos, salvo en el CP de 1822 en el que no se apreciaba, todos los demás Códigos del movimiento codificador recogieron el concurso medial asimilándole al concurso ideal en el tratamiento punitivo y determinación de la pena.

La distinción entre ambos concursos propiciará también el deseable efecto de distinguir perfectamente la naturaleza del concurso medial. Puesto que el CP se limita a decir que es concurso medial aquél en el que “uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro”, la doctrina jurisprudencial delimitará con exactitud el alcance de la expresión “medio necesario”. En este punto basta recordar que el adjetivo “necesario” apela no al plano subjetivo del autor sino a la conexidad instrumental entre los delitos desde el punto de vista objetivo. Así, la STS de 11.4.2014 ha destacado que “la voluntad del autor no es suficiente para la configuración del concurso medial, pues lo que el CP exige es que la relación necesaria sea entre los delitos, lo que deja fuera de la categoría aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión de otro delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de naturaleza objetiva, superando el criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible dada la forma en que ocurrieron los hechos delictivos”. En el mismo sentido, la STS de 9 de octubre de 2012 afirma que “la determinación de cuándo un delito es medio

²⁸ Sobre todas esa teorías ver Comentarios sobre este artículo en GUARDIOLA GARCÍA, JAVIER, *Reglas generales de aplicación de las penas*, p. 306 a 315, en Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015, director GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L. editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

²⁹ Circular 4/2015 de la FGE sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor”.

El rigor en la determinación de la necesidad tampoco debe exigirse hasta el extremo de ponderar la concurrencia de una necesidad absoluta, pues con esa precaución máxima hasta los supuestos de medialidad reconocida quedarían extra muros del ámbito relacional que el concurso proclama. En efecto, aunque la estafa se hubiera cometido falsificando documentos notariales de representación y poder o documentos mercantiles para obtener descuentos de letras de colusión, la exigencia llevada al extremo siempre nos podría llevar a considerar que podría haberse obtenido el desplazamiento patrimonial sin recurrir a esa falsoedad instrumental con la indeseable conclusión de la exclusión de la medialidad, derivando la condena hacia el concurso real.

No debería ser así. La necesidad debe valorarse desde el punto de vista objetivo, pero no abstracto, sino concreto, ponderando si en atención a las exigencias lógicas, temporales y espaciales la acción fin exigía de la concurrencia previa de la acción medial o instrumental. Algo que en los ejemplos propuestos es indudable.

Dado que el régimen punitivo ha cambiado, la distinción entre concurso ideal y medial es ahora básica. Y en este punto llegamos a la fórmula penológica. En el caso de tratarse de un concurso ideal, un solo hecho que constituya dos o más delitos, siendo preciso aplicarlos todos para evitar que queden pendientes flecos de antijuridicidad, la fórmula penológica que se residencia en el artículo 77.2 coincide con la penología común que para el concurso medial e ideal reservaba el antiguo artículo 77 CP 1973. Es decir, “se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penase separadamente las infracciones”.

Pero la fórmula del concurso medial es novedosa y distinta, sin que en todos los casos garantice, como parecería ser el espíritu de la reforma, que siendo el concurso medial categoría intermedia entre el concurso real -más grave- y el concurso ideal -más leve-, la pena, en todos los casos sea más grave en el concurso medial que en el ideal.

La fórmula residenciada ahora en el artículo 77.3 CP reza del siguiente tenor:

“Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada delito. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”

La Circular 4/2015 de la FGE estudia los pasos obligados de la fórmula indicada.

Sus hitos más relevantes serán los siguientes:

El legislador diseña un sistema que pivota sobre una pena híbrida que se forma con las penas de las infracciones concurrentes. Sus límites máximo y mínimo son los siguientes: el mínimo, pena suelo, lo conforma la pena prevista para el delito más grave que habrá de ser superada en su concreción final; y el máximo, pena techo, vendrá representado por la suma de las penas concretas que se hubieran impuestos por los delitos de haberse castigado por separado.

Para determinar cuál es la pena suelo, “pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave” no debe acudirse a la pena “superior en grado”, lo que resulta evidente tras la negativa del legislador a aceptar las propuestas del CGPJ y del Consejo de Estado en ese sentido, sino simplemente a una “pena superior” a la que corresponda a la infracción más grave. Como se habla de la pena que hubiera correspondido en el caso concreto a la infracción más grave, el primer paso es seleccionar la infracción más grave “atendiendo al grado de ejecución y a la forma de participación”, en cuanto constituyen formas de tipicidad autónoma que el CP incorpora a la Parte General, así como a la concurrencia

de circunstancias eximentes incompletas y del error de prohibición vencible, en cuanto constituyen institutos con eficacia limitadora del marco penal del delito. Es decir, en esta primera aproximación a la pena en concreto más grave superada o elevada habrán de tenerse en cuenta los artículos 62, 63, 68 y 14.3 CP. Pero no solo eso, pues la concreción de pena, obligará a valorar también las reglas del artículo 66 CP concernientes a las concurrencia de circunstancias de la infracción más grave. Y también los factores de individualización de la pena. Esta pena, ya seleccionada en su concreción absoluta, jugará como suelo, una vez elevada dentro de su marco penal. Por ejemplo en un concurso medial entre delito de detención ilegal del artículo 163 CP, como delito medio, y de un delito de robo con intimidación y uso de armas del artículo 242.1 y 3 CP, como delito fin, sin concurrencia de circunstancias, la pena más grave es la del artículo 163 CP, de 4 a 6 años de prisión, que podría concretarse en la de 5 años – en función de la hipotética gravedad del hecho con 2 horas de duración de la privación de libertad y de la personalidad del autor-, por lo que la pena superior elevada sería la de 5 años y 1 día. Esta sería la pena suelo.

Luego se determinará la pena techo con la “suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas de penarse por separado” los delitos concursados. Bien, ya sabemos la pena que se hubiera impuesto en concreto de penar por separado respecto del delito más grave: 5 años. Pero ahora debemos hallar la pena imponible al delito menos grave. Otra vez, como es pena en concreto habrán de tenerse en cuenta los artículos 62, 63, 68 y 14.3 CP. Pero no solo eso, pues la concreción de pena, obligará a valorar también las reglas del artículo 66 CP concernientes a las concurrencia de circunstancias de la infracción menos gravemente penada. Y también los factores de individualización de la pena de este delito de pena menor. En el ejemplo, la pena podría ser respecto del delito del artículo 242.2 CP, la de 3 años y 6 meses a 5 años, que podríamos concretar con sus factores de individualización incluidos en 3 años y 6 meses de prisión. De esta forma la pena techo, suma de las que se hubieran impuesto en concreto de penar por separado, sería la de 8 años y 6 meses.

En cuarto lugar, hay que individualizar la pena dentro de la horquilla de las penas, suelo y techo. En ese momento ya no podemos tener en cuenta las “reglas dosimétricas” del artículo 66 CP, pues ya las hemos usado e incurrimos en la doble desvaloración o valoración del hecho prohibida por el artículo 67 CP, sino que simplemente se individualizará la pena con ponderación de los “criterios” del artículo 66 CP. Obsérvese que los criterios son distintos de las reglas y que el CP siempre que quiere sujetar la individualización de la pena al artículo 66 remite a sus reglas, como hace sin ir más lejos, en el artículo 66.2 CP. En nuestro caso, el legislador habla de sujeción a los criterios del artículo 66 y no a sus reglas. El artículo 66 CP tiene reglas y criterios y en este caso la segunda sujeción es solo a los criterios, no a las reglas. Así evitamos la lesión del bis in ídem. Esos criterios del artículo 66 CP han de ser los relativos a la gravedad del hecho en su conjunto concursal y a la personalidad del autor que no hubieran sido ya valorados en la individualización de pena de los delitos medio y fin. Puede ser difícil hallar criterios vírgenes, pero pueden hallarse en el número de delitos medio y en la gravedad del concurso y de la personalidad del autor desde esa óptica. En nuestro ejemplo, de acuerdo con esos criterios, dentro de la horquilla existente entre la pena suelo de 5 años y 1 día y la pena techo de 8 años y 6 meses, ésta podría individualizarse en 6 años de prisión.

Todavía subsisten otros límites. El primero, es que la pena final habrá de ser superior a la concretamente imponible por el delito más grave. En nuestro ejemplo, la de 6 años, supera la concreta seleccionada para la detención ilegal de 5 años. El segundo, consiste en que la pena final superior no puede superar la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. En nuestro caso, la pena impuesta no supera la suma separada de 8 años y 6 meses. El tercer límite es el del concurso real, y nos dice que la pena nunca podrá superar los límites del artículo 76 CP, sobre todo, el límite relativo del triple de la pena más grave, que jugará especialmente cuando los delitos en concurso sean tres o más de tres.

Recordemos, como es obvio, que la infracción más gravemente penada puede corresponderse con el delito medio o con el delito fin y también que si ambas figuras tuviesen la misma pena cualquiera de ellas servirá para conformar la pena suelo.

Dada la complejidad de las operaciones cada una de las fases deberá ser especialmente motivada. La Circular 4/2015 recuerda esa labor de motivación que antes que al juez vinculará al fiscal.

Queda por analizar un supuesto. Es el referido a la relación medial múltiple o concurrencia de varios delitos medios con un delito fin. Imaginemos el supuesto de un robo con intimidación y uso de armas como delito fin y tres delitos de detención ilegal como medios. Las SSTS de 28.2.2014 y 22.6.2015, en tales casos, recurrían al expediente de establecer un concurso medial entre el robo y una detención ilegal y sancionar las otras detenciones ilegales por separado sin superar nunca el límite de penalidad del concurso real fijado en el artículo 76 CP. Tal doctrina se establecía desde el estudio de la triple posibilidad que en tales casos planteaba la STS de 7.3.2007:

Aplicar el artículo 77 tantas veces como sean los nexos medios a fin.

Establecer un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes que se penarían con independencia.

Todos los delitos entrarían en concurso medial.

De las tres opciones, la primera se puede descartar por la lesión del bis in idem que conllevaría. La solución tercera se revela como excesivamente benevolente y es la segunda, como más ajustada a criterios de prevención general y proporcionalidad, la que han terminado por adoptar las SSTS citadas de 28.2.2014 y 22.6.2015, pues evitan un privilegio punitivo para el autor no justificado.

Volviendo al ejemplo de los tres delitos de detención ilegal del artículo 163.1 CP como medio para cometer un delito fin del artículo 242 números 1 y 3 CP, la solución de las SSTS citadas³⁰ que optan por el concurso medial entre un delito de detención ilegal y el delito de robo, sancionando luego los dos delitos excedentes de detención ilegal, nos llevaría a la penalidad de 5 años por el concurso medial y 4 años por cada uno de los dedos delitos sobrantes del artículo 163.1 CP. Total, 13 años de prisión.

Con la nueva regulación la penalidad sería idéntica. La pena suelo será la del delito más grave elevada, por ejemplo la de un delito de detención ilegal, que podríamos fijar en 5 años de prisión elevada en un día. Luego, la pena techo sería la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto por cada delito separadamente que serían las de 5 años por la primera detención ilegal, 3 años y 6 meses de prisión por el robo, y 5 años de prisión por cada una de las otras dos detenciones ilegales. La suma total es 18 años y 6 meses de prisión, pero debe limitarse por la regla del artículo 76 CP, luego quedaría en 15 años, triple de la mayor. La penalidad con la fórmula actual iría, por ello, de 5 a 15 años y atendiendo a los criterios de gravedad y circunstancias personales del artículo 66, así como al número de delitos que conforman el concurso, podría individualizarse en esos mismos 13 años de la actual solución.

La solución aparece como la señalada como intermedia entre las tres posibilidades de la STS de 7.3.2007, pues la primera, nos llevaría a los 15 años y la tercera nos dejaría en 5 años de prisión.

Madrid, a 23 de octubre de 2015

³⁰ SSTS de 28.2.2014 y 22.6.2015.

LA LIBERTAD CONDICIONAL TRAS REFORMA POR LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

Autora: María Ángeles Garrido Lorenzo
Fiscal del Tribunal Supremo

Resumen

Pretende este trabajo, realizar una aproximación a la nueva regulación que por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha introducido en el texto del Código Penal sobre la Libertad Condicional. Tras algunas consideraciones previas sobre el origen de la institución en nuestro país y en el derecho comparado, sobre su debatida naturaleza, se examina el nuevo perfil, de la ya vigente suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional. Una foto de conjunto obliga a referirnos a otros textos legales que, asimismo, abordan y complementa esta institución. Algunas como la Ley Orgánica General Penitenciaria, con su Reglamento Penitenciario, la Ley Orgánica del Poder Judicial, no ven alterado su contenido, la reciente Ley del Estatuto de la víctima, introduce la intervención de la víctima, también en la fase de ejecución, en los términos en ella previstos y para algunos delitos taxativamente enumerados. Ello permite obtener una idea de conjunto de las novedades introducidas en la materia, al tiempo que señalar ciertas contradicciones entre los textos o sus deficiencias. En cualquier caso, se trata de una aproximación a la materia, necesariamente limitada, al tratarse solo de uno de los artículos de la Revista del Ministerio Fiscal, de la que le cumple el honor de formar parte.

1. Introducción

Es ya casi un lugar común la mención de las sucesivas modificaciones que ha tenido el vigente Código Penal desde su redacción inicial, aprobada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, a pesar de ser el resultado final de sucesivos proyectos y anteproyectos que buscaron alcanzar un texto que sustituyera al refundido de 1973. No por ello pueden obviarse y nos encontramos en este momento abordando y asumiendo la penúltima de dichas reformas, que según los datos del BOE alcanzan el número de veintiocho. La última de ellas ha sido introducida por LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Con la misma fecha la LO 1/2015, lleva a cabo una amplia revisión del articulado del texto previo y entre los ámbitos que reciben nuevo tratamiento se encuentra la ya vigente regulación de la libertad condicional, que se ve modificada amplia y significativamente. Se busca el cambio de la tradicional concepción de la libertad condicional, como proclama, sin ambages, el Preámbulo de la ley, para convertirla, o cuando menos aproximarla, a una modalidad de suspensión del cumplimiento de la pena de prisión. Por otra parte del contenido de la nueva Sección 3^a, Capítulo III, Título III, destaca especialmente la previsión contenida en el art. 92, que regula la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable. Pena, de nuevo cuño en nuestro ordenamiento jurídico penal, que ha sido uno de los puntos cruciales de la reforma, su repercusión, no solo en la doctrina científica sino también en medios de comunicación y los más diversos ámbitos de la sociedad, obedece a las encontradas opiniones que sobre la misma se manifiestan. No es objeto de este artículo el examen de las razones esgrimidas desde los distintos posicionamientos, pero sí lo es la regulación contenida en el citado precepto. Siendo así que precisamente la posible suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad, *estricto sensu*, es el argumento fundamental que se esgrime como constitucionalmente legitimador de la introducción de la prisión permanente. Si bien es cierto que esta previsión no ha colmado las exigencias de quienes se oponían a la introducción de la nueva pena de prisión permanente, desde una postura más radical -esencialmente porque mantenían una "enmienda a la totalidad"- sí la ha jus-

tificado para muchos otros sectores y, desde luego, ha supuesto la acomodación al sistema dominante en nuestro entorno internacional, siguiendo criterios similares a la mayoría de países europeos, y la respuesta a una demanda importante de la sociedad.

2. Naturaleza jurídica

La libertad condicional encuentra un difícil anclaje en la teoría retribucionista de la pena, al atender esta doctrina meramente a la necesidad de retribución acorde con la gravedad de la infracción cometida y la responsabilidad del autor de la misma. Llegándose a afirmar que dicha institución era incompatible con las exigencias del principio retributivo¹.

Con un criterio ecléctico afirma Jeschek² que ella se pretende “adaptar la duración del cumplimiento de la pena a la evolución del reo en el establecimiento penitenciario, estimulándolo, al mismo tiempo, para que configure su destino durante el cumplimiento con un comportamiento positivo.” para más adelante concluir que “La libertad condicional o suspensión del cumplimiento del resto de la pena es una medida de ejecución penal”.

Incumbe pues analizar cuál sea la naturaleza jurídica de la libertad condicional en nuestro vigente ordenamiento penal, así como su posible trasformación tras la reforma experimentada por la LO 1/2015.

La respuesta esencialmente oscila entre la consideración de la libertad condicional como una forma de ejecución de la pena privativa de libertad o el entendimiento de que se trata de una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena de prisión. Abunda en la primera idea, ciertamente, el art. 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) que no solo recoge el sistema de individualización científica, sino que sitúa la libertad condicional como parte de la ejecución de la pena, como el último de los grados de la misma al declarar que “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”. En ese mismo sentido apunta el hecho de ser objeto de cómputo, como tiempo de cumplimiento de pena, el transcurrido en libertad. Lo que, como se verá, ha sido modificado en los casos de revocación.

Desde una concepción distinta se considera la libertad condicional una mera modalidad de suspensión de la pena y tras la LO 1/2015 de 30 de marzo, la voluntad del legislador se decanta explícitamente en este sentido. Bien es verdad que la reforma producida por la L.O. 7/2003 añadió a la redacción del art. 36 del Código de 1995, un segundo párrafo, fijando un periodo de seguridad para la clasificación en tercer grado, lo que ya se entendió como la quiebra del sistema de individualización científica, incorporando como criterio fundamental en la clasificación penitenciaria la duración de la condena, como ocurriese con el sistema progresivo clásico³.

La referencia a lo largo del articulado del Código Penal hoy vigente a la *suspensión de la ejecución del resto de la pena* evidencia que no se concibe como el último período de cumplimiento, como el último grado de la pena, que afirma la LOGP, sino como un lapso de tiempo en el que se interrumpe, si bien, de darse las condiciones fijadas en la concesión por el juez de vigilancia penitenciaria, al finalizar el plazo se produce la remisión de la pena. También sustentando la tesis que mantiene la concepción de la libertad condicional como una modalidad de suspensión, se señala que no tendrá lugar el abono del tiempo de libertad condicional en el cómputo de la pena, cuando se produce la revocación de la libertad concedida. Así lo declara art. 90. 6 in fine, “El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena”. Y en ello incide la remisión del apartado 5 del mismo precepto a los ar-

¹ GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. “Derecho penal Introducción”. pág 121 Madrid 1995, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho.

² JESCHECK, H-H. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Pág. 1166. Editorial BOSCH. Barcelona.

³ RENART GARCÍA, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Editorial Edisofer. Madrid, 2003, págs. 89-90

tículos 83, 86 y 87, de la Sección 1^a, De la suspensión de la ejecución de las penas *privativas de libertad*. En el mismo sentido el art. 134.2 declara que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso “Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena”.

En cualquier caso las dudas se disipan si atendemos a la interpretación auténtica de la voluntad del legislador expresamente manifestada en el Preámbulo de la ley de reforma, cuando declara que: “la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Este nuevo perfil con que configura el legislador la libertad condicional no está exento de críticas, achacándosele esencialmente la introducción de un marcado sesgo retribucionista en el cumplimiento de la pena de prisión. Incluso se ha advertido que puede infringir o rozar la vulneración del principio *ne bis in idem*, en tanto los deberes que se pueden imponer al penado al concederle la suspensión de la ejecución y la libertad condicional a veces tienen el mismo contenido que las penas privativas de otros derechos (así sucede con las prohibiciones del art. 39g Código) que el sujeto habría cumplido hasta que la libertad condicional se revocó, sin que ello evite que el penado tenga que volver a cumplir con la pena de prisión que, en términos de la reforma, quedó suspendida⁴. Aunque en ese sentido la tacha sería aplicable igualmente a los supuestos de simple suspensión de la pena de privación de libertad, puesto que las medidas, prohibiciones y obligaciones son las mismas y, de igual modo, en caso de revocarse, ello implicaría el cumplimiento en prisión de la pena originariamente impuesta.

De forma contundente rechaza Manzanares Samaniego “la pretendida regulación de la libertad condicional como una simple modalidad de la suspensión de la ejecución del resto de la pena. Se trata de dos instituciones distintas entre las que ha de escoger el legislador, bien entendido que la opción radical por la suspensión de la ejecución del resto de la pena acabaría con la libertad condicional tal y como siempre ha sido considerada en nuestro Derecho penal”. Y concluye el autor afirmando que “Es erróneo referirse a ambas instituciones como si se tratara de una sola con dos denominaciones”⁵.

El nuevo articulado no solo emplea indistintamente ambas denominaciones, también lo hace conjuntamente. Ya el art. 90.1 declara que el juez de vigilancia penitenciaria *acordará la suspensión* de la ejecución del resto de la pena y concederá la libertad condicional..., de suerte que esta es la consecuencia de aquella. Y el Preámbulo de la ley -se ha de insistir- no deja dudas respecto a la configuración como una modalidad de suspensión.

Para Nistal Burón la modificación ahora comentada se dirige a incrementar la eficacia de la justicia penal mediante la introducción de un único régimen de suspensión de la pena, que ofrece diversas alternativas, siendo una de ellas la libertad condicional. De esta forma la libertad condicional dejaría de ser una figura autónoma -al igual que va a suceder con el instituto de la sustitución de las penas- y pasa a convertirse en una modalidad de la suspensión de la pena, declinando su actual naturaleza a último grado del sistema penitenciario”⁶.

⁴ MIR PUIG, C. “Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad”. 3^a Edición. Con cita de Núñez Fernández. pág 152. Editorial Atelier. Barcelona 2015.

⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas de 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Pág. 113. Editorial La Ley. Madrid 2015.

⁶ NISTAL BURÓN, J. “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, el e reforma del Código

Proclamada por el legislador la libertad condicional como una modalidad de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, no parece que quepa margen de duda a cual sea la naturaleza de la misma en nuestro derecho vigente. Ello a pesar de lo manifestado en el artículo 72 de la LOPJ, que puede considerarse ha quedado tácitamente modificado por la nueva regulación introducida en el Código Penal. También a pesar de que no obstante esa voluntad de modificación de su naturaleza, adolece de una característica esencial en de las formas de suspensión del cumplimiento, cual es que tratan de evitar el ingreso en prisión del penado, lo que ciertamente no ocurre con la libertad condicional. En cualquier caso, lo que no cabe cuestionarse es que constituye hoy un derecho del penado al que puede acceder de concurrir los requisitos exigidos para ello. La configuración legal del mismo dista mucho de la superada concepción como derecho de gracia. Su denegación -como también la concesión- habrá de ajustarse a la concurrencia de tales exigencias y estar fundamentada suficientemente, para habilitar el acceso al sistema de recurso que se contempla en la ley.

Aunque a veces se utiliza el término beneficio en referencia a la libertad condicional, conforme al art. 202 de Reglamento “se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento”. El mismo texto enumera taxativamente como tales el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

En todo caso se trata ya de un derecho del penado. En los términos referidos en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, “La libertad condicional es una específica forma de cumplimiento de la condena de privación de libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos en la Ley”.

3. Antecedentes históricos

Durante el siglo XIX se desarrollaron en Europa diversos sistemas penitenciarios inspirados en la división de la condena en varios períodos, que en relación directa con la conducta del penado permitían su cumplimiento en condiciones menos duras. Entre ellos se puede mencionar el ideado por Alexander Maconochie, en la isla australiana de Norfolk, conocido como “*Mark System*” o de “*Ticket of leave*”⁷. En él el penado obtenía puntos o marcas por su trabajo, que le allanaban el camino para la libertad. El recluso llegaba a la etapa final en la que adquiría el *ticket of leave* y con él el tercer grado o libertad condicional. Este sistema tuvo gran acogida en Irlanda donde fue desarrollado por Sir Walter Crofton, también aquí la buena conducta y el trabajo del penado le permitía obtener un número de marcas y alcanzar sucesivos períodos hasta el final de libertad condicional.

En España la experiencia penitenciaria del sistema seguido por el coronel Montesinos en 1834, en el presidio de Valencia, constituye una incipiente aparición de la institución examinada. Con un carácter eminentemente práctico estableció un sistema de cumplimiento progresivo de la pena cuyo último período era la libertad condicional. Inspirado en las ideas de reforma penitenciaria del siglo XIX, perseguía la reeducación del condenado, concibiendo el trabajo como el principal medio para alcanzar ese fin, respetando siempre la dignidad del penado, quien debía ser reintegrado a la sociedad. En el presidio de Valencia el sistema estaba dividido en tres períodos: “De los hierros”, “Del trabajo” y “De la libertad intermedia”. Este régimen precedió a los más arriba mencionados, aunque no tuvo tanta repercusión como aquellos, pero sí influyó en la aparición de los mismos⁸. En su Testamento Penitenciario afirmaría Montesinos, como síntesis de la filosofía que había inspirado su trabajo, que “El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda y aviso de criminales; porque el oficio de la justicia no es vengar, sino corregir”⁹.

⁷ *Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria*. Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 5-2015

⁸ MIR PUIG, C. Op. Cit. p. 32.

⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., “*Manual de Derecho Penitenciario*” pág. 256. Editorial Aranzadi. 2012.

⁹ MIR PUIG, C. Op.cit. p. 33 “*Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*”. 3^a Edición. Con cita de Núñez Fernández. Editorial Atelier. Barcelona 2015

El peso del sistema progresivo en España se manifiesta en su acogida en el Real Decreto de 23 de Diciembre de 1889 y la Real Orden de 3 de Junio de 1901, en la modalidad presentada por Montesinos, aún cuando la experiencia española obedece más a la evolución de la práctica que al diseño de un modelo teórico.

El sistema se instaura de forma uniforme para toda España por el Real Decreto de 3 de junio de 1901. En su primer artículo podía leerse "... el régimen de prisiones destinadas al cumplimiento de condenas se sujetará al sistema progresivo irlandés o de Crofton, siempre que sea posible, teniendo en cuenta la estructura y demás condiciones de los edificios". Contemplaba cuatro períodos: el celular, con aislamiento del penado; el industrial o educativo, combinaba la vida comunitaria durante el día con el aislamiento celular por la noche; un período intermedio que al anterior añadía una actividad laboral menor; el último llamado de gracias y recompensas, daría paso a la libertad condicional, a semejanza de otros países de nuestro entorno. Para ello se hacía preciso adecuar la legislación nacional.

Aunque en sentido estricto la libertad condicional se introdujo en el Derecho penal español por ley de 23 de julio de 1914, no pueden ignorarse los precedentes, si bien puntuales y de carácter práctico en el siglo XIX. De hecho, la posibilidad de obtener una rebaja de la cuarta a la tercera parte de la pena impuesta, al penado que hubiera cumplido la pena mitad de la condena por medio del arrepentimiento y de la enmienda ya se contemplaba en el Código penal de 1822. Bien es cierto que no existía posibilidad de revocación de la reducción de la pena conseguida. Bajo el capítulo intitulado *De la rebaja de penas d los delincuentes que se arrepientan y enmienden, y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir sus condenas*. El art. 144. "Por medio del arrepentimiento y de la enmienda el condenado a trabajos perpetuos, podrá, después de estar en ellos diez años, pasar á la deportación. Por el mismo medio el deportado podrá obtener en su deportación, después de estar en ella diez años, algunos 6 todos los derechos civiles, y los empleos ó cargos públicos que el Gobierno quiera conferirle. Por el propio medio el condenado á otra pena corporal 6 no corporal de un número determinado de años que pase de dos, podrá, después que sufra la mitad del de su condena, obtener una rebaja de la cuarta á la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiere impuesto."

La ley de libertad condicional de 23 de julio de 1914 así lo recogió y, con ese carácter aparece regulado en el Código penal de 1928, cuyo art. 174 establecía la posibilidad de otorgar "...la libertad condicional a los condenados a penas de reclusión y prisión que lleguen al último grado de la condena; hayan extinguido las partes alícuotas de ésta que establezcan los reglamentos; sean acreedores del beneficio, por pruebas evidentes de su intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos. La libertad condicional se concede como medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido, y se otorgará por Real orden, previo acuerdo de Consejo de Ministros". Si bien estos requisitos recuerdan los que se establecen en los textos más recientes, exigiendo una evolución del penado hacia su reinserción, precisando que se concede como medio de prueba de el penado se haya corregido, configuran todavía la libertad condicional como un derecho de gracia, a semejanza del indulto, como pone de relieve no solo la referencia a la libertad como beneficio, sino su concesión por Real orden aprobada en Consejo de Ministros.

El Código Penal de 1944 trataba el sistema progresivo en su artículo 84, que venía a ser desarrollado por el artículo 48 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, que lo dividía en régimen cerrado, ordinario, abierto y libertad condicional, siendo obligatorio que todos los penados pasaran por cada uno de estos regímenes de clasificación penitenciaria, para poder llegar a la libertad condicional. Esto se flexibilizó a raíz del Decreto 162/1968 de 25 de enero, permitiendo la posibilidad de clasificar a un interno directamente en segundo grado sin la necesidad de pasar forzosamente por el primero, o bien directamente en el tercer grado. Ese sistema progresivo se mantuvo en vigor hasta la implantación del sistema de individualización científica en virtud de la modificación del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956, en la redacción dada por el citado Real Decreto 162/1968, que sustituyó los períodos por grados de clasificación, el último de los cuales sería la libertad condicional.

Sin embargo el Real Decreto 2273/1977, del Ministerio de Justicia, de 29 de julio, contenía la referencia al sistema progresivo que era el vigente a tenor del art. 84 del Código penal de 1973, que declaraba “Las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el sistema progresivo.”. Finalmente, el criterio fue modificado en el art. 72 LOGP, al referirse a la libertad condicional como último grado del sistema de individualización científica y por la entrada en vigor, el 24 de mayo de 1996, del actual Código Penal. Es por ello que imperó el sistema progresivo durante el siglo XX, desde 1913 hasta la incorporación del sistema de individualización científica, separado en grados, regulado por la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979, de 26 de septiembre¹⁰.

El Código Penal de 1995 eliminó la referencia al sistema progresivo remitiendo en su artículo 36 el cumplimiento de la pena privativa de libertad a lo dispuesto en las leyes, quedándose al margen del cumplimiento de la pena. Esta postura inicial cambió en la L.O. 7/2003 que al añadir el párrafo 2º al artículo 36 C.P. pasa a interferir en la ejecución penitenciaria, en concreto en la clasificación en tercer grado de tratamiento. Debe entenderse la individualización científica como “(...) una forma especializada de individualización, a desarrollar progresivamente en el entorno de la reclusión, por virtud de la cual las ciencias de la conducta participan y atienden a la evolutiva singularidad del penado, arrumbando incluso con criterios clásicos de separación intramuros. La individualización es, también, la esencia y el objeto de la clasificación. Ésta se despliega hacia el penado como criterio selectivo, situacional o incluso moldeador de su hábitat, concebido para poner en marcha el específico proceso tratamental y, con ello, afrontar y tender puentes hacia la futura resocialización del interno”¹¹.

4. La Libertad Condicional tras la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo. Evolución desde la inicial redacción del Código Penal en 1995

Con el artículo 90 del Código Penal comienza la regulación de la Sección Tercera intitulada De la libertad condicional, dentro del Capítulo III DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. En la misma sección y capítulo se contempla la libertad condicional, dedicando un artículo menos que el texto de 1995, al dejar el 93 vacío de contenido. De este modo en tres preceptos se encuadran las previsiones legales en la materia. A ello se han de unir las remisiones a otros apartados del mismo capítulo y distinta sección, así como a otros textos legales. La reducción en el número de preceptos no puede llamar a engaño, la primera lectura ya evidencia una regulación más extensa y pormenorizada. Las previsiones legales en esta materia se han visto incrementadas en las sucesivas reformas. Así se han producido modificaciones por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; y la última y más amplia por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Desde 1995 han sido por tanto cuatro las regulaciones de la sección referida a la Libertad Condicional.

Como ya se anticipaba más arriba y, es común a todos los preceptos que examinaremos, la última reforma ha supuesto un cambio de nomenclatura respecto de las regulaciones precedentes. Se introduce y reitera la referencia a *la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión*, normalmente acompañada de *la concesión de libertad condicional*, en tanto en las redacciones anteriores, desde la promulgación del Código en 1995, tan solo se mencionaba la libertad condicional. Como también se ha dicho, este aditamento ha sido considerado como una alteración de la naturaleza de la institución, incluso se ha llegado a mantener que constituye un alejamiento del sistema de individualización científica de la pena, extremo este último que no puede compartirse.

Por el contrario, la regulación ahora vigente, ofrece una pluralidad de situaciones que van desde un acceso más rápido a la libertad condicional, hasta un mayor rigor en la concesión, conside-

¹⁰ FERNÁNDEZ BERMEJO, D. “Individualización científica y tratamiento en prisión”. Pag. 19. Ministerio de Interior. Madrid 2014.

¹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Derecho Penitenciario”, pág. 103. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2006.

rando la gravedad de la pena de prisión impuesta, en conjunción la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, a las circunstancias personales y evolución del penado. Por lo que puede decirse que atiende tanto a la individualización de la pena adaptándola a las circunstancias personales concretas del condenado, “individualización subjetiva” como a la “individualización objetiva” ateniendo a la gravedad de los hechos, al delito cometido, conforme distinguiera el profesor Antón Oneca¹². Así se distingue supuestos diferentes en la regulación de los artículos 90 a 94 del Código. A saber:

- Forma básica. Suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional para condenados que hayan cumplido 3/4 partes de la pena.
- Libertad condicional adelantada Suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional para condenados que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.
- Forma cualificada. También una libertad condicional adelantada, se prevé para condenados una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena.
- Delincuentes primarios. Suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional para delincuentes primarios que hayan extinguido la mitad de su condena.
- Septuagenarios. Suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional para los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena.
- Enfermos con padecimientos muy graves e incurables. Dentro de estos se regula el supuesto de riesgo de fallecimiento inminente. Suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente.
- Prisión permanente revisable. Suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y libertad condicional para condenados a pena de prisión permanente revisable.

4.1. Supuestos legales

4.1.1. Libertad condicional al cumplir las tres cuartas partes de la condena impuesta

Como supuesto básico el texto en vigor en el art. 90.1 establece las condiciones del supuesto general de concesión de la suspensión de ejecución y libertad condicional, para el que mantiene los tres requisitos que fijara en la primera redacción:

Que el penado se encuentre clasificado en el tercer grado.

Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena.

Que haya observado buena conducta.

Junto a estos requisitos se detallan los aspectos a valorar por el juez de vigilancia penitenciaria, en referencia al penado, al delito y la incidencia de la conducta de riesgo que pueda desarrollar el penado en libertad. El juez de vigilancia penitenciaria habrá de tener en cuenta la personalidad y antecedentes del acusado; pero también atender a la conducta observada durante el cumplimiento de la pena; la relevancia de los bienes jurídicos que se verían afectados por la reiteración y, en fin, las circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

¹² ANTÓN ONECA, J. “Derecho Penal”. Pág. 547. Madrid 1930.

Se amplia y concreta la referencia anterior, que exigía junto a la buena conducta la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la LOGP¹³, lo que se había introducido por LO 7/2003 de 30 de junio. Nistal Burón¹⁴ no ve razón alguna para prescindir de este del informe pronóstico final, no solo porque dicho informe es fruto de la experiencia, conocimiento y preparación del personal técnico penitenciario, sino porque además resulta imprescindible para valorar, adecuadamente, alguna de las variables que la reforma introduce, como la personalidad del penado, su evolución en el Centro Penitenciario, la posibilidad de reiteración del delito, su conducta durante el cumplimiento e incluso los efecto que quepa esperar de su excarcelación y de las medidas que se le puedan imponer.

Asumiendo dicha la incuestionable conveniencia para el juez de vigilancia penitenciaria de disponer, al tiempo de decidir sobre la concesión de la libertad condicional, de un informe emitido por profesionales cualificados, que han realizado el seguimiento del penado en prisión y su evolución, lo que no puede compartirse es que la supresión de la referencia expresa al informe del art. 67 LOGP, implique que se sustraiga del expediente y se prive de una valiosa herramienta al órgano decisorio. La nueva redacción no excluye sino que amplia lo dispuesto en dicho precepto, por lo que no prescinde del mismo. Por el contrario la redacción del texto pretende dar mayor alcance a las circunstancias a tener en cuenta por el juez de vigilancia penitenciaria, sin ceñirlo, al informe final emitido, pero sin descartar su aportación. Obviamente, ha de formar parte del expediente el informe emitido al finalizar el tratamiento, que se contempla en él y ha de valorar el juez de vigilancia, pero sin que ello suponga determinar ni limitar la decisión del juez.

Se trata de una amplia diversidad de aspectos de la vida y la actividad del penado, tanto en el centro de cumplimiento como en relación con el delito cometido. En ello ha de verse la voluntad del legislador de adecuar la concesión de la libertad condicional al cumplimiento individualizado de la pena, sin caer en automatismos. Asimismo, conlleva la exigencia de motivación de la resolución que otorgue o deniegue la concesión. No se exigen consideraciones exhaustivas sobre todos los puntos señalados en el precepto, pero sí ha de introducirse en la resolución líneas esenciales que sustentan la decisión favorable o contraria a la suspensión de la ejecución de la pena y libertad condicional. Esta motivación es esencial para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial en su manifestación de derecho al sistema de recursos.

Denegación. Causa expresamente regulada de denegación, ya introducida en 2003, con cierta variación en la redacción, es la no satisfacción de las responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del art. 72 LOGP¹⁵.

¹³ LOGP. Artículo sesenta y siete. "Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional".

¹⁴ NISTAL BURON, J. "El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria". Pag. 225. Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 5, 2015 Pag.225

¹⁵ LOGP. Artículo 72. Cinco. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 de 30 de junio apartado VIII, explicaba la motivación del legislador para modificar el artículo 72 de la LOGP añadiendo dos apartados, quinto y sexto. Declaraba que “El primer apartado exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, teniendo en cuenta que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de tratamiento debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica plenamente en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito y no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, singularmente, cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal”.

Y en cuanto al apartado sexto artículo 72 LOGP, continua la Exposición de motivos “... la clasificación en el tercer grado penitenciario en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales exige que los terroristas hayan satisfecho su responsabilidad civil en los términos del apartado anterior, así como que hayan abandonado la actividad terrorista y hayan colaborado activamente con las autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.”

Se trata de una medida de política criminal, insertada en el contexto de lucha contra el fraude y delitos económicos de especial gravedad, así como contra los delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas, que se introduce al tiempo en el Código Penal y en la LOGP.

Manteniendo los fines los que perseguía la LO 7/2003, en el texto vigente tras la reforma de LO 1/2015, el tratamiento para los penados por delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo, capítulo VII título XXII, libro II, se contempla conjuntamente en el art. 90, salvo en los casos de condenados a pena de prisión permanente que se ha de acudir al art. 92. Pues bien, el art. 90.8 reproduce literalmente las exigencias que para estos penados ya hemos visto. Mientras el segundo párrafo de este apartado excluye la aplicación de los apartados 2 y 3, esto es, la posible obtención al extinguir dos terceras partes de la condena o la más novedosa al extinguir la mitad de la pena. Por lo demás, esta limitación ya se contenía en el derogado art. 91, tanto para el supuesto de dos tercios como el de mitad de la pena. La reciente reforma supone, por ende, es una nueva manifestación de los fines que inspiraron el texto de 2003.

Pronóstico de reinserción social. Junto a esa exclusión de condenados por delitos de terrorismo u organizaciones criminales, especifica el legislador, en el art. 90.8, qué deba entenderse por

Seis. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

pronóstico de reinserción social, a saber: cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y (copulativamente) además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos del delito, bien para la captura y procesamiento de responsables de los delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Este amplio elenco de posibilidades de acreditar, en definitiva, la fundada expectativa de reinserción que fundamentalmente la concesión de la libertad condicional, conforme se fijó por dicha reforma, puede acreditarse con una doble exigencia; personal que exige la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, así como la expresa petición de perdón a las víctimas de su delito. Además de los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. Requisito este último que constituye una manifestación del sistema de individualización científica de la ejecución, en tanto implica el estudio científico individualizado del penado en la fundamentación de la decisión que deba tomar el juez de vigilancia.

El criterio de exclusión de estos delincuentes del acceso a formas más favorables, que permite acortar su estancia en prisión, ha suscitado críticas desde algún sector doctrinal, arguyendo la inadecuada opción de atender a los delitos cometidos y no a la gravedad de la pena, que se entiende inspirada en las tesis del llamado derecho penal del enemigo. La referida Exposición de Motivos de la LO 7/2003, admitía la demanda de la sociedad para reconsiderar el régimen de cumplimiento de las penas de prisión. No en vano se trataba de una ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, no en vano declaraba: "La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto".

No puede compartirse esa crítica. Es cierto que refleja el severo rechazo social, traducido al derecho positivo, de gravísimos ataques a la paz social y a bienes jurídicos esenciales, de forma organizada y contumaz. Pero no constituye el adelanto de la barrera de protección ante el peligro que suponen una persona o un determinado grupo, sino una mayor severidad en la ejecución de las penas impuestas por la ley, por hechos ya realizados, que constituyen conductas típicas y antijurídicas, abiertamente contrarias a los fundamentos del Estado de Derecho.

4.1.2. Libertad condicional al alcanzar los dos tercios de la pena impuesta

En el apartado 2 del artículo 90 contempla un supuesto más beneficioso que permite, reiterando la fórmula, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional del penado que cumpla como requisitos:

E tiempo efectivo de cumplimiento que se ve reducido de tres cuartas partes a dos tercios de la condena. Se obtiene de este modo una libertad condicional adelantada.

Para lo que se hace preciso que el condenado durante el cumplimiento de su pena haya desarrollado actividades laborales, culturales, u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con una actividad delictiva previa.

Que se acredite el cumplimiento de los requisitos del apartado 1, obviamente, excluida la extinción de los dos tercios de la pena.

Esta posibilidad de obtener con solo dos terceras partes de la pena cumplida la oportunidad que supone la condena condicional ya estaba contemplada en el texto original de 1995, artículo 91, pero la LO 7/2003 que introdujo una modificación y excluyó de la misma a los penados por delitos de terrorismo cometidos en el seno de organizaciones penitenciarias.

El texto de 2003 ya exigía que los presos merecieran dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. A ello se añade ahora, a renglón seguido, que tales actividades se realicen bien de forma continuada, bien con aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa. Exigencia esta que obedece a la con búsquedas del aseguramiento de las posibilidades de su reintegración plena a la sociedad del penado. Se trata de una ampliación del requisito previo de participación activa en diversas tareas, concretándolas, que no es, en definitiva, sino una adecuación del principio de individualización de la pena.

4.1.3. Libertad condicional adelantada

En el mismo apartado dos del art. 90 regula el tercer supuesto más beneficioso para el interno, que prevé la posible concesión de la libertad condicional (esta vez sin referencia a la suspensión del resto de ejecución de la pena). Como una libertad condicional adelantada de forma cualificada. El juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar una vez extinguida la mitad de la condena la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena.

También este tercer supuesto fue introducido por la LO 7/2003 de 30 de junio. En la redacción dada al artículo. 91.2. La redacción dada al mismo ya excluía los delitos del art. V título XXII o los cometidos en el seno de organizaciones terroristas, tanto del acceso a la libertad condicional al alcanzar las dos terceras partes de la pena, como la previsión para el cumplimiento de la mitad de la pena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

El texto resultante de la reforma por LO 1/2015 de 30 de marzo, en el apartado del extenso artículo. 90, veda el acceso a la suspensión y en libertad provisional en cualquiera de los dos supuestos de los apartados 2 y 3, al alcanzar el cumplimiento de los dos tercios de la pena o a la mitad de esta, a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del libro II o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena. Persistiendo en los principios que inspiraron la reforma del Código por LO 7/2003.

4.1.4. Libertad condicional para delincuente primario y penas cortas

Con la pretensión de reducir el tiempo de estancia en prisión de quienes son condenados por un primer delito, el art. 90.3 prevé cuando la pena es inferior a tres años, la posibilidad, excepcionalmente, de que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceda la libertad condicional, al extinguir la mitad de la pena. Remite al resto los requisitos contemplados en el apartado uno, buena conducta y valoración por el juez de vigilancia penitenciaria de las circunstancias fácticas y personales concurrentes. Cabe considerarla como una libertad condicional adelantada cualificada. Se trata de un supuesto de nuevo cuño que obedece a los fines de reeducación y reinserción del penado que ha cometido un primer hecho delictivo, que puede ver significativamente reducida la condena.

Este supuesto tiene, no obstante, un ámbito limitado, no puede obviarse la facultad, ex artículo 80 del Código penal, de la frecuente aplicación por jueces y tribunales, de conceder la suspensión del cumplimiento de la condena a delincuentes primarios, cuando la pena no exceda de

dos años, y que puede alcanzar hasta cinco años cuando se trate de condenados que hubieren cometido el delito como consecuencia de su dependencia de drogas tóxica o estupefacientes. Previsión especialmente conveniente para el tratamiento de delincuentes no habituales, en los que el ingreso en prisión para el cumplimiento de penas cortas, como es sabido, puede ser especialmente desaconsejable, en tanto la suspensión de la pena y la aplicación de medidas pertinentes permite, por el contrario, su integración en el entorno social, con altas probabilidades de evitar reincidencias.

El uso del adverbio *excepcionalmente* se ha de entender referido al supuesto en sí. Lo excepcional es la posibilidad de concesión a penados que solo hubieren cumplido la mitad de la pena, dado que se limita a delincuentes primarios con pena inferior a tres años.

Se excluye de este tratamiento privilegiado a los penados que hayan sido condenados por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Además de estos, como ya se ha visto, no tienen acceso a este beneficio a los penados por delitos comprendidos en el capítulo VII título XXII libro II del Código penal.

4.1.5. Libertad condicional adelantada, mayores de 70 años y enfermos graves

La lacónica referencia contenida en el artículo 92 del texto original del Código de 1995¹⁶ se vio modificada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre¹⁷. El ahora vigente artículo 91 recoge los supuestos contemplados en el art. 92 derogado, en los primeros párrafos casi con literal coincidencia.

No se trata de una concesión preceptiva por tener o alcanzar el penado la edad de setenta años, en contra de lo que parece ser la creencia común en la sociedad¹⁸. Tiene un carácter discrecional tanto en los casos septuagenarios, como en el de penados que sufran enfermedades muy graves incurables. En uno u otro supuesto el juez “podrá” conceder la suspensión de la ejecución de la pena. A esos efectos han de concurrir los requisitos previstos en el artículo 90, excepción hecha de la exigencia de haber extinguido las tres cuartas partes, las dos terceras partes o la mitad de la condena, según el supuesto que quepa aplicar.

Su tramitación, conforme al apartado 2 del artículo 91, por la Administración se hará con la urgencia que requiera el caso, elevando el expediente al juez de vigilancia penitenciaria. En el mismo apartado *in fine*, se precisa que el juez, al decidir en este punto, debe valorar la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del penado. Estas precisiones evidencian el fundamento de la concesión. La decisión no se justifica en motivos pietistas, aunque no se excluyen, pero la razón esencial obedece al sentido y finalidad de la pena. Al no existir posibilidad de delinquir ni tampoco albergarse expectativa de reeducación o/y reinserción, la permanencia en prisión ve notablemente reducido su significado, que quedaría prácticamente circunscrito a razones vindicativas.

¹⁶ Código Penal aprobado por LO 10/95 de 23 de noviembre. Artículo 92 los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables.

¹⁷ Artículo 92 Código Penal tras la reforma por LO 15/2003. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

¹⁸ El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. 2. Constante a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley orgánica General Penitenciaria.”

Tales indicaciones de la ley al juez de vigilancia ponen de relieve la improcedencia de conceder la suspensión de la pena y la libertad condicional, cuando exista una clara posibilidad de que reincida. Circunstancia esta que según el tipo de delitos de que hablemos puede concurrir en septuagenarios e incluso en enfermos con padecimientos graves e incurables. De ahí que no quepa entenderse ni aplicarse un automatismo en la concesión del beneficio de libertad condicional, ni siquiera en estos casos. Por otra parte la concesión del beneficio atendiendo al criterio exclusivo de la edad conllevaría un indudable efecto de llamada, que aprovecharían avezados delincuentes, esencialmente en el ámbito de las organizaciones criminales, dando lugar a la utilización de personas que hubieran alcanzado esa edad, especialmente en la comisión de cierto tipo de delitos, que actuarían con la convicción de no ingresar en prisión, creándose de este modo con facilidad una zona clara de impunidad. Por el contrario, el número de reclusos septuagenarios en nuestras prisiones sobrepasa los trescientos, de los que 48 alcanzan los 80, “muchos de ellos se encuentran en la enfermería de la prisión, que pasa a ser una especie de geriátrico”¹⁹.

Para el caso de patente e inminente peligro para la vida del interno por la edad o por enfermedad, acreditado por el médico forense o facultativos del centro penitenciario el juez o tribunal podrá, sin otro requisito concede la libertad condicional. En tales supuestos, y de conformidad con la previsión del art 36.3, se prevé la progresión al tercer grado por razones humanitarias valorando, especialmente su escasa peligrosidad. Previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes.

Como particularidad de la libertad condicional obtenida por penados que sufran enfermedades muy graves e incurables se establece la obligación de facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

Una causa específica de revocación se contempla para el caso de que el penado incumpliera esa obligación.

La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de la libertad condicional en estos casos se cierra en el último apartado del art. 91, con la remisión expresa en el art. 91.4 a lo dispuesto en el art. 90 en sus apartados 4, 5 y 6, respectivamente. Las causas de denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, la remisión a los art. 83, 86 y 87, los motivos de revocación y la imposibilidad del cómputo del tiempo transcurrido en libertad condicional como tiempo de cumplimiento de la pena, son, por tanto, comunes a las otras modalidades de suspensión.

4.1.6. Libertad condicional para extranjeros

Fuera de la Sección tercera del Código que regula la libertad condicional, exactamente en el art. 89, previo a dicha sección se formulan algunas precisiones respecto de los penados extranjeros. Se trata en la sección de la sustitución de las penas privativas de libertad. En rigor por tanto la referencia a la libertad condicional es una consecuencia tangencial.

Literalmente el art. 89 establece que “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena,

¹⁹ MIR PUIG, C. Op. cit. p. 173.

en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional”.

De suerte que el acceso a la libertad condicional conlleva la expulsión del territorio nacional. De ahí que se trate de una especial regulación de la misma. Esta previsión no es aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea, salvo cuando constituyan una grave amenaza para el orden público o la seguridad.

Por su parte el Reglamento Penitenciario intitula el artículo 197. *Libertad condicional de extranjeros*, determina que “En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”.

4.2. Plazos y cómputo. Previsiones concursales

El apartado último del art. 90.5 fija un plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena de dos a cinco años. Pero, al mismo tiempo, impone que este plazo acordado no puede ser inferior al tiempo restante pendiente de cumplimiento. *Contrario sensu*, sí cabrá que el período que se fije como de suspensión, que debe transcurrir en libertad condicional, si puede ser superior al resto de la pena privativa de libertad

El Reglamento Penitenciario en el art. 201, sigue diciendo: “El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en Establecimiento penitenciario”. Obviamente, se ha de entender modificado por la LO 1/2015 de 30 de marzo.

Conviene tener en cuenta que conforme al artículo 193 del Reglamento Penitenciario “Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

1º. El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.” Lo que supone que en caso de haberse concedido un indulto parcial de la pena se procederá a aplicar este previamente, para a continuación hacer el cálculo de los tres cuartos, dos tercios o la mitad de la pena, de acuerdo con las modalidades contempladas en el Código.

Como segunda regla, continúa el citado precepto señalando que “2.º Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.” Contempla la acumulación aritmética de penas, previa aplicación, en su caso del indulto.

En el caso de penados por más de un delito se ha de atender a las previsiones contenidas en art. 76 del Código para la determinación de la pena y, por supuesto, al contenido de los arts. 78 y 78 bis, este último referido a los supuestos de condenas por varios delitos cuando alguno de ellos esté castigado con prisión permanente revisable. Será examinado este extremo al tratar del apartado dedicado a esta nueva pena.

Cuando los límites máximos de cumplimiento, 25, 30 o 40 años, fijados en el art. 76, resultaren inferiores a la mitad de la suma total de las penas impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Se eleva la exigencia para penados por “delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

- a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
- b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto 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 hubieran sido en primer lugar.

4.3. Competencia para conceder la libertad condicional

La figura del juez de vigilancia penitenciaria, introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1979, con la aprobación de la vigente LOGP, se ha convertido en institución esencial para el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Realizando funciones jurisdiccionales, ostenta competencias que previamente eran atribuidas al órgano sentenciador.

Gráficamente precisa NISTAL BURON “ Si tuviéramos que establecer una línea divisoria competencial entre estas tres actividades, esta podría ser la siguiente: al Juez o Tribunal sentenciador competen todas las decisiones anteriores a la determinación del momento inicial del cumplimiento de la pena, terminando en el momento del inicio del cumplimiento de la condena y reapareciendo para aprobar la libertad definitiva y declarar extinguida la responsabilidad criminal. La actividad de la Administración penitenciaria se iniciaría en el momento del internamiento del condenado, que ingresa en el establecimiento penitenciario, tarea que corresponde a los órganos administrativos creados para dicho cometido -los servicios de prisiones- que han de actuar bajo la supervisión y control de los Juzgados de vigilancia penitenciaria (arts. 76.1 de la Ley penitenciaria y 94.1 de la Ley orgánica del poder judicial). En resumen, una cosa es la ejecución de la sentencia condenatoria que corresponde al propio órgano sentenciador (art. 117.3 CE) y otra muy distinta el cumplimiento de la pena privativa de libertad, que dicha ejecución comporta y que corresponde a la autoridad administrativa bajo el poder fiscalizador de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria”.

La Exposición de motivos Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, configura los jueces de vigilancia penitenciaria como los órganos jurisdiccionales a los que corresponde asegurar el cumplimiento de las penas y controlar las diversas situaciones que se pueden producir en el cumplimiento de aquéllas, así como de las decisiones que sobre dicha ejecución puede adoptar la Administración penitenciaria.

A tenor de esta declaración conjuntamente con las previsiones y competencias de la LOGP, se ha de examinar la regulación contenida en el Código Penal. Parece que sobre la competencia para pronunciarse sobre la concesión o denegación de la suspensión del resto de ejecución de la pena y la libertad condicional, no deben existir dudas, salvedad hecha de los supuestos de penados a prisión permanente revisable. La LOGP es concluyente en su artículo 76 al proclamar entre las competencias del juez de vigilancia penitenciaria:

- a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.
- b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

Por su parte el artículo 90 del Código Penal, comienza igualmente declarando “El juez de vigilancia penitenciaria acordará (...)", conteniendo sucesivas referencias al mismo. Lo que, por lo demás, se corresponde con la concepción de la institución como parte de la ejecución de la pena, que obedece a circunstancias distintas de las que puedan ser atendidas al tiempo de dictar la sentencia, por el tribunal o juez competente. Ello no obstante el articulado contiene menciones indistintas *al juez o tribunal*, como sucede en el artículo 90.7, que pueden considerarse un error material, dentro del contexto general que regula la institución. De ahí que, salvando estos errores y la competencia en el caso de penados a prisión permanente revisable, se deba concluir que la competencia sigue siendo de los jueces de vigilancia penitenciaria.

En el mismo apartado se detecta una contradicción de mayor calado, al comenzar afirmando “El juez de vigilancia penitenciaria *resolverá de oficio sobre la suspensión del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado*”. Salvo dar a las palabras un significado distinto del que tiene, el precepto en dos líneas de la misma frase incurre en una contradicción *in terminis*.

En ese sentido, no cabe duda que puede resolverse de oficio, pues así expresamente se señala en el artículo, además ello es conforme con la regulación contenida en el Reglamento Penitenciario. Los artículos 192 y ss del mismo regulan la iniciación y tramitación del expediente. Comienza declarando el precepto que “Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código”. Para continuar pormenorizando el modo cómo se formará el expediente, se realizará el cómputo del tiempo (...) hasta que la Junta de Tratamiento lo eleve al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El desarrollo legislativo, por tanto no ofrece duda alguna que refiere una tramitación de oficio.

En cuanto a la petición del penado, puede igualmente concurrir. Pero la redacción del precepto resulta poco afortunada. Se ha apuntado la conveniencia de haber establecido una audiencia previa del penado antes de resolver sobre su petición. Prevé el legislador ante la denegación por parte del juez de vigilancia penitenciaria de la concesión instada por el penado, la facultad de fijar un plazo mínimo antes de que se pueda reiterar la petición de suspensión de “*seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada*”. Límite sustentado en el entendimiento de resultar preciso un período mínimo en el que las circunstancias puedan beneficiarle y ser más proclives a la obtención de la libertad. Y sin que ello sea óbice para la concesión de oficio por el juez de vigilancia antes de transcurrir el plazo señalado, si la valoración fuera favorable al penado y no lo hubiera solicitado. De forma que no solo cabe la petición por el penado sino su reiteración. La decisión, en todo caso, deberá motivarse aunque se exija especialmente en el caso de fijación de un período superior a los seis meses. Lo impone la obligación constitucional de motivación de las resoluciones judiciales de forma genérica y la necesidad de la misma para hacer uso del sistema de recursos contemplados por la ley, por lo que será exigible ya sea de denegada o concedida y se dicte el pronunciamiento de oficio o a instancia del penado.

4.4. Denegación de la suspensión

La LO 1/2015 introduce en el art. 90.4 dos supuestos específicos, no de revocación sino de denegación del beneficio que supone la suspensión de la pena. Así confiere al juez de vigilancia penitenciaria la posibilidad de denegar la suspensión de la ejecución de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como segundo supuesto de denegación, en el mismo apartado, faculta al juez de vigilancia a denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena si el condenado lo fuere por alguno de los delitos tipificados en el Título XIX del Libro II, Delitos contra la Administración, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado.

Ambos supuestos constituyen medidas de política criminal insertada con otras disposiciones por ley que tiene por objetivo prioritario una determinada modalidad delictiva. Y pueden ser objeto de diversa interpretación al referirse al cumplimiento conforme a su capacidad, o a la elusión del cumplimiento, términos que introducen matices susceptibles de una flexible ponderación de cada situación.

Por lo demás, la falta de concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la suspensión de la ejecución y libertad condicional, en cada una de sus modalidades, también será causa de denegación.

4.5. Medidas y prohibiciones

El juez de vigilancia penitenciaria por expresa remisión de la ley, art. 90.5 impondrá las prohibiciones, deberes y prestaciones previstas en el art. 83, en lo que se ha visto como una aproximación, entre la suspensión de la pena de la sección primera del mismo capítulo, suspensión en sentido propio, que tiene lugar antes de iniciar el cumplimiento y es acordada, siempre por el órgano sentenciador, y la ahora denominada suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional, que implica un período previo o de seguridad de cumplimiento de la pena de prisión y sería competencia del juez de vigilancia.

A tenor del citado artículo se contemplan una pluralidad de prohibiciones y deberes, en los que el legislador declara la intención de evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, condicionando su adopción a una ponderada pertinencia, de ahí que no deban ser ni excesivos ni desproporcionados.

Puede distinguirse entre estos deberes distintas finalidades, aunque todos tienen en común el objetivo de evitar la reincidencia del penado. Pero en tanto algunas se dirigen a proteger a la víctima, que ya lo ha sido o aquellas que pudieran serlo, en otras destaca la búsqueda de la reeducación del penado, ya para liberarlo de aquellos problemas que lo abocan a la comisión del delito, bien para permitirle acceder a una mínima formación, que le permita su integración efectiva en la sociedad. Todas ellas comparten la voluntad de alcanzar la reinserción social del condenado.

El apartado 1 del art. 83, faculta al juez o tribunal para acordar determinadas prohibiciones u obligaciones. Añade en la última redacción dada al precepto, unos límites a esta discrecionalidad. Se exige que la medida o prohibición resulte necesaria para evitar la comisión de nuevos delitos. Además, precisa el legislador, no podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados.

Enumera a continuación cuales sean estas medidas:

- 1.^a Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.
- 2.^a Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.
- 3.^a Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.
- 4.^a Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- 5.^a Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.
- 6.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.
- 7.^a Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.
- 8.^a Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.
- 9.^a Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.”

Esta cláusula de cierre del precepto, deja abierta la discrecionalidad del juez a fin de adoptar otras medidas. Si bien los términos abiertos de la misma, podrían considerarse inadecuados para la siempre deseable taxatividad penal, la triple exigencia: que se dirijan a la rehabilitación del penado; que este preste su conformidad y que no atenten contra su dignidad, limitan significativamente la amplia facultad concedida al órgano decisario.

Si bien el apartado 1 del artículo 83, faculta al juez a fijar las medidas o prohibiciones del catálogo enumerado, el apartado 2 establece con carácter imperativo que cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del apartado anterior.

El efectivo cumplimiento de las medidas recogidas en los cuatro primeros apartados del artículo 83.1 precisa su conocimiento por los cuerpos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a quienes le deberán ser comunicadas al objeto de velar por su cumplimiento, conforme establece el artículo 83.3. En el mismo apartado se prevé que cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución. Teniendo en cuenta que las medidas enumeradas en este precepto están previstas para los supuestos de suspensión de la pena, que acuerda el juez o tribunal sentenciador y que por remisión son aplicables a la libertad condicional, que la otorga el juez

de vigilancia penitenciaria, será a este a quien proceda informar de forma inmediata. Con la salvedad de los penados a prisión permanente, a los que se les otorgue la suspensión del resto de la ejecución de la pena

De forma similar, en las reglas 6.^a, 7.^a y 8.^a del apartado 1 se establece que el control de su cumplimiento será competencia de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria y, asimismo, se establece la obligación de informar al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.^a y 8.^a, y semestral, en el caso de la 7.^a y, en todo caso, a su conclusión. Como se señalaba en el apartado anterior esta información deberá considerarse referida al juez de vigilancia penitenciaria, en lo que a los penados que se encuentren en libertad condicional concierne.

En el párrafo último del precepto se impone la obligación de información inmediata de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo. El obligado seguimiento que esto implica, permite la individualización de las medidas y pretende flexibilizar la función del juez, con ese objetivo.

4.6. Revocación de la concesión de libertad condicional.

La posibilidad de la revocación de la libertad condicional, implícita en la propia nomenclatura y connatural a la institución, no es abordada específicamente en la Sección 3^a que la contempla, sino que, como sucede respecto de las medidas que puede adoptar el juez al concederla, se regula por remisión a la previsión contenida en la Sección 1^a del mismo capítulo dedicada a la suspensión de la pena.

Se establece una regulación de la revocación de la libertad condicional similar a la formulada en el texto precedente. El derogado artículo 93 contenía en su apartado 1 una lacónica fórmula, por la que el juez de vigilancia penitenciaria revocaría la libertad concedida si el reo delinquía o inobservaba las reglas de conducta, o bien incumplía las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional. Ello en referencia a las reglas de los artículos 83 y 96.3 a los que remitía el anterior artículo 90.2. En términos semejantes a los contenidos en el Reglamento Penitenciario²⁰.

El ahora vigente artículo 90. 5, remite al efecto al art. 86, y añade respecto de la revocación un supuesto a los consignados en él. Atribuye directamente la competencia al juez de vigilancia penitenciaria para decidir revocar la libertad condicional concedida para aquellos supuestos en los que se ponga de manifiesto un cambio en las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión, con una exigencia añadida, que ese cambio en las circunstancias incida de tal modo en el penado que ya no permita mantener el pronóstico de falta de peligrosidad que constituía necesario fundamento de la adopción de la medida.

Esta causa de revocación ha suscitado recelo en la doctrina. Mir Puig afirma que “ Esta novedad es preocupante por la falta de precisión y excesiva vaguedad de los presupuestos en que se funda suscitando problemas de seguridad jurídica; al menos hubiera podido tildarse la peligrosidad de criminal; y quedarse así circunscrita a la posibilidad de comisión de nuevos delitos. Y se ha dicho que la medida puede resultar tremadamente injusta y desmotivadora para el penado que, por ejemplo, un cambio en su situación laboral, familiar o social puede incrementar las posibilidades de que vuelva a delinquir (...) cambio que no depende de su voluntad, puede

²⁰ Artículo 201 Reglamento penitenciario. Causas de revocación. 2. Si en dicho período el liberado volviera a delinuir o inobservase las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

3. En caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación.

no obstante conducir a que la autoridad judicial de forma imperativa, tenga que revocar la libertad condicional”²¹. Puede compartirse la insuficiente precisión del precepto, pero no el desarrollo argumental que le sigue. No parece, precisamente por la redacción abierta de este apartado, que pueda concluirse automáticamente la imperativa revocación. Quizás en ese aspecto el imperativo verbal utilizado *revocará* induce a confusión. Sin embargo, esta resolución debe ir precedida de una valoración del juez de vigilancia penitenciaria de un cambio de circunstancias que necesariamente condicione el pronóstico de falta de peligrosidad previamente apreciada en la concesión, modificándolo y excluyéndolo. En el expediente tramitado se dejará constancia de las mismas y la resolución revocatoria ha de motivar, siquiera sucintamente, la decisión. El ejemplo del autor no puede acogerse si se tiene en cuenta que en el expreso supuesto de revocación por comisión de un delito durante el período de libertad condicional no es automática la revocación, y se añade la exigencia de que la expectativa en la que se fundaba la decisión ya no puede ser mantenida. Esto es, será preciso que el pronóstico favorable haya quedado desvirtuado por hechos contrastables.

Por su parte el artículo 92.4 reitera la fórmula del artículo 90 ya reseñada para los supuestos de revocación de libertad condicional a condenados con pena de prisión permanente. También reproduce la remisión al artículo 86.

Por lo que a las circunstancias compartidas con la suspensión de la ejecución de la pena se refiere, la primera cuestión es precisar que la referencia al juez o tribunal contendida en el artículo 86.1, como órgano competente para revocar la suspensión y acordar la ejecución, se ha de entender, en lo que a la libertad condicional concierne, realizada al juez de vigilancia penitenciaria. Ello incluso en los supuestos de prisión permanente revisable, ex art. 92.4, pues a diferencia de otras decisiones, la de revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional, también se declara deberá acordarla el juez de vigilancia penitenciaria.

Los casos de revocación de la suspensión previstos del art. 86²², constituyen una regulación más clarificada e incluye una causa de nuevo cuño, la cuarta, con el apartado c), dirigida a la lucha contra la corrupción.

El primero de los cuales contempla la comisión de un delito durante el tiempo de suspensión por libertad condicional, pero al automatismo que supondría este hecho de la comisión de un nuevo delito tanto en la redacción original del texto de 1995, art. 93, como en la modificación

²¹ Mir Puig, Carlos. Op. cit. p.167

²² Art. 86 CP. 1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.
- b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.
- c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.
- d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

- a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituídos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.^a y 3.^a

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.

ulterior, en 2003, se añade ahora un requisito, que habrá de valorarse con él la infracción penal, que ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. No puede negarse que esta nueva exigencia implica conceder una mayor discrecionalidad y flexibilizar las consecuencias, exigiendo una relación directa entre el delito cometido y el cese de la previsión de reinserción, que dio lugar a la concesión. Habrá de ponderarse pues la gravedad del nuevo hecho y su incidencia en la personalidad de la pena, así como el quebranto de la expectativa de reinserción. Parece obvio que no solo habrá tenido que realizarse el hecho delictivo durante el tiempo de libertad condicional -de haberse producido antes habría sido valorado ya al conceder la libertad- sino que será necesario el dictado de la sentencia condenatoria y la declaración de su firmeza de la misma. Solo en ese momento puede producir efectos en contra del penado, al quedar desvirtuada la presunción de inocencia.

En este punto se debe señalar, asimismo, la nueva redacción del art. 94.bis dada por la LO 1/2015, que a los efectos de este capítulo equipara las condenas firmes dictadas por los tribunales o jueces en otros Estados miembros de la Unión Europea a las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados o pudieran serlo conforme a nuestra legislación.

Un segundo motivo de revocación lo constituye el incumpliendo de las prohibiciones y deberes impuestos al serle concedida la libertad, de los previstos en el art. 83. También en este caso será precisa una valoración, ante la exigencia de que se trate un incumplimiento grave y reiterado, lo que obligará a una especial motivación de la resolución al respecto. Curiosamente, del tenor literal del precepto, no será precisa la reiteración o la gravedad cuando se sustraiga a al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Sin embargo, ello pudiera obedecer a un intento de evitar reiteraciones en el mismo párrafo, pero dentro del contexto parece lógico que se debe apreciar bien reiteración o gravedad en la elusión del control, que conlleva la grave consecuencia de revocación de la concesión.

Así resulta del apartado c) que regula el tercer supuesto de revocación. En él se exige que el incumplimiento sea grave o reiterado, en este caso de las condiciones impuestas a tenor del art. 84.

El cuarto y último supuesto de revocación consiste en facilitar información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El legislador pretende, no obstante, reforzar las exigencias de adecuación de la vida en libertad condicional del penado, confiriendo al juez o tribunal -entiéndase al juez de vigilancia penitenciaria- para los incumplimientos no graves o reiterados, una doble posibilidad: a) imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las impuestas; b) prolongar el plazo de suspensión, fijando el límite de la mitad del inicialmente acordado.

El precepto incluye una sucinta referencia a la tramitación de la decisión. Imperativamente será necesaria la audiencia previa del Ministerio Fiscal, así como de las partes personadas en el procedimiento. De igual modo establece la posibilidad de que el juez o tribunal acuerden la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.

Faculta al juez de vigilancia a acordar el ingreso inmediato en prisión del penado, sin la audiencia al Fiscal y a las partes en tres supuesto: para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado que haga precisa la urgente adopción de la medida para asegurar la protección de la víctima. Por lo que en tales situaciones de riesgo se prescindirá de la audiencia previa, que de forma general se establece en el citado precepto.

Las razones de urgencia que avalan y justifican la decisión de ingreso inmediato, prescindiendo de la audiencia al Ministerio Fiscal y demás partes, sin embargo, no parece que sean óbice para proceder a la tramitación prevista, una vez acordado el ingreso en prisión. Descartado el riesgo, convendrá proceder a la audiencia y, en su caso, a la práctica de las diligencias de comprobación y celebración de vista.

Como causa específica de revocación, se ha reseñar la del penado que sufriera enfermedad grave, con padecimientos incurables y le hubiera sido concedida la suspensión de ejecución del resto de la pena y la libertad condicional. Se ciñe a la previsión del art. 91.3, referido a los casos de peligro patente para la vida del enfermo, en los que se regula un trámite de concesión abreviado, pero en el que se prevé la obligación de informar de la evolución de la enfermedad, al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.

4.7. Consecuencias de la revocación

El derogado art. 93 establecía que la revocación de la libertad concedida determinaba el ingreso de nuevo en prisión del penado, que lo haría en el período o grado que le correspondiera. En los apartados 1 y 2 regulaba dos supuestos diferentes. El primero con carácter general fijaba que ese nuevo ingreso en el establecimiento penitenciario en el grado o período correspondiente no obstaría al cómputo del tiempo pasado en libertad condicional. El apartado 3 excluía del régimen general a los condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código, para los que la regla sería el cumplimiento del tiempo que reste de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

Este supuesto específico fue introducido por LO 7/2003, de 30 de junio dado que el texto original del Código Penal de 1995 no hacia diferenciación alguna, incluyendo el período transcurrido en libertad, en el cómputo del cumplimiento de la pena cuando el penado hubiera dado información

En la actual redacción, por el contrario, se estable la regla única del art. 90.6 conforme a la cual el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena. De esta forma se extiende a los penados, cualquiera que sea el delito cometido, la consecuencia de pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional, caso de revocación, para su cómputo a efectos de cumplimiento de pena.

Se trata, sin duda, de un cambio significativo en la libertad condicional, que resulta conforme con su configuración como modalidad de la suspensión, conforme proclama el legislador en el preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo. Constituyendo una modificación claramente más perjudicial para el condenado, como norma penal, habrá de seguirse el criterio de su irretroactividad.

5. Especial referencia a la suspensión de la ejecución de la pena y concesión de libertad condicional en condenas a pena de prisión permanente

5.1. Introducción

Tradicionalmente se ha cuestionado la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento la pena de prisión perpetua. Fundamental argumento en contra de la misma han sido los arts. 15 y 25.2 de la Carta Magna. El primero de los cuales declara prohibidas "las penas o tratos inhumanos o degradantes así como la pena de muerte, salvo lo que puedan dispone las leyes penales militares para tiempos de guerra". En tanto el art. 25.2 que "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social

y no podrán consistir en trabajos forzados. (...)". Lo cierto es que este precepto, conforme al máximo interprete de la Constitución, no consagra ningún derecho fundamental susceptible de amparo, pero sí contiene un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria y un principio interpretativo de las normas relativas a la imposición y cumplimiento de las penas privativas de libertad, constitucionalmente consagrados.

Por LO 1/2015, de 30 de marzo, se introduce en el Código penal la prisión permanente revisable. Sin duda, ha sido la cuestión que más debate ha suscitado de esta última reforma, alcanzando gran repercusión mediática. Su implantación se venía reclamando desde sectores doctrinales y sociales, y con parejo interés era contestada por otros en ambos ámbitos. En lo que ahora concierne la prisión permanente, finalmente introducida en nuestro texto punitivo, no se configura como una cadena perpetua, sin paliativos, sino susceptible de revisión por el transcurso de ciertos períodos de seguridad. Bien es verdad que esa revisión no concluye con la declaración de extinción de la pena y la excarcelación del penado, sino que se abre un tiempo de suspensión del cumplimiento del resto de la pena, suspensión que podrá culminar o no con la declaración de extinción de la responsabilidad penal del condenado. Ahí es, precisamente, donde entra en juego la institución que ocupa este trabajo, la libertad condicional, acompañada y precedida de la suspensión de la ejecución del resto de la pena, como reiteradamente refiere el nuevo texto legal. Esto es, en cualquier caso, lo que legitima constitucionalmente la nueva pena. La obligada revisión, transcurridos ciertos plazos que ley establece y concurriendo las garantías también legalmente señaladas, hace posible acceder a la libertad con garantías de reinserción en la sociedad, es lo que da amparo constitucional a la pena de prisión permanente, y permite rechazar los calificativos de inhumana o degradante, al tiempo que equipara nuestro catálogo de penas con los ordenamientos penales de la gran mayoría de los países de nuestro entorno.

5.2. Debate sobre la pertinencia de su introducción y constitucionalidad. Breve reseña histórica y de derecho comparado

En sucinta reseña de nuestros antecedentes históricos, hemos de precisar que en el Código Penal de 1822, aparecía regulada la pena de trabajos perpetuos o la de destierro perpetuo, así como reclusión perpetua para los hombres. Fue el texto de 1848 el que introdujo el término cadena perpetua. El Código Penal de 1870 distinguió entre cadena perpetua y reclusión perpetua, atenuadas por la práctica del indulto transcurridos treinta años de prisión. Ya en el siglo XX el Código Penal de 1928 suprimió del catálogo de penas la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad. Ninguno de los textos penales posteriores ha contemplado la prisión perpetua. En puridad, tampoco puede afirmarse que la reforma de la LO 1/2015 lo haga.

Como se ha mencionado, la regulación que ahora se introduce es acorde con la prevista en los países de nuestro entorno, siendo minoritarios aquellos que en Europa no contienen una previsión similar. Brevemente y a modo de ejemplo cabe citar el Código penal alemán -cuya influencia en la actual reforma del nuestro, se deja sentir sensiblemente- consigna en su parágrafo 38 que *La pena privativa de libertad es temporal si la ley no combina con pena privativa de libertad perpetua*. El parágrafo 57a regula la suspensión del resto de la pena en los casos de pena privativa de libertad, enumerando diversos requisitos, el primero de los cuales es el transcurso de quince años de cumplimiento. La libertad condicional otorgada es susceptible de revocación.

El Código Penal italiano también regula, bajo la denominación de *ergastolo*, la pena de prisión perpetua. Igualmente contempla la libertad condicional tras veintiséis años de efectivo cumplimiento de la condena en prisión.

En esa misma línea, el Código Penal francés prevé en el artículo 131-1 Las penas criminales susceptibles de imponerse a las personas físicas son: 1º La reclusión criminal o la detención criminal a perpetuidad y artículo 132.23 como período de seguridad establece "si se tratara de una condena a reclusión criminal a perpetuidad, hasta veintidós años".

En fin, en términos parecidos está presente en otros ordenamientos, como sucede en Austria, Gran Bretaña o Bélgica.

Desde una perspectiva supranacional hemos reflejar aquí la posición del TEDH. Creado en Estrasburgo el 18 de septiembre de 1959 en el marco del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el “Convenio”), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, tiene como objetivo velar por el respeto de los compromisos adoptados por los Estados contratantes. A partir de su reestructuración en 1990, conforme a lo establecido en el Protocolo nº 11, queda configurado como único y permanente y sustituyendo al sistema precedente. Es por ello que sus resoluciones revisten especial interés y son referencia obligada al tratar y cuestionar la aplicación de aquellos derechos proclamados en el Convenio.

El TEDH tiene declarado que solo la prisión que no sea irreductible *de iure ni de facto* es conforme con el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Precepto que proclama la “Prohibición de la tortura. Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”. Y en numerosas ocasiones se ha pronunciado ya sobre la conformidad con la Convención de la imposición de penas de prisión perpetua, declarando que no existe vulneración del art. 3 de la Convención cuando el penado tiene la posibilidad y la expectativa de una excarcelación anticipada, incluso aunque esta expectativa finalmente no se produzca, por no cumplirse los requisitos que exige la legislación interna de cada país, en su aplicación por el juez nacional. A modo de ejemplo, baste citar SSTEDH Kafkaris contra Chipre, 12 de febrero de 2008; caso *James, Wells y Lee contra el Reino Unido*, de 18 de diciembre de 2012; caso *Leger contra Francia*, de 11 de abril de 2006; caso *Meixener contra Alemania* de 3 de noviembre de 2009; *Affaire Bodein contra Francia*, de 13 de noviembre de 2014 y este mismo año caso *Hutchinson contra Reino Unido* de 3 de febrero de 2015.

Ya en España, el Tribunal Constitucional ha mantenido la misma posición del TEDH, en sus pronunciamientos, referidos a extradición respecto de países que tienen la prisión perpetua en su ordenamiento, obviamente, no en relación con el nuestro, habida cuenta que no estaba prevista hasta ahora en el elenco de penas de nuestro Código penal, así sucede con la STC 181/2004. En este momento está en tramitación el recurso interpuesto tras la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por quienes mantienen la inconstitucionalidad de la introducción de la nueva pena privativa de libertad. El pronunciamiento que resuelva este recurso será determinante dando aval a la permanencia de la prisión permanente revisable o, por el contrario, deslegitimándola, hipótesis esta que debería concluir en una nueva modificación del Código Penal.

Sin embargo las manifestaciones realizadas hasta ahora, en recursos, se insiste, no referidos a nuestro sistema de penas, en el que no existía, el Tribunal constitucional admite la plena legalidad constitucional de la prisión permanente que se acaba de introducir, siguiendo la doctrina del TEDH. Así declaró el máximo garante de nuestro texto constitucional que “En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la pena de *ergastolo* hemos reiterado, que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues “depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Tales consideraciones han sido también claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (Caso *Tyrer c. Reino Unido*) y 16 de diciembre de 1999 (casos *T. y V. c. Reino Unido*), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española.”(STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000)

De igual modo, como ya se ha apuntado, es reiterada la doctrina constitucional que declara que el art. 25 de la Constitución no establece ni un derecho subjetivo, ni un derecho funda-

mental. Tan solo un mandato al legislador, para que oriente su política criminal, penal y penitenciaria, hacia ambas finalidades que, desde luego no son las únicas finalidades de la pena.

Por último, el proyecto de LO 1/2015 fue objeto de informe por el Consejo de Estado que concluyó “«Los requisitos que para la revisión de la prisión permanente revisable establece el anteproyecto -de reforma del Código Penal- cumplen las exigencias de constitucionalidad, pues, por una parte, no puede afirmarse que priven al condenado de una posibilidad real de excarcelación y por otra parte, cabe afirmar que, a excepción del límite absoluto de cumplimiento máximo (25 años), el condenado a prisión permanente revisable puede conocer cuál es el tiempo que como máximo habrá de pasar prisión con un grado de certeza semejante al condenado a cualquier otra pena de prisión, pues en ambos casos el acceso a los beneficios penitenciarios está subordinado a su colaboración. El tiempo de cumplimiento efectivo que se exige a efectos de liberación condicional, por ejemplo (de 15 a 20 años), resulta proporcional a la extraordinaria gravedad de los delitos para los que se prevé esta pena”

5.3. Posiciones doctrinales

En la doctrina científica se han mantenido posicionamientos opuestos, tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. Así a favor de su introducción en nuestro catálogo de penas se pronuncia Luis Rodríguez Ramos²³, Jiménez de Parga²⁴, Cobo del Rosal²⁵ entre otros. En tanto en contra de su introducción en el Código, se manifiestan Mir Puig²⁶; Gimbernat^{27,28}. Con una importante repercusión en los medios de divulgación general.

Entre aquellos que venía reclamando su incorporación Rodríguez Ramos manifestaba en sus tesis de sus postulados que “La filosofía jurídico-penal contemporánea asigna a la pena una pluralidad de fines o funciones, no siempre satisfactoriamente conciliables. En primer lugar, se considera la pena como una respuesta proporcionada al delito cometido, proporcionalidad que exige diferenciar entre penas leves correspondientes a las meras faltas, la menos graves y las graves, siendo pertinente recordar que el Derecho Penal actual lo es de hechos y no de autores, aun cuando la reincidencia y otras circunstancias personales puedan influir en la determinación y modalidad de ejecución de las penas. Precisamente esta evolución del penado que sirve para hacer un pronóstico sobre su reinserción social, llamado fin de prevención especial de la pena tendente a lograr que el delincuente no lo vuelva a ser en el futuro, tiene especial relevancia en el modo de ejecutarse la pena privativa de libertad, hasta el extremo de haberse constitucionalizado como derecho fundamental; de esta finalidad se derivan los grados penitenciarios, los permisos de fin de semana, la libertad condicional para el último cuarto de condena, etcétera.

Pero resta otro fin de la pena muy importante denominado “prevención general”, y que tiene dos vertientes: negativa y positiva. La negativa consiste en amedrentar a posibles delincuentes mediante la amenaza de pena para que desistan de su tentación delictiva, cuya aplicación en cada caso concreto reforzará esa amenaza por la ejemplaridad de su efectivo cumplimiento. Y la positiva, la más relevante a los efectos de este artículo, dirigida a tranquilizar a la sociedad, que, por una parte, sabe que existen penas contundentes contra los crímenes y proporcionadas a su gravedad, y por otra, que cuando se cometan injusticias la respuesta estatal caerá rotundamente sobre los infractores.

Si se instaurara o se reinstaurara la prisión perpetua para los asesinatos agravados, que son los crímenes más graves, nadie podría dudar sobre su proporcionalidad una vez suprimida la

²³ RODRIGUEZ RAMOS, L. “Constitucionalidad de la prisión perpetua” El País 17-11-2000

²⁴ JIMÉNEZ DE PARGA, M. ABC. 31-1-2010

²⁵ COBO DEL ROSAL,M. “Sobre la cuestionadas prisión permanente revisable”. Iustitia. Madrid 10-1-2013.

²⁶ MIR PUIG, C. *Derecho Penitenciario* Ed Atelier 2015

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E. “La insoportable gravedad del Código Penal” El Mundo. es 22-1-2009.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG E. *La reforma del Código Penal*, 24-4-2015 Diario del Derecho Ed. IUSTEL.

pena de muerte. Si tal pena resulta revisable y convertible posteriormente en temporal, cuando el penado dé muestras de rehabilitación, la prevención especial resultaría igualmente respetada y no se podría objetar inconstitucionalidad, pues precisamente la no reconversión de la pena perpetua en temporal estaría solicitada por el penado al no dar muestras de deseos y pasos positivos hacia la reinserción. ¿Y qué decir respecto a las dos vertientes de la prevención general?".

En contra de la prisión permanente se arguye que estamos ante una pena que es contraria al principio de proporcionalidad, contraria a la dignidad de los seres humanos, contraviene la interdicción constitucional de tratos inhumanos y degradantes y la orientación- igualmente de proclamación constitucional- de las penas hacia la reeducación y reinserción social a tenor del artículo 25 CE. En fin, se entiende contraria al principio de seguridad jurídica la indeterminación de la pena, que aunque sea revisable no permite al penado conocer la fecha de su excarcelación y, ni siquiera, si esta acontecerá.

Entre quienes se manifiesta en contra Mir Puig afirma que "la introducción de dicha nueva pena de prisión permanente revisable se debe principalmente a la ideología neoliberal, propia de los EEUU y de algunos Estado se Europa, y a un apolítica Criminal de "tolerancia cero" imbuida en una corriente populista, que exige "mano dura", que tiene como trasfondo el pensamiento del "Derecho penal del enemigo (JAKOBS), que aboga por la máxima seguridad contra los considerados enemigos. Bajo dicho adjetivo de "enemigos" se sitúan distintos colectivos considerados peligrosos para la sociedad y que, potencialmente, son capaces de generar riesgos para la convivencia pacífica, debiendo ser tratados como meras fuentes de peligro, necesarias de neutralizar(CANCIO MELIA). En dicha línea se sitúa una nueva penología que poco cree en la resocialización del penado- que lo es por delitos de extrema gravedad- y la rechaza como fin del castigo y se centra en la neutralización y en el control del delincuente peligroso, cuya influencia más importante deriva de EEUU que regula penas y medidas de seguridad indeterminadas que permiten la inocuización del delincuente hasta que deje de constituir un riesgo o peligro para la sociedad". El autor concluye que en "En España, han sido decisivos casos mediáticos, como la desaparición y presunto asesinato de una menor (Caso Marta del Castillo), entre otros, que han llevado al partido gobernante -el PP- a la instauración de la pena de prisión permanente revisable, aunque en realidad las tasas de criminalidad han descendido en los últimos años, aunque es cierto que han aumentado los homicidios y asesinatos"²⁹.

Reseñadas brevemente ambas posiciones, conviene oír las razones que han movido la voluntad del legislador, como se manifiestan en El preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo dedicando su apartado II a exponerlas.

"La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad -asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad- en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: 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. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación per-

²⁹ Mir Puig, Carlos. op cit. pág. 44-45.

sonal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.

En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera 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 si, 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.

La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.

Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su commutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio”.

Integrando ya el elenco de penas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, cumple el examen de los términos en que se prevé la revisión en aras a conceder suspensión de su ejecución y la libertad condicional.

5.4. Regulación de la prisión permanente revisable

En los términos fijado por la LO 1/2015, se establece la prisión permanente revisable en el catálogo de penas del art. 33 del Código Penal, como la primera pena grave, la más grave. Asimismo, como la pena más grave privativa de libertad aparece en el art. 35. La revisión de dicha prisión se regula en el art. 36, que remite a su vez al 92, respecto de la concesión de suspensión de la pena y libertad condicional. También en este precepto se arbitra el procedimiento específico para la clasificación del condenado en el tercer grado cuando lo haya sido a prisión permanente, debiendo ser “autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias”.

Dicha clasificación requiere el transcurso previo de un período de seguridad que el art. 36 establece en el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en aquellos supuestos en que el penado lo fuera por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. En los restantes casos el cumplimiento de quince años de prisión efectiva. También habrá de transcurrir un plazo mínimo para el disfrute de permisos de salida, como la misma distinción según los delitos de que se trate, siendo en el primer caso de doce años y de ocho en los restantes.

La calificación en el tercer grado resulta indispensable y conduce a las previsiones legales contenidas ahora en el Código, para la obtención de la suspensión del cumplimiento del resto de la pena y la libertad condicional.

5.4.1. Órgano competente

El primer punto a resaltar es la atribución al tribunal sentenciador de la competencia para la clasificación en el tercer grado del penado, siendo así que conforme la LOGP y a su reglamento, arts 103 y ss, quien decide a propuesta de la junta de tratamiento es la Dirección del Centro. Dicha decisión una vez notificada al interno es susceptible de recurso ante el juez de vigilancia

penitenciaria. No obstante tales referencias las disposiciones contenidas en el Código Penal hasta la entrada en vigor del la última reforma otorgaban al juez de vigilancia penitenciaria la competencia para otorgar, denegar y revocar la libertad condicional a los penados.

El sistema que ahora se crea otorgando al tribunal sentenciador la decisión no ya sobre la suspensión de la ejecución de la pena y libertad condicional sino sobre el paso previo de clasificación en el tercer grado, resulta novedoso y precisará cierta adecuación en la legislación penitenciaria. Adecuación que convendría se hubiera producido de forma coordinada en la misma LO 1/2015. Este criterio, sin duda, obedece a la naturaleza de los delitos para los que se prevé la prisión permanente, la gravedad de la misma y la voluntad de no perder la perspectiva de la infracción cometida y su trascendencia social, al tiempo de habilitar la vía de su nueva integración a la vida en libertad, al medio en que cometió el delito. Ello no obstante, el tribunal sentenciador con frecuencia verá modificada su composición, precisamente por la extensión de la pena. Llama la atención que no se establezca esta excepcional competencia para otros delitos, por ejemplo el asesinato tipificado en el art. 139 y castigado con pena de prisión de 15 a 25 años. En cualquier se hará preciso adecuar el sistema de recursos previstos contra las resoluciones del juez de vigilancia a esta otra competencia, ahora atribuida al tribunal sentenciador.

Al examinar la competencia conferida al tribunal sentenciador, se evidencia cierta incoherencia en la redacción del art. 92. Efectivamente en su apartado tres, párrafo segundo determina que “*El juez o tribunal* a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al art. 83 y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las misma”. Ciertamente extraña que se refiera al juez- no especifica que sea el de vigilancia penitenciaria- en alternativa a tribunal. El órgano sentenciador será siempre por razón de la pena el tribunal y no parece que si expresamente se ha declarado la competencia de este para resolver sobre la concesión de la suspensión, que también lo es para otorgar el tercer grado, véase el art. 36, la modificación de lo que ha acordado este tribunal pueda hacer la el juez, sea o no de vigilancia penitenciaria. Otro tanto sucede con la revocación de la suspensión concedida, art. 92.3 párrafo 3º, en la que directamente se le concede la competencia al juez de vigilancia penitenciaria. Sin embargo, en el apartado 4 del mismo precepto, se vuelve a referir al tribunal para resolver las peticiones formuladas por el penado de concesión de suspensión. No se aprecia coherencia en esas distintas atribuciones, lo que precisará una interpretación jurisprudencial integradora, o más bien clarificadora.

Por otra parte el apartado uno párrafo último establece una audiencia previa contradictoria para la concesión de la suspensión de la pena de prisión permanente. El Tribunal resolverá tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrá el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por abogado. Sin embargo, nada se dice al respecto para la revocación o la modificación de las condiciones.

Ciertamente no parece congruente que se establezca una específica competencia para el tribunal sentenciador- rompiendo así el criterio general que la otorga al juez de vigilancia penitenciaria - y un procedimiento contradictorio para la resolución por este de la concesión de la suspensión, lo que supone un refuerzo de las garantías en la decisión, para que luego estas puedan ser dejadas sin efecto por un órgano distinto, en este caso unipersonal, ajeno a la decisión condenatoria y sin audiencia de las partes, para enmendar lo acordado por el tribunal, bien modificando las medidas por él acordadas, bien revocando la concesión de libertad condicional.

5.4.2. Plazos

El tiempo de suspensión del cumplimiento en libertad condicional estará comprendido entre cinco y diez años. Si no se concediera al cumplirse los plazos previstos en el apartado uno del art. 92, el tribunal deberá revisar las circunstancias, imperativamente, en un plazo no superior a dos años.

Junto a la revisión de oficio que se prevé en el apartado uno del art. 92, se contempla también la posibilidad de petición por el penado. El único límite para esta petición es que se podrá limitar la posibilidad de reiterar la petición hasta en un año, una vez que se hubiera denegado. Esto se entiende tanto si ha sido a instancia del penado como si la denegación hubiera tenido lugar en la revisión de oficio impuesta por la ley cuando se cumplen los plazos fijados.

También mediante remisión son aplicables las reglas previstas en el art. 91 para los penados que hubieran cumplido los 70 años o bien padecieran enfermedades graves e incurables, a tenor de la revisión realizada en el art. 92. 3.

Asimismo se remite a los arts. 83, 86 y 87, prohibiciones y deberes, causas de revocación y remisión definitiva, como hace el art. 90.

Además contiene una remisión al art. 80.11. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para 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 fueren impuestas.

No se entiende muy bien la necesidad de este reenvío, más allá del deber de motivar la resolución, sobre todo si se atiende apartado 1. c del mismo art. 92. el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, 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 fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.” Sería una remisión reiterativa.

Como sucede en los otros supuestos se da un tratamiento específico a los penados por delitos cometidos en el Capítulo VII, Título XXII Libro II. “Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

También se contempla un tratamiento especial para enfermos muy graves incurables y septuagenarios. El art. 36.3 establece que “En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad”. La reforma ha introducido la referencia al tribunal... según corresponda, siendo con anterioridad esta la competencia del juez de vigilancia, mención que se atribuye a la competencia conferida al sentenciador.

5.4.3. Previsiones concursales

Respecto de la condena a pena de prisión permanente revisable tras la reforma por LO 1/2015, se establece como norma concursal específica el art. 78 bis del nuevo texto, que fija los distintos plazos de efectivo cumplimiento de prisión cumplida según los delitos en concurso, para la progresión al tercer grado, así como para la suspensión del resto de la penal y la libertad condicional.

Hay que recordar, conforme ya se ha visto, que si se trata de un solo delito castigado con pena de prisión permanente a tenor del art. 36, la progresión al tercer grado requiere un período de seguridad de veinte años de cumplimiento efectivo, de haber cometido un delito de los penados en el Capítulo VII Título VIII Libro II, y de quince años en los restantes supuestos.

Concurriendo un delito penado con prisión permanente con otro u otros los plazos se incrementan en los términos contemplados en el art. 78.bis.

En primer lugar aborda la progresión al tercer grado -paso previo a la suspensión del cumplimiento del resto de la pena- para el caso de que el penado hubiere sido condenado por al menos un delito para el que la ley prevea prisión permanente revisable, estableciendo tres supuestos según la duración de las penas impuestas de los restante delitos; y requiere:

"a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años".

c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

En tales supuestos, la concesión de la suspensión del resto de la pena:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

En el apartado tres, como cláusula específica para delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.

Este precepto incide en la incursión de nuestro Derecho penal en el ámbito penitenciario. De igual modo se insiste en la diferenciación entre la clase de delito LOGP, art. 72. Hubiera sido deseable la incorporación de las disposiciones de naturaleza propiamente penitenciaria en la LOGP, adecuando esta y su reglamento a las nuevas previsiones.

Vista la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente y la libertad condicional, se refuerza el cuestionamiento de la naturaleza jurídica de esta institución.

El hecho de no producirse abono del tiempo transcurrido durante la libertad resulta más acorde con la suspensión que con la libertad condicional, sobre todo en el caso de la prisión permanente, por sus propias características. Una vez el penado ha alcanzado los plazos exigidos para el acceso al tercer grado, así como para optar a la suspensión de la ejecución del resto de la pena, habida cuenta que estamos ante una prisión permanente resulta plenamente irrelevante que se le compute o no el tiempo transcurrido en libertad condicional, si esta es revocada, el tiempo que se reincorporaría a cumplir, como interno sería indefinido. En ese sentido refiere Manzanares Samaniego³⁰ que “Tal vez la errónea identificación de la libertad condicional con la suspensión de la ejecución del resto de la pena se explique por ser esta segunda institución y no la primera, la que mejor se ajusta a la naturaleza de una prisión perpetua sin límites. Nada se cumple durante la suspensión y nada, por lo tanto habrá de abonarse en caso de revocación. Puede verse como término de comparación el parágrafo 72 a del Código Penal alemán.”

6. Intervención de la víctima en la concesión de la libertad condicional al penado

Mención aparte merece la situación de la víctima en el proceso de concesión de la suspensión de ejecución del resto de la pena y la libertad condicional. Con proximidad temporal a la última reforma del Código Penal, LO 1/2015, se ha aprobado el Estatuto de la Víctima del delito, por Ley 4/2015, de 27 de abril que regula la reconoce a la víctima la posibilidad de intervenir en la fase de ejecución.

La Ley Orgánica 4/2015, 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, en el apartado I de su preámbulo contiene el reconocimiento de la demanda de la sociedad e instancias supranacionales de dotar a jueces y tribunales de las herramientas que sitúen a la víctima en una posición más activa en el proceso, de la que tradicionalmente tenía, en gran medida apartada del mismo y viendo reducida su intervención a la de testigo de los hechos, ante la asunción por el Estado del ejercicio de la acción penal, al tiempo que la acciones civiles dimanantes del delito. Declara el legislador en el referido preámbulo que “La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”. Recoge por un lado las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, la particular demanda de la sociedad española.”.

También en el preámbulo de la referida L 4/2015, se anuncia la intervención que en la fase de ejecución se confiere a la víctima “El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.”

³⁰ Op cit. Pág. 122.

Con esta vocación confesada de incrementar la presencia de la víctima del delito en todo el proceso penal, si tal fuera su voluntad, el art. 13 del Estatuto prevé la participación en la ejecución de la sentencia de quien haya sido víctima de alguno de los delitos que enumera. La selección realizada atiende a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados. Víctimas de delitos de homicidio, aborto del artículo 144 del Código Penal, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, de trata de seres humanos, quedan legitimadas para intervenir, en los términos que se verán en la ejecución del delito, en el cumplimiento de la pena. A tal efecto podrán solicitar la notificación de las resoluciones en dicho precepto recogidas, entre ellas el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional siempre que se trate de alguno de los delitos del art. 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Ello no obstante, aclara el legislador, que “La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.”

El artículo 5 del Estatuto regula el derecho de información de la víctima desde el primer contacto con las autoridades judiciales³¹. Requisito que resulta conforme con la previsión del art. 6.5 de la Directiva D 2012/29/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo³².

No se requiere haber sido parte en el procedimiento para ejercer el derecho al recurso que se le reconoce. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa. Podrá quedar sin efecto la solicitud en cualquier momento que la víctima así lo manifieste, art. 7.2 del Estatuto. Mostrándose de este modo cómo la intervención en el proceso, específicamente en esta fase de cumplimiento de la pena, depende de la voluntad de la víctima, que puede interesar libremente su participación, y en los mismos términos apartarse de ella. La legitimación para recurrir se fundamenta en la naturaleza de los bienes jurídicos que se han visto vulnerados. Por ello dicha participación queda limitada a los delitos expresamente enumerados en el texto.

Recibida la pertinente notificación, la víctima dispondrá de un plazo de cinco días para comunicar su decisión de recurrir al Secretario judicial competente, y otro de quince días para formalizar el recurso. Se exime de la necesidad de tener asistencia letrada en la comunicación de la voluntad de recurrir, el silencio respecto de la formalización del recurso, sensu contrario, implica que sí será precisa esa intervención en la misma, siendo conforme con los conocimientos que la fundada oposición a una resolución de las declaradas recurribles precisa.

³¹ Artículo 5. Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.

1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:

(...)m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad.

³² Directiva Derecho a recibir información sobre su causa 1. Los Estados miembros garantizarán que se notifique a las víctimas sin retrasos innecesarios su derecho a recibir la siguiente información sobre el proceso penal iniciado a raíz de la denuncia de una infracción penal de la que hayan sido víctimas, y que, si lo solicitan, reciban dicha información: (...) 5. 5. Los Estados miembros garantizarán que se brinde a las víctimas la oportunidad de que se les notifique, sin retrasos innecesarios, el hecho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten haya sido puesta en libertad o se haya fugado. Además, los Estados miembros velarán por que se informe a las víctimas de cualquier medida pertinente tomada para su protección en caso de puesta en libertad o de fuga del infractor.

Tales resoluciones son:

“a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos de homicidio.
- 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.
- 3.º Delitos de lesiones.
- 4.º Delitos contra la libertad.
- 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
- 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.
- 8.º Delitos de terrorismo.
- 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.”

En un segundo apartado del mismo precepto, en primer lugar se legitima a las víctimas para poder instar la imposición al penado cuya libertad condicional se acuerda, de las mediadas las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

Se entiende ello en relación con la remisión que a las prohibiciones y deberes previstos en el art. 83 del Código, efectúa el legislador en el art. 90.5 del mismo texto legal. No debe ignorarse el inciso final, porque no es una cláusula de estilo, sino el fundamento de la intervención de la víctima del delito en este trámite, poner de manifiesto al juez los temores que alberga sobre el riesgo personal que pueda generar la libertad del penado. De ahí que la medida instada deba guardar relación directa con la protección cuyo amparo solicita.

En segundo lugar, también se declara legitimada la víctima para facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado

En este apartado llama la atención la mención del juez o tribunal y no exclusivamente al juez de vigilancia penitenciaria, a que se viene refiriendo en los preceptos comentados. No queda clara la razón de esta diversa nomenclatura, al igual que sucede en los artículos 90 y ss del Código Penal. Ciertamente, en el caso de condenados a la pena de prisión permanente revisable es al tribunal sentenciador a quien la ley le atribuye la competencia, a ello podría obedecer la doble referencia a juez o tribunal, entendiendo por juez el de vigilancia penitenciaria el men-

cionado en otros apartados.

La calificación en el tercer grado del penado, como *conditio sine qua non* para la obtención de la suspensión de la pena, trámite obligado para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional y esta misma, constituyen momentos procesales en los la intervención y posibles objeciones de la víctima se evidencian esenciales, si se pretende, como parece que inspira toda la legislación que ha concluido en el recientemente aprobado Estatuto de la víctima, buscar un equilibrio entre la posición del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, la reeducación y reinserción social del penado y la protección de persona en la que se ha concretado la lesión de un bien jurídico y el ataque al orden social. Es por ello que se entiende acertada la posibilidad que ahora le confiere la nueva legislación a la víctima en la fase de cumplimiento de la pena, sus alegaciones serán valoradas por el juez de vigilancia, y recibirán fundada respuesta al resolverse el recurso, satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva que también ha de amparar a la víctima.

Las disposiciones comentadas se enmarcan en la voluntad común de la ley 4/2015, no solo de dar respuesta “ a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”.

7. Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria

Al hilo de las anteriores consideraciones, cumple hacer ahora referencia, siquiera sucinta, al sistema de recurso previstos en relación con las decisiones sobre concesión, denegación, modificación o revocación de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de libertad condicional.

Si bien el art. 54 del RP se intitula *Quejas y recursos ante el Juez de Vigilancia*, lo cierto es que no desarrolla los recursos que contra las resoluciones de este caben. Se limita a declarar que “Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. En él entre las competencias del juez de vigilancia penitenciaria establece la de resolver por vía de recurso las reclamaciones que se formulen por los internos.

Es preciso acudir a la Disposición adicional quinta de la LOPJ en la redacción dada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo para encontrar los posibles recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria. Las normas fijadas en esta disposición no se han visto alteradas por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que si bien aborda la modificación de algunos artículos de la LOPJ en su “Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, no contiene pronunciamiento alguno sobre la Disposición adicional quinta. Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. De ahí que deba concluirse que mantiene su vigencia. Sin duda, será precisa la acomodación de la misma a los supuestos de resoluciones en la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, al fijarse la competencia del tribunal sentenciador, y no del juez de vigilancia, para resolver la concesión de la suspensión del cumplimiento del resto de la pena y otorgar la libertad condicional, que ya se ha señalado.

Vista la vigencia de la disposición adicional quinta de la LOPJ, el régimen de recursos en materia penitenciaria es el contenido en la misma. A tenor de dicha disposición caben recursos de reforma, apelación queja y casación.

El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Por la propia naturaleza del mismo será el juez de vigilancia penitenciaria quien lo resolverá.

El recurso de queja sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación. De este como del de apelación conocerá la Audiencia provincial.

Para el caso de proceder la resolución recurrida de un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario, la competencia para conocer de la apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Apelación. En lo que al recurso de apelación concierne se tramita conforme a las previsiones de la LECrim para la apelación en el procedimiento abreviado. No obstante reconocerse como legitimados al Ministerio Fiscal y al interno o liberado condicional, esta legitimación queda extendida a la víctima del delito, en los casos en que proceda conforme a las previsiones del Estatuto de la Víctima, examinadas en el apartado anterior. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

El recurso de apelación que tenga por objeto resoluciones que versen sobre clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, tendrá carácter suspensivo- se entiende que en los restantes casos la apelación lo será solo a un efecto, devolutivo. Pero en lo que ahora nos interesa el efecto suspensivo expresamente se traduce en la suspensión de la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión. En congruencia con ese carácter suspensivo se declara el carácter urgente y preferente de la tramitación de esos recursos.

En el apartado 10 de la citada disposición adicional quinta se contempla la posibilidad de conceder a una o dos de las secciones de la Audiencia provincial, en aquellas en que existan varias, el conocimiento de forma exclusiva de los recursos de apelación. En congruencia con la tramitación urgente y preferente que se atribuye a estos recursos.

Si el penado se hallare cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que hubiere impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

Casación. En el apartado ocho de la Disposición comentada aborda los posibles recursos de casación declarando que “Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.” La legitimación para su interposición la tienen el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, obviamente también la víctima del delito en los términos ya examinados. No se limita vía casacional en esta interposición, más allá las particularidades que de su finalidad se deriven.

Amparo. El Recurso de Amparo se podrá interponer ante el Tribunal Constitucional, cuando algún derecho fundamental se vea afectado. Estos derechos fundamentales son los contemplados en los arts. 14 a 29 CE. La infracción de los mismos debe denunciarse en los recursos previos. Debiendo agotarse la vía de los recursos ordinarios. Igualmente cabrá acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de entender vulnerado alguno de los derechos o libertades proclamados en el Convenio que este tutela.

Contra las resoluciones del Tribunal sentenciador, adoptadas en el ámbito del art. 92 del Código penal, será precisa la adecuación de los recursos previstos en la LOPJ, siendo así que no se contiene referencia en la ley 1/2015, como tampoco en la recientemente aprobada reforma de la LECrim esto es en lo que concierne a la prisión preventiva revisable, no rige el sistema de recursos examinado respecto del las emanadas del juez de vigilancia. Aunque en principio pudiera entenderse que no cabe recurso de apelación puesto que el órgano llamado a resolverlo sería precisamente el tribunal sentenciador, que es quien debe dictar las resoluciones, se estima que habrá de estarse al nuevo régimen de la apelación introducido por reforma de la LECrim. Obviamente, el previo de reforma y el de casación se mantendrá en los mismos términos que hasta este momento. Hubiera sido deseable en este punto la modificación de la Disposición quinta de la LOPJ, adecuándola a la introducción de la pena de prisión permanente revisable y a la competencia que para la concesión de la libertad condicional se establece en el Código Penal.

En conclusión puede afirmarse que la reforma producida a tenor de la LO 1/2015, por la que se modifica una parte importante del Código Penal, en lo que a la libertad condicional concierne ha sido muy significativa. Lleva a cabo una sustancial alteración de la naturaleza de esta institución hasta prácticamente convertirla en una modalidad de suspensión de la pena. Destaca en este sentido la consecuencia de la revocación de la suspensión/libertad condicional concedida, que implica la pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional, que no le será abonado al interno en el cómputo total de la pena. En algunos puntos supone la continuidad de la reforma ya iniciada por la LO 7/2003, siguiendo las mismas pautas de política criminal que aquella. La nueva regulación de la libertad condicional devenía conveniente, más bien precisa, con la introducción de la pena de prisión permanente revisable. De ahí que resultara oportuno el momento para una revisión en su conjunto. En varios aspectos se ve ampliada la discrecionalidad del juez de vigilancia penitenciaria, al tiempo que se quiere asegurar la voluntad real de reinserción del penado, de la que habrá de tenerse una expectativa fundada al tiempo de concederle la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional. Sin embargo, esta nueva regulación de la institución hubiera debido ir acompañada de la modificación de otros textos legales que, desde una u otra perspectiva, también se ocupan de ella, como hemos ido viendo. Sin duda, podrán abordarse con posterioridad, pero hubiera sido el momento oportuno la promulgación de esta ley. La interpretación integradora por jueces y tribunales habrá de solventar estas deficiencias. En algunos casos inevitablemente todavía tardará años, atendidos los plazos fijados, pensemos en la prisión permanente revisable, aplicable a los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la ley. En cualquier caso este es el marco en el que se actuar para cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de la libertad condicional a penados concierna.

LA LIBERTAD VIGILADA APLICADA A IMPUTABLES TRAS LA REFORMA POR LO 1/2015

Autora: Pilar Otero González
Profesora Titular de Derecho penal (Acred. Catedrática)

Resumen

La LO 5/2010 introdujo en el CP la medida de seguridad de libertad vigilada. La novedad fundamental es que se aplica a imputables peligrosos y que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior una vez extinguida la pena de prisión, lo que la convierte en un tertium genus entre pena y medida rompiendo el rígido binomio establecido hasta ahora: medida de seguridad aplicable a los peligrosos inimputables frente a pena impuesta en función de la culpabilidad por el hecho, aplicable a los imputables. Se estableció la aplicación de esta medida, de forma obligatoria, a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo. La LO 1/2015 de modificación del Código Penal ha ampliado su ámbito de aplicación a delitos contra la vida, a maltrato ocasional en el ámbito familiar y a violencia doméstica habitual, si bien su previsión en estos casos es de carácter facultativo (lo que supone una diferente e incongruente regulación). Se analizarán, por tanto, las ventajas e inconvenientes de esta medida, aportándose algunas sugerencias técnicas de mejora.

1. El derecho penal de la culpabilidad versus el derecho penal de la peligrosidad delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad: ¿imputables o semiimputables? breve referencia a las neurociencias y responsabilidad penal

Hace un tiempo leímos esta noticia:

“Mañana jueves sale a la calle de la cárcel Brians-1, en Sant Esteve Sesrovires (Barcelona) el llamado ‘segundo violador del ensanche’ de Barcelona, Alejandro Martínez Singul. Singul fue condenado en 1993 a 65 años de prisión por diez violaciones y otros cuatro intentos a menores de entre diez y quince años a las que siempre asaltaba en los rellanos o en el ascensor de sus viviendas. Salió de prisión en 2007 sin que se le considerara rehabilitado tras cumplir el máximo de 16 años que le correspondían de acuerdo con el antiguo Código Penal. A su salida reincidió en varias ocasiones, protagonizando nuevas agresiones sexuales creando una gran alarma social. En junio de 2008 fue detenido en su domicilio de Cardedeu (Barcelona) y extraditado a Perpiñán (Francia), donde cumplió nueve meses de prisión por exhibicionismo ante una escolar en esa población francesa. En junio de 2010, la Audiencia de Barcelona le condenó a tres años y nueve meses de cárcel por su último intento de violación a una niña de doce años, cometido mientras estaba en libertad provisional, tras recurrir otra condena de dos años de cárcel por un doble intento de violación”.

Ahora se ha sometido voluntariamente a un programa psicosocial para intentar controlar su conducta, impulsos y fantasías sexuales, y a un tratamiento farmacológico de inhibición del deseo sexual («castración química»), dentro del programa que desde agosto de 2009 ofrece la Generalitat de Catalunya a delincuentes sexuales.

No obstante, los expertos no consideran que el ex interno esté rehabilitado. El presidente de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Leopoldo Ortega-Monasterio, define la personalidad del violador como de “inmadurez neurótica de la personalidad, con una forma muy regresiva y primaria de expresar su sexualidad”, lo que impide su rehabilitación.

La puesta en libertad de este tipo de sujetos reabre continuamente el debate jurídico penal sobre las medidas que se deben adoptar ante violadores y asesinos reincidentes una vez cumplida la pena que les corresponde.

Esta tensión entre las medidas de carácter securitario “más mano dura para los que no están rehabilitados” frente a los que proclaman que por el escrupuloso cumplimiento del principio de culpabilidad deben ser puestos en libertad una vez cumplida la condena, se ha intensificado por la excarcelación en los últimos meses de determinados delincuentes peligrosos a raíz de la anulación de la Doctrina Parot por la STEDH nº 306/2013, de 21 de octubre. Enfatizado todo ello, como suele ser habitual, por los medios de comunicación.

Aunque produce un gran impacto mediático la excarcelación de terroristas, que como es sabido, se trata de uno de los supuestos para los que está prevista la libertad vigilada, en este momento voy a focalizar la atención en delincuentes con trastornos graves de la personalidad, bien con parafilia¹ consistentes en la imposibilidad de controlar los impulsos derivados de la tendencia u orientación sexual del sujeto, ubicadas, por tanto, en los “trastornos sexuales y de la identidad sexual” y estadísticamente con porcentajes muy altos de reincidencia; bien con trastornos psicóticos o con personalidad rayana en el límite de la psicopatía, incapaces de medir las consecuencias de sus actos; bien con otro tipo de dolencias como la inmadurez neurótica de la personalidad; bien con trastorno por sadismo sexual, o alguna otra patología sexual como la obsesión extrema por el sexo. En definitiva, hablamos de sujetos reincidentes altamente peligrosos.

Reincidencia que, por cierto, también ha de valorarse en su justa medida. De acuerdo con diversos estudios evaluativos², la reincidencia en los agresores sexuales es, como grupo, baja, y se estima en torno al 19%-20%. Esta cifra se reduce al 5,8% cuando se trata de cometer una nueva agresión sexual, ya que un 6,5% reincidirá en otro acto violento y un 6,2% en delitos sexuales de otro tipo. El promedio general de la reincidencia de los delincuentes –no específicamente sexuales– según los estudios anteriormente mencionados, se sitúa entre el 37,4%³ y el 50%⁴. Estos estudios rompen los tópicos que atribuyen a los delincuentes sexuales una reincidencia mucho mayor que la del conjunto de delincuentes.

No obstante, y este es el dato que debe tenerse en cuenta, la distribución de la reincidencia en el ámbito de los delitos sexuales es muy heterogénea y oscila entre un número importante de casos de un solo delito conocido (y, por tanto, no reincidentes) y, en el extremo opuesto, unos pocos delincuentes sexuales⁵ seriales, como el citado en el texto, que cometen decenas de de-

¹ Dentro de las parafilia típicas, como manifestaciones de la conducta sexual desviada, hay que destacar muy especialmente la pedofilia que, además de ser reconocida desde 1980 como enfermedad psiquiátrica (DSM-III-R, Manual de diagnóstico de los trastornos mentales), viene incluida dentro de aquéllas en el quinto lugar del catálogo DSM-IV. Al igual que ocurre con el resto de los trastornos de la personalidad, los estudios de la neurociencia de los últimos años han detectado sustratos orgánicos cerebrales que podrían estar implicados en la pedofilia, centrados en ciertos déficits en el volumen de la sustancia blanca cerebral de los lóbulos temporales y parietales, principalmente del fascículo fronto-occipital superior. *Vid.*, ampliamente, PORTERO LAZCANO, Guillermo, “La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, pp. 78-84 y bibliografía allí citada.

² Cfr., REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 6, Número 4 (2006) www.criminologia.net, ISSN: 1696-9219. Cfr., asimismo, un estudio reciente elaborado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat, que se basa en el seguimiento de todos los delincuentes sexuales liberados entre 1998 y 2003 de las cárceles catalanas, un total de 315, que han estado en prisión entre uno y quince años, en función de la gravedad del delito -desde una violación hasta un acoso sexual o exhibicionismo-. Una reseña de este último puede verse en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html>. Igualmente puede consultarse PORTERO LAZACANO, Guillermo, “La libertad vigilada...”, op. cit., pp. 74 y ss. Esta información puede completarse de la mano de ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Granada: Comares, 2013, pp. 44-45, quien recoge cifras de la criminalidad sexual grave de los últimos 10 años (Fuente: Instituto Nacional de Estadística www.ine.es) en los que se ha condenado a 202 personas reincidentes por este tipo de delitos, por lo que se registra un promedio de 15,88 reincidentes anuales.

³ Estudio del Centro de Estudios Jurídico y Formación especializada de la conselleria de Justicia catalana.

⁴ REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 6, Número 4 (2006) www.criminologia.net, ISSN: 1696-9219.

⁵ Entre los condenados por delitos sexuales, el riesgo de reincidencia no es siempre el mismo. Se estima que los más reincidentes son los que condenados por delitos en los que la víctima es un niño de sexo masculino. Cfr., <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html>

litos a lo largo de sus carreras criminales. En este grupo se situarían los psicópatas sexuales violentos sobre los que se estima que antes de transcurridos seis años desde su puesta en libertad el 80%, en contraste con el 20% aproximadamente de los no psicópatas, han vuelto a cometer una conducta violenta, la mayoría de ellos de índole sexual⁶, por lo que puede pronosticarse entre los psicópatas sexuales un elevado riesgo de reincidencia⁷.

Si trascendemos del dato, estos delincuentes, mayoritariamente sexuales, con diversos trastornos de la personalidad, reincidentes, con pocas posibilidades de rehabilitación y, por tanto, peligrosos, ¿son imputables? ¿Este tipo de peligrosidad puede ser síntoma de una imputabilidad disminuida? ¿Puede implicar que se tenga limitada la comprensión de la ilicitud del acto? ¿Son sujetos plenamente motivables normativamente?

Los avances de las neurociencias de la última década, fundamentalmente los realizados a través de técnicas de neuroimagen, han demostrado que estas patologías relacionadas con una menor capacidad inhibitoria y con una tendencia a la conducta antisocial -psicópatas-, se deben a ciertas anomalías generadas en la zona orbito frontal del cerebro⁸ -donde se aloja el cumplimiento de las normas morales y sociales-, bien porque se ha lesionado, bien porque no ha madurado lo suficiente, identificada o no neurológicamente la causa, pero que se manifiesta de forma análoga a la zona orbito frontal de un adolescente, que tiene una menor capacidad de inhibición en la medida en que esa parte del cerebro todavía no ha madurado al completo. El cerebro de una persona con rasgos psicopáticos⁹ carece de actividad en la zona de los lóbulos frontal y temporal, que son las regiones responsables de la empatía y el autocontrol. Ello implica que esas personas no son capaces de razonar moralmente ni de controlar sus impulsos.

Anteriormente a este progreso científico, las conductas de estos sujetos se conceptuaban como actuaciones violentas libres de la persona. En cambio, desde la neurociencia se constata que no hay nada que no pueda explicarse en términos científicos conforme a las reglas de la causalidad.

⁶ Ampliamente NAVARRO FRÍAS, Irene, "Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, III, Época II, diciembre 2011, p. 148.

⁷ *Ibidem*, p. 150.

⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario, "Neurociencia, libertad y culpabilidad penal", *XIII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, conferencia pronunciada en la Universidad rey Juan Carlos, 13 de marzo, 2013; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal", en *Indret Penal* 2/2011, p. 16: "En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal". Véase, asimismo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, "Trastornos de la personalidad respuesta penal frente a los nuevos avances neurológicos sobre las disfunciones ejecutivas del cerebro", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 24 (vol. 2), 2010, pp. 27-28. Igualmente sobre el factor biológico-genético de los psicópatas, véase, LEAL MEDINA, Julio, "La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo. La interacción de los factores biológicos, genéticos y ambientales en el juicio de imputabilidad. Un nuevo enfoque hacia la prevención del delito, el derecho a la seguridad y la reeducación del sujeto", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 10, vol. II, 2003, pp. 158-162. A mayor abundamiento, NAVARRO FRÍAS, Irene, "Psicopatía...", op. cit., pp. 145-146, señala que dentro de la corteza prefrontal, encargada de controlar los impulsos agresivos, las tasas de actividad baja se presentan en los asesinos afectivos mientras que en el caso de los asesinos depredadores (de sangre fría) tienen un buen funcionamiento prefrontal lo que les permite controlar su comportamiento. Conforme a esta distinción, en opinión de esta autora, sólo en el caso de los asesinos afectivos, ante esa falta de control, es posible hallar respuesta a sus posibles delitos en la circunstancia 1ª del art. 20 CP (por no poder actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho).

⁹ Dentro de la psicopatía, siguiendo a James FALLON (FALLON, James, "El mal está dentro de mí", en *XL el Semanal*, 22 de junio de 2014, pp. 38-40), neurocientífico de la Universidad de California en Irvin (EEUU) hay que distinguir, a su vez, entre los psicópatas primarios y los secundarios. Los psicópatas primarios, con una puntuación de 40 en la lista de verificación de Hare (cuestionario que valora estos aspectos dentro del contexto biográfico del paciente) son muy peligrosos, realmente son irrecuperables (por ejemplo, los depredadores sexuales), por lo que lo único que se puede hacer con respecto a ellos es neutralizar parte de su cerebro. Nacen así. No necesitan influencias externas negativas. De niños ya suelen presentar patrones de conducta distintos. En su opinión, la terapia no puede funcionar. Con este perfil, por un lado de ausencia de sentimientos de culpa y, por otro, del escaso miedo que sienten en general, y al castigo en particular, debemos concluir (también NAVARRO FRÍAS, Irene, "Psicopatía...", op. cit., p. 152) que nos hallamos próximos a la idea de la incorregibilidad. Lo único que queda para estos casos extremos es la prevención: diagnosticar a los psicópatas lo antes posible, teniendo enfermeros y médicos formados en ese campo capaces de reconocer las señales: si un niño mira con total frialdad como si no estuvieras ahí, se debe hacer el esfuerzo en confirmar la existencia a esa predisposición desde una edad muy temprana y prevenir que ese niño sufra malos tratos o que sea objeto de acoso, circunstancias que pudieran ser posteriormente las desencadenantes de su conducta delictiva violenta (FALLON, James, "El mal...", op. cit., p. 40).

No es el lugar de profundizar en un problema tan complejo como es poner en cuestión el fundamento de la culpabilidad en Derecho penal¹⁰, simplemente conviene resaltar que aunque sea un hecho constatable desde las neurociencias que las decisiones se vinculan a procesos neuronales no conscientes, esto no significa que, como consecuencia de ello, el fundamento de la construcción de la culpabilidad jurídico penal haya de desecharse por completo, en la medida en que nuestra discusión anida y se desarrolla en otro plano; no en un sistema empírico sino en un sistema social. En otras palabras, a pesar de los avances neurocientíficos, debemos seguir actuando conforme a patrones estrictamente normativos que nos permitan determinar “el nivel de disposición jurídica exigible a los ciudadanos”¹¹ partiendo del presupuesto, eso sí, de lo que evidencian las neurociencias a través de sus avances.

Más aún, como afirma CANCIO¹², desde la perspectiva del concepto funcional de la culpabilidad, la fundamentación de ésta viene determinada por las necesidades de la prevención general positiva por lo que es inmune a las dudas sembradas por las neurociencias en torno a si los seres humanos están plenamente determinados por procesos neuronales inconscientes.

Sí será útil, en cambio, para afinar la relación entre determinadas afecciones y su grado de imputabilidad. Es decir, con estos avances se ha diluido la frontera entre el ser responsable y el irresponsable.

A pesar de todo ello, la Jurisprudencia¹³ no ha sido permeable a estos avances, pues suele mantener la imputabilidad¹⁴ tanto de los delincuentes psicópatas como de los que sufren otro tipo de trastornos de la personalidad rayanos o no en la psicopatía, en la medida en que, sigue afirmando, que pueden comprender racionalmente la ilicitud del acto. A no ser que presenten junto a este déficit de la personalidad algún otro factor, endógeno o exógeno, que pueda afectar siquiera de modo parcial al entendimiento y la voluntad del sujeto, por lo que en estos casos, se aplicará bien una eximente incompleta (en supuestos más graves de trastorno de la personalidad unido a alguna otra patología¹⁵), bien una atenuante analógica¹⁶.

¹⁰ Sobre el debate en torno al concepto dogmático de la culpabilidad en la actualidad, véanse, entre otros, URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Bilbao/Granada: Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano y editorial Comares, 2004, pp. 23 y ss. Cfr., FRISCH, Wolfgang, “Sobre el futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad”, en Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Madrid/Pamplona: Civitas/Thompson Reuters, 2012, pp. 22 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias”, en Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho Penal de la culpabilidad y Neurociencias*, Madrid/Pamplona: Civitas/Thompson Reuters, 2012, p. 229. CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias”, en Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho Penal de la culpabilidad y Neurociencias*, Madrid/Pamplona: Civitas/Thompson Reuters, 2012, pp. 261-265.

¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal de la culpabilidad y Neurociencias”, op. cit., p. 251.

¹² CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal...”, op. cit., p. 264.

¹³ Cfr., sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, SÁNCHEZ GARRIDO, Francisco, “El tratamiento jurisprudencial de la psicopatía. Comentario de la STS 1391/1988, de 29 de febrero. Ponente Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, nº 7, enero 2012, pp. 347-366. Vid., SSTS nº 423/2007 de 23 de mayo; nº 439/2004 de 25 de marzo. Igualmente para un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia véase, NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatía y medidas de seguridad...”, op. cit., pp. 138 y ss. URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica...*, op. cit., pp. 315 y ss.

¹⁴ STS 4 de abril de 1984 (RJ 1984/2312), 13 de junio de 1985 (RJ 1985/3005); 18 de enero de 1986 (RJ 1986/150) y 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8496).

¹⁵ SSTS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986/2437); 17 de mayo de 1991 (RJ 1991/3695), 5 de octubre de 1991 (RJ 1991/7005), nº 1272/1995, de 19 de diciembre; nº 768/1996, de 23 de octubre, nº 1414/1997, de 7 de abril; nº 1416/1997, de 24 de noviembre; nº 243/1998, de 20 de febrero; nº 1357/1999, de 1 de octubre; nº 179/2000, de 4 de febrero, entre otras. SAP de Málaga, nº 5/2001, de 29 de enero: se apreciará la atenuante analógica “cuando el hecho cometido estuviera en relación causal psíquica con la desviación caracterológica advertida”, y la eximente completa o incompleta cuando “por coexistir la personalidad psicopática con otra enfermedad mental o concurrir circunstancias excepcionales, quedase eliminada o más seriamente afectada su inteligencia y voluntad”. Vid., ampliamente, SALVADOR CONCEPCIÓN, Rosa, “La inimputabilidad por «anomalía o alteración psíquica». Tratamiento jurisprudencial actual”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 33, 2014, pp. 63-64. URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal...* op. cit., pp. 318-321. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Trastornos de la personalidad...”, op. cit., pp. 25-27.

¹⁶ SSTS nº 338/1994, de 16 de febrero; nº 564/1995, de 7 de abril; 22 de febrero de 1997 (RJ 1997/1369), 12 de marzo de 1985 (RJ 1985/1627), 17 de marzo de 1985 (RJ 1985/2035), 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986/185; 1986/3869; 1986/7968) entre otras. Vid., GUIASOLA LERMA, Cristina, *Reincidencia y Delincuencia Habitual. (Regulación legal, balance crítico y propuesta de lege ferenda)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 150. CARUSO FONTÁN, Viviana, “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual peligroso”, en *Revista Penal*, nº 31, enero de 2013, p. 19. NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatía...”, op. cit., p. 119, nota a pie nº 4 destacando la STS de 9 de noviembre de 2000. URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal...* op. cit., pp. 320 y ss.

Ello demuestra que los penalistas no hemos sido permeables a los matices que la ciencia psiquiátrica nos proporciona sobre las distintas tipologías de estas patologías¹⁷, reduciéndolas a tres grandes categorías para encasillar a estos delincuentes. Y si simplificamos una realidad tan compleja¹⁸ como es la mente lo que se consigue es deformar o pervertir dicha realidad impiéndiendo alcanzar una solución adecuada a estos casos. En otras palabras, se ha simplificado en exceso la compleja realidad de aquellos sujetos que, sin llegar a ser declarados como «enfermos mentales», es decir, sin ser inimputables, tienen demostradas, por ejemplo, unas tendencias sexuales de obsesión extrema que determinan una reincidencia incontrolable a la hora de cometer los delitos relacionados con su patología. A éstos se les ha calificado como imputables conforme a los parámetros que utilizamos porque no hay más que tres categorías, pero quizás haya que asumir una cuarta entre los imputables y los semiimputables a modo de *quartum genus* o semiimputabilidad *sui generis* en la que se encuadrarían este tipo de sujetos.

En efecto, merecen, al igual que los tradicionalmente catalogados como semiimputables, una atenuación de la pena¹⁹. Son, en este sentido, próximos a ellos. Es necesario, por tanto, replantearse el propio concepto de inimputabilidad, esto es, aun cuando las facultades afectadas no sean la intelectual o la volitiva, “la afectación de otras facultades también puede dar lugar a una disminución de la imputabilidad del sujeto”²⁰, porque, en definitiva, son incapaces de comprender emocionalmente²¹ lo que está bien y lo que está mal, un grupo por incapacidad de *sentir* (los psicópatas) y otro (sujetos con otros tipos de trastornos de la personalidad) por incapacidad de *controlar sus impulsos* –normalmente sexuales–, por lo que sus acciones delictivas podrían encontrar acomodo en el art. 20.3 CP²² (*alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que supongan una alteración grave en la conciencia de la realidad*), principalmente a través de la eximente incompleta.

Sin embargo, esta atenuación no se compagina bien con la peligrosidad de estos sujetos por lo que la misma debe ser compensada con medidas de seguridad orientadas a la prevención especial. En este marco tiene sentido la figura de la libertad vigilada.

Al imponerse esta medida de seguridad junto a la pena, parece que *de facto*, se confiere a estos sujetos un tratamiento próximo a los semiimputables, sin embargo, siguen siendo imputables.

¹⁷ Las sucesivas ediciones del *DSM Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM)* de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (American Psychiatric Association, o APA) van incorporando nuevos trastornos; en ocasiones, son meras subdivisiones de trastornos identificados desde antiguo; otras veces, son “nuevos” trastornos desgajados de un tronco común y menos preciso que los englobaba previamente. Sea como fuere, lo cierto es que la psiquiatría nos ofrece una variedad nosológica sorprendente que, a mi modo de ver, la ciencia penal ha simplificado en exceso.

¹⁸ “Hay que alejarse de maniqueísmos simplistas”: GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Trastornos de la personalidad...”, op. cit., p. 18.

¹⁹ Sin embargo, el Derecho penal actúa ante este tipo de sujetos, a mi modo de ver, de forma contradictoria. En efecto, como indica DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal...”, op. cit., p. 16: “Lo curioso es que el Derecho penal excluye la culpabilidad del autor ante graves déficit psíquicos del autor, por considerarlos casos de inimputabilidad, pero castiga más severamente cuando se trata de autores violentos, respecto de los cuales se han constatado asimismo empíricamente problemas mentales de considerable importancia”.

²⁰ CARUSO FONTÁN, Viviana, “Sobre el fundamento...”, op. cit., p. 19. En este sentido, añade (p. 20) “sería conveniente la creación de una atenuante a incluir en el art. 21 que recogiera la relevancia de una alteración o trastorno mental que afectara a facultades del sujeto que no incidieran en las capacidades intelectual y volitiva. (...) como por ejemplo la facultad afectiva también puede provocar una disminución en la culpabilidad del individuo”, permitiendo así la aplicación de una medida de seguridad frente a un grupo específico de sujetos imputables. Igualmente, MATEO AYALA, Eladio José, *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español*, Madrid: EDERSA/Instituto de Criminología de Madrid, 2003, pp. 390-393.

²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal...”, op. cit., p. 264. Ilustrativa al respecto la frase que destaca LEAL MEDINA, Julio, “La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo...”, op. cit., p. 157: “Sabía lo que hacía pero no lo sentía”, con la que se concluye muchas sesiones judiciales donde forenses psiquiatras y psicólogos informan a los Tribunales de Justicia acerca de la conducta, comportamiento y facultades mentales de los psicópatas.

²² Así, CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho penal”, op. cit., pp. 281-282. Por su parte, LEAL MEDINA, Julio, “La psicopatía y su incidencia...”, op. cit., pp. 168-175, es partidario de incardinir estas conductas por la vía del art. 20.1º CP integrándose así la psicopatía como anomalía o alteración grave que exige tratamiento, con la consiguiente imposición de la medida de seguridad adecuada a su patología. Igualmente, consideran apreciable en estos casos la eximente incompleta (o, en la mayoría de los supuestos, la atenuante analógica) en relación con la eximente de anomalía psíquica, GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia/SÁNCHEZ VILANOVA, María, “Trastornos de personalidad, in/imputabilidad penal y medidas de seguridad” en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 34, 2014, p. 162.

tables desde el momento en que se les impone la totalidad de la pena que les corresponde conforme al hecho cometido. Esta afirmación de la plena imputabilidad es la que debe cuestionarse partiendo de la constatación de su falta de capacidad afectiva o de la afectación de su capacidad inhibitoria, lo que indica una disminución de su culpabilidad a la que debe responderse, insisto, con una atenuación de la pena.

2. La nueva medida de libertad vigilada como respuesta

2.1. Naturaleza jurídica

Para supuestos, entre otros, como estos, la medida de seguridad de libertad vigilada fue introducida en el CP en virtud de la reforma operada por LO 5/2010. La novedad fundamental de esta medida en relación con el resto de medidas de seguridad que conocemos es que la misma resulta aplicable no sólo a los inimputables o semiimputables, sino también y de forma obligatoria (con una matización que comentaremos) a los sujetos imputables pronosticada su peligrosidad en función de la naturaleza del delito cometido (limitados en la LO 5/2010 a los delitos sexuales y de terrorismo), y siempre que el Legislador así lo haya previsto en un precepto de manera expresa²³.

La LO 1/2015, tras muchos avatares, lo que produce respecto a esta figura, según su propia Exposición de Motivos, es una ampliación de su ámbito de aplicación a todos los delitos contra la vida, y a los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (si bien se impone de forma facultativa. “Se les podrá imponer” rezan los preceptos correspondientes).

Se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior a ésta, y se hará o no efectiva precisamente cuando se vuelva a actualizar ese pronóstico de peligrosidad, en el momento de extinción de la pena, previa propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, elevada anualmente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 98.1 CP). Por tanto, se cumple cuando ya se hayan extinguido todas las penas impuestas, incluida la última fase de libertad condicional.

En resumen, *tertium genus*, un híbrido²⁴, entre pena y medida, rompiendo el rígido binomio²⁵: pena-imputables, medida de seguridad/irresponsables, salvo que nos replanteemos, como he sugerido, el concepto de inimputabilidad, por lo que, entonces, esta figura ya no sería tal *cuerpo extraño*. Independientemente de la naturaleza jurídica otorgada, sí conviene resaltar que al ejecutarse una vez cumplida la pena principal, por un lado implica que no está sometida a los criterios generales de aplicación de las medidas de seguridad, y por otro, subyace a esta medida la prolongación de la consecuencia penal impuesta al sujeto peligroso, enmascarándose bajo el amplio paraguas de la medida de seguridad lo que no es sino una pena accesoria de control, en la mayoría de los casos de carácter meramente asegurativo.

²³ Ampliamente, DÍAZ SASTRE, Cristina, “Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 25, vol. 1, 2011, pp. 46 y 54. CÁMARA ARROYO, Sergio, “La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias”, en *La Ley Penal*, Nº 96-97, Septiembre-Octubre 2012, p. 9.

²⁴ Prueba de este carácter híbrido ha sido la mutante naturaleza jurídica de esta figura en los distintos anteproyectos que dieron lugar a la LO 5/2010. El Anteproyecto de modificación del CP de 2006 le confirió la doble naturaleza de pena y medida. El Anteproyecto de reforma del CP de 2008 le otorgó la naturaleza de pena. La LO 5/2010 optó por catalogarla dentro de las medidas de seguridad. Sobre la mutante naturaleza jurídica de esta pena, *vid.*, CÁMARA ARROYO, Sergio, “La libertad vigilada en adultos...”, op. cit., pp. 2-6. Igualmente, puede consultarse al respecto mi trabajo, *La libertad vigilada aplicable a ¿imputables? Presente y futuro*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 51-56 y bibliografía allí citada.

²⁵ Sobre las consecuencias de este nuevo escenario, *vid.*, URRUELA MORA, Asier, “¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho Penal de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 115, 2015, pp. 119-160.

2.2. Fundamentación

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010, fundamenta esta medida en supuestos de especial gravedad en los que “ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. Sin cejar en el esfuerzo rehabilitador hay que adoptar ciertas medidas que permitan conciliar el fin de prevención especial con otros valores, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”.

Se pueden destacar varias incongruencias al respecto. En primer lugar, la alusión a “casos de especial gravedad” es incoherente con el texto del articulado, pues tanto el art. 192 CP como el 579.3 CP (regulado conforme a la LO 5/2010) prevén la aplicación de la libertad vigilada cuando el delito o la pena, respectivamente, hayan sido “graves” o “menos graves”²⁶. Incongruencia no subsanada en la LO 1/2015 en relación con el art. 192 CP ni en la LO 2/2015 con respecto al art. 579 bis.2 CP.

En segundo lugar, se reconoce el fracaso de la rehabilitación pero no se ceja en el esfuerzo rehabilitador, a modo de advertencia simbólica²⁷, porque, a pesar de ello, en el texto del articulado se observa que esta incidencia es secundaria pues no se alude en ningún momento a ningún tratamiento para la reinserción. La mayoría de las medidas en que consiste la libertad vigilada son de carácter asegurativo. Todo ello deriva, en relación con este tipo de sujetos, en el retorno de la inocuización²⁸, parece que sin ninguna otra finalidad añadida.

Se trata, pues, de una medida de seguridad postdelictual, en principio fundamentada en la peligrosidad, pero sin tener necesariamente en cuenta la reincidencia, que sería uno de los criterios que deberían sopesarse para calibrar la peligrosidad -pues se afirma en el texto que se aplicará²⁹ cuando se hayan cometido “uno o más delitos”- luego puede aplicarse cuando se haya delinquido una sola vez-, y atendiendo al falso entendimiento de que la mayor gravedad de ciertos injustos conlleva la mayor peligrosidad del autor³⁰. En efecto, sólo se tiene en cuenta la peligrosidad en el último inciso del 192.1 y del 579 bis.2 CP -delincuente primario- al que se le podrá imponer o no la libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

La cuestión ahora consistirá en resolver si, efectivamente, esta medida es la menos grave de entre aquellas que pueden resultar suficientes para prevenir la peligrosidad del autor, esto es, si es eficaz y si es proporcionada en todos los casos para los que se ha previsto.

2.3. Ámbito de aplicación

2.3.1. LO 5/2010: de carácter obligatorio a delitos sexuales y a delitos de terrorismo

La LO 5/2010 estableció la aplicación de esta medida de forma obligatoria a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192) y a

²⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “la nueva medida de seguridad de «libertad vigilada» aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del «derecho penal del enemigo» por la LO 5/2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, I, Época II, mayo 2011, p. 118.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto” en *Diario La Ley*, Nº 7464, 9 se septiembre de 2010, p. 2. Véase también, -DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 63, 2009, p. 34.

²⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, eds. Universidad de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 699 y ss.

²⁹ Salvo en el caso de la violencia doméstica habitual donde no se especifica nada.

³⁰ De hecho, el art. 192.1 y el 579 bis.2 CP determinan distinta duración de la medida si el delito (o la pena) fuera grave o menos grave. Como desarrollaré más adelante, la gravedad del *injusto* cometido por el sujeto sólo podrá tomarse en cuenta, en mi opinión, para modular el concepto de peligrosidad basado, entre otros parámetros, en la reincidencia. Es decir, la gravedad del *hecho* no es un parámetro para conformar la peligrosidad del sujeto sino sólo para desechar del concepto de peligrosidad determinados casos de reincidencia.

los condenados a pena *grave*³¹ privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo (art. 579.3)³². Ambos tipos penales han sido retocados, respectivamente, por las LO 1/2015 y 2/2015³³, manteniendo idéntico contenido en lo que respecta a la libertad vigilada.

La introducción de la medida de libertad vigilada aplicable a **delincuentes terroristas** responde a la crítica e indignación de una parte de la opinión pública ante algunos casos de excarcelaciones de condenados por terrorismo, lo cual carece de fundamento pues si la razón de ser de la libertad vigilada, tal como expresa la Exposición de Motivos, es luchar contra la peligrosidad subsistente del sujeto, en el caso de los delitos de terrorismo, fundamentalmente los pertenecientes a ETA, es prácticamente inexistente si tenemos en cuenta el bajo índice de reincidencia en este ámbito³⁴.

Es complicado, en todo caso, establecer los parámetros adecuados para determinar el índice de reincidencia en los delitos de terrorismo por la complejidad, extensión y, a la vez, ambigüedad, del propio concepto de *terrorismo*³⁵. Si ponemos el foco de atención en ETA, evidentemente no es lo mismo -y no debe ser equiparable a efectos de conformar la reincidencia- causar la muerte de una persona perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con esta organización terrorista (art. 573 bis.1º CP) que realizar actos de *Kale borroka*, es decir, actos de violencia callejera por militantes o simpatizantes del entorno de la izquierda abertzale y de la banda terrorista ETA. Actos que, precisamente, han sido calificados como *terrorismo de baja intensidad*, lo que indica la abismal diferencia entre las distintas conductas que pueden ser calificadas de “actos terroristas”.

Por otro lado, es fácil augurar que el índice de reincidencia en los delitos de terrorismo será aún más bajo si tenemos en cuenta otro parámetro: la larga duración de las penas impuestas en esta clase de delitos³⁶, lo que conlleva inevitablemente que se hayan convertido en ancianos al término del cumplimiento de sus condenas: “antes los condenados por terrorismo pasaban en prisión un máximo de 20 o 25 años, pero ahora van a pasar 40. Y si sabemos de una circunstancia que disminuye la reincidencia es precisamente envejecer”³⁷.

A todo ello, hay que añadir otro dato: la entrada en vigor de la LO 5/2010, en diciembre de ese año, coincide prácticamente en el tiempo con el anuncio por parte de ETA del cese definitivo de su actividad armada (el 20 de octubre de 2011), por lo que el principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables impedirá aplicar la libertad vigilada a los delincuentes que pertenecieron a esta banda terrorista y que abandonaron la lucha armada antes de la

³¹ La diferente redacción entre ambos preceptos indica que la medida resulta más fácilmente aplicable en los delitos sexuales porque se exigen menos requisitos para su imposición - pena de prisión- que en terrorismo - pena grave privativa de libertad-.

³² Con la matización referida a los delitos menos graves reflejada en el último inciso de ambos preceptos, donde se señala que se podrá imponer o no en atención a la menor peligrosidad del autor.

³³ Conforme a la LO 2/2015, la previsión de la libertad vigilada en delitos de terrorismo se encuentra ahora en el art. 579 bis.2 CP.

³⁴ Ampliamente, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010”, en *La ley: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 86, octubre, 2001, pp. 27-28; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7 (enero), 2012, pp. 25-26; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, “La orientación político criminal del Proyecto de reforma del CP”, en Diego Díaz-Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (Coords.), *De los delitos y de las Penas, hoy: La nueva reforma del CP*, Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 20.

³⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “La introducción de la libertad vigilada en el Derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo?”, Ponencia pronunciada en Madrid, dentro de las XXXII Jornadas organizadas por la Abogacía General del Estado. *El nuevo Código Penal*, los días 17 y 18 de noviembre de 2010, pp. 1-16. http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342418143?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_%C3%8D%C3%Bligo_Ortiz_de_Urbina_Gimeno.PDF, pp. 11-12 afirma que la reincidencia varía en función de los distintos grupos terroristas que consideremos. Así, en los años 80, el índice de reincidencia de los GRAPO era muy elevado, pero sus miembros suponen un número muy reducido de la totalidad de terroristas que han actuado en España y actualmente su índice de reincidencia está en niveles próximos a cero. En el caso de los miembros de ETA, su índice de reincidencia es asimismo muy bajo y, si reincidieran, los delitos que cometen no suelen ser de la misma naturaleza que los que cometieron en el pasado.

³⁶ En virtud de la modificación del CP por LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

³⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “La introducción de la libertad...”, op. cit., p. 12. Igualmente, HUERTA TOCILDO, Susana, “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 127.

implantación efectiva de esta medida. En consecuencia, en el caso de los etarras, sólo podrá imponerse esta medida a los que delinquieron entre diciembre de 2010 y octubre de 2011. Por tanto, por mucho que se haya previsto su aplicación, su efectiva ejecución en estos casos es pura ficción, lo que demuestra que nos encontramos ante una nueva manifestación del derecho penal simbólico.

Es cierto que el terrorismo no termina con ETA y que el yihadismo islámico continúa siendo una amenaza constante. Pero no nos engañemos, cuando el Legislador pensó en implantar esta medida en el ámbito de los delitos de terrorismo lo hizo para “compensar” la excarcelación de algunos casos de terroristas de ETA que escandalizó a gran parte de la opinión pública. Hecho que no guarda relación con la fundamentación de esta medida, pues no hay que olvidar que aunque el terrorista sea un delincuente por convicción, no tiene alteradas las bases de su imputabilidad penal, en la medida en que no tiene connotaciones psicopatológicas.

En relación con la imposición de la libertad vigilada a **delincuentes sexuales**, tiene su razón en el fenómeno denominado *sexual predator* y en los antecedentes que, como respuesta al mismo, se vienen imponiendo en las últimas décadas en el Derecho comparado³⁸. Sin embargo, el Legislador no ha distinguido entre los diferentes tipos de delincuentes sexuales; el art. 192 simplemente explica a “los condenados a pena de prisión” cuando no todos tienen la misma entidad, ni estadísticamente todos van acompañados del mismo índice de reincidencia. Por ejemplo, ¿tiene sentido imponerla al acosador sexual? ¿Al proxeneta?³⁹

2.3.2. LO 1/2015: de carácter facultativo con ampliación del ámbito de aplicación a delitos contra la vida, a maltrato ocasional en el ámbito familiar y a violencia doméstica habitual

Sin que haya habido una evaluación de la eficacia de la medida, la LO 1/2015 prevé además su imposición de forma facultativa (“podrá imponer”) por un tiempo de hasta 10 años (art. 105.2 CP), en los siguientes preceptos: 140 bis CP (todos los delitos contra la vida), 156 ter CP (maltrato ocasional en el ámbito familiar) y 173.2 CP (violencia doméstica habitual).

Con respecto al art. 140 bis CP, aunque la previsión está ubicada después de los delitos de homicidio doloso y de asesinato, determina expresamente la aplicación de la medida a los “delitos comprendidos en este Título”, lo que permite imponerla, por ejemplo, al homicidio imprudente o a la inducción y cooperación necesaria al suicidio. Parece adecuada la ubicación de esta figura, pues de acuerdo con lo que vengo manteniendo, su aplicación es idónea en el caso de asesinos psicópatas seriales, luego su aplicación extensiva a todos los delitos del Título supone un defecto de técnica legislativa que debe subsanarse.

En relación con los delitos de maltrato ocasional y habitual en el ámbito doméstico, el Legislador denota otra contradicción al no haberlo pensado igualmente para los arts. 171.5 y 172.2 CP (amenazas y coacciones en el ámbito familiar, respectivamente) cuando por coherencia debería haberse previsto para dar idéntica respuesta a todos los delitos relacionados con este tipo de violencia, si político criminalmente se considerara conveniente la aplicación de la libertad vigilada en este ámbito. Yo no lo creo pues los delincuentes de este tipo de violencia no tienen el perfil anteriormente mencionado, que debe ser la guía para la aplicación de la medida. Es cierto que los programas de reeducación y tratamiento psicológico en maltratadores como alternativa a la suspensión de la condena, tienen una duración de nueve meses, tiempo insuficiente, dadas las características de estos casos, para obtener resultados exitosos en el tratamiento. O cuando se les condena por estos delitos, la pena de prisión impuesta no puede superar los tres años, tiempo también insuficiente para que los programas de tratamiento psicológico puedan ser efectivos a efectos de la disminución de la peligrosidad del

³⁸ Para ampliar información al respecto, puede consultarse mi trabajo, *La libertad vigilada...*, op. cit., pp. 43-46. A mayor abundamiento, resulta muy útil el exhaustivo estudio de Derecho comparado realizado por SALAT PAISAL, Marc, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 65-276.

³⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, p. 5.

agresor. Pero es el tiempo que corresponde conforme al principio de legalidad y proporcionalidad de las penas.

En general, hay que advertir, además, el escaso efecto intimidatorio de las penas en los autores de estos delitos que son delincuentes por convicción -a estos efectos, igual que los delincuentes terroristas-, dispuestos, incluso a suicidarse posteriormente con tal de llegar a su propósito, teniendo en cuenta, por otro lado, la compleja realidad que acompaña a este tipo de delincuencia. Está constatado igualmente, que los mayores riesgos de reincidencia se estiman cuando sale de prisión, pero para reducir ese riesgo el ordenamiento ya ha previsto que la pena accesoria de alejamiento tenga una duración superior a la pena de prisión impuesta, lo que va a producir, por cierto, como veremos más adelante, un solapamiento entre ambos tipos de consecuencias jurídicas.

Por todo ello, a pesar del drama que subyace a muchos de estos supuestos, no veo útil la medida de libertad vigilada, cuya aplicación debe estar fundamentada en los trastornos anteriormente desarrollados. Como es sabido, este tipo de violencia no se soluciona prolongando indefinidamente el alejamiento sino mejorando la terapia y, sobre todo, educando en igualdad.

En definitiva, en mi opinión debe restringirse el ámbito de aplicación de la libertad vigilada a los siguientes delitos: asesinatos realizados por psicópatas u otro tipo de delincuentes con trastornos de la personalidad cuyo pronóstico de reincidencia⁴⁰ y, por tanto de peligrosidad, se demuestre que es elevado (para evitar asesinatos en serie), a los delitos de agresiones sexuales y a todos los demás delitos sexuales que lleven aparejada pena de prisión cometidos sobre menores, debiendo suprimirse en todos los demás ámbitos (incluidos los delitos de terrorismo y los de violencia de género). En el caso de los asesinatos, será operativa siempre y cuando se suprimiera la pena de prisión permanente revisable, pues de mantenerse, como detallaré más adelante (cfr., *infra*), la ejecución de la libertad vigilada en la práctica será imposible.

Es decir, perfiles de peligrosidad, basados en patologías de conducta con pronóstico elevado de reincidencia en el ámbito de los delitos graves.

Siguiendo con este argumento, me atrevería afirmar, dentro de la restricción del ámbito concreto de aplicación de esta medida, que debe otorgarse al juez la facultad de elegir la aplicación excepcional de la libertad vigilada cuando el sujeto haya cometido un único delito pero se constate que los predictores de riesgo de repetición delictiva son absolutamente inmodificables, lo que ocurrirá únicamente en determinados perfiles de peligrosidad anteriormente señalados, basados en trastornos graves de la personalidad (psicópatas con un índice 40 en la escala de Hare).

2.4. La presunción de peligrosidad

La regulación de la libertad vigilada en la Reforma de 2010 estableció una presunción *iuris tantum* de peligrosidad futura de la persona, en el momento de ser condenada atendiendo a un específico perfil deducido de la propia naturaleza⁴¹ de los delitos cometidos (contra la libertad o indemnidad sexuales o de terrorismo) y, por tanto, sin ninguna comprobación científica o empírica⁴² pues ni siquiera se constata necesariamente por la reincidencia ya que ésta, por lo

⁴⁰ A su vez, como indica SALAT PAISAL, Marc, *La respuesta jurídico-penal...*, op. cit. p. 389, si realmente existe riesgo de reincidencia y se impone la medida de libertad vigilada, deberá eliminarse la agravante de reincidencia.

⁴¹ NISTAL BURÓN, Javier, "La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 793/2010, p. 3 "se estará incurriendo en un Derecho penal de excepción, lo que no deja de ser una iniciativa jurídicamente arriesgada". Igualmente, URRUELA MORA, Asier, "Capítulo 30: «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada»", en *Memento Experto. Reforma Penal 2010. LO 5/2010*, Madrid: Francis Lefebvre, 2010, p. 661. CARUSO FONTÁN, Viviana, "Sobre el fundamento y justificación...", op. cit., p. 8.

⁴² Como afirma GARCÍA ALBERO, Ramón, "La nueva medida", op. cit., p. 5. EL MISMO, "De las medidas de seguridad", en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Pamplona: Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 692. En el mismo sentido BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, "La nueva medida", op. cit., p. 102, lo que contradice los principios de aplicación de las medidas de seguridad. Gráficamente, HUERTA TOCILDO, Susana, "Esa extraña consecuencia del delito...", op. cit., p. 121, afirma: "Dicho de una manera sencilla: se impone «para por si acaso»..."

general, no se exige -rezan los preceptos correspondientes: “uno o varios delitos”-. Sólo se tiene en cuenta -como se ha mencionado *supra*- en el último inciso del art. 192.1 CP y en el último inciso del art. 579 bis.2 CP, cuando se alude a delincuente primario por delito menos grave al que le podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor (recordemos que a estos efectos estos dos preceptos no se han modificado en las LO 1/2015 y 2/2015).

Se trata, en definitiva, de un juicio de peligrosidad no fundamentado⁴³ al preverse que ésta subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión, sin añadir ningún otro requisito al respecto.

No obstante, deja la puerta abierta para desvirtuar la presunción en la medida en que, como mantiene el vigente art. 106.2, II CP, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad se prevé que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no sólo pueda cambiar las obligaciones del penado durante la ejecución de la pena de libertad vigilada, de acuerdo con ese pronóstico de peligrosidad variable, sino también reducir la medida de libertad vigilada o, incluso, dejarla sin efecto en cualquier momento de su cumplimiento, es decir, incluso en el mismo momento del comienzo de su ejecución «ex art. 106. 3 c) CP». Es más, una interpretación sistemática del art. 106. 3 CP con los arts. 97 CP (el Juez sentenciador “adoptará”) y 98 CP el Juez de Vigilancia Penitenciaria “estará obligado”), permite sostener la obligatoriedad⁴⁴ del juez o tribunal sentenciador de adoptar, al menos antes de dos meses de la extinción de la pena, el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida cuando ésta no resulte necesaria.

Además de establecer el Legislador de 2010 ese juicio de peligrosidad atendiendo a un específico perfil, el de los delincuentes sexuales y el de los terroristas, este pronóstico se intensifica cuando el delito es grave (pena de prisión superior a 5 años). Por el contrario la presunción de peligrosidad puede desvirtuarse más fácilmente (“menor peligrosidad del autor”) cuando el delito es menos grave siendo además delincuente primario.

Es decir, para el Legislador de 2010 el hecho de ser *primario* es revelador de una menor peligrosidad y, sin embargo, a pesar de ello, puede imponérsele la medida de libertad vigilada lo que supone un contrasentido y una falta de justificación de la aplicación de la medida en estos casos (¿sobre qué base se impone en estos supuestos?). Por otro lado, el hecho de preverse la aplicación obligatoria de la medida cuando el delito fuera grave y sólo facultativa cuando se trate de un delito menos grave, parece fundamentarse en la falsa consideración -como se ha mantenido *supra*-, de que de la mayor gravedad de ciertos injustos se deduce necesariamente un incremento de la peligrosidad de sus autores (presunción *iuris et de iure* en determinados supuestos), al mismo tiempo que demuestra la confusión del fundamento de imposición de las penas y de las medidas.

De otra parte⁴⁵, suscita dudas lo que el Legislador entiende por delincuente *primario*: ¿Debe ser aquél que nunca ha cometido un delito o puede haberlo realizado siempre que se trate de una infracción de naturaleza diferente?

Por su parte, la LO 1/2015, en relación con los delitos a los que amplía su aplicación, prevé la imposición de la medida de libertad vigilada de forma facultativa “se les podrá imponer”, lo

⁴³ Desde esta perspectiva, CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2001op. cit., p. 908 mantiene que la peligrosidad ha de quedar probada pues así lo establece el art. 95.1.2^a CP, con el que debe coordinarse su regulación pues, de lo contrario, se vulneraría el principio de presunción de inocencia.

⁴⁴ *Vid.*, REBOLLO VARGAS, Rafael, “De las medidas de seguridad”, en *Comentarios al Código Penal. Parte general*, (Córdoba Roda y García Arán), Barcelona: Marcial Pons, 2011op. cit., p. 860. O, como indica DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, p. 188, mantener este carácter facultativo del término “podrá” no significa que el tribunal sentenciador pueda o no adoptar alguna de las decisiones previstas en el art. 106.3 CP sino que debe interpretarse en el sentido de no descartar la posibilidad de que en el transcurso de la medida puedan aparecer otras circunstancias no contempladas en el art. 106.3 CP.

⁴⁵ URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 668.

cual evidentemente es positivo porque implica necesariamente un juicio fundamentado de peligrosidad en el momento de la imposición de la sentencia, debiendo constatarse entonces el pronóstico de probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Lo incoherente es que haya dos categorías diferentes: por un lado, los delitos de terrorismo y contra libertad sexual para los cuales, por regla general ex art. 579 bis.2 y 192.1 CP, es preceptiva la imposición, y de otro lado, los delitos contra la vida, maltrato ocasional y violencia doméstica habitual, para los que la imposición de la libertad vigilada es facultativa. En consecuencia, en el caso de los delitos a los que se amplía el ámbito de aplicación de la libertad vigilada por virtud de la LO 1/2015, se establece un doble control de peligrosidad: en el momento de la imposición de la sentencia y en el momento de la ejecución de la medida. Lo cual no tiene ninguna justificación.

2.5. Cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad

La libertad vigilada se ejecuta después de extinguida la pena de prisión impuesta (art. 106.2.I CP), por tanto, después de cumplida la fase de libertad condicional. Este momento de cumplimiento de la medida plantea a priori dos problemas: la posible incompatibilidad con el régimen progresivo penitenciario y la dificultad de asegurar en el momento de la imposición de la medida, que ese pronóstico vaya a mantenerse en el momento de la ejecución.

Con respecto al primer problema, la libertad vigilada parece incompatible con el régimen progresivo⁴⁶ penitenciario al suponer un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, pues es más restrictiva que esta última fase de cumplimiento de la pena. Ello obliga a prestar especial atención⁴⁷ al control de las obligaciones que dotan de contenido la libertad vigilada. Si el sujeto alcanzó la libertad condicional, normalmente no procederá la libertad vigilada salvo que haya habido un cambio radical de las circunstancias del sujeto relativas a un pronóstico sobrevenido de peligrosidad inexistente en el momento de haber alcanzado la libertad condicional, lo que será absolutamente excepcional. A mayor abundamiento⁴⁸ esta posibilidad excepcional de aplicación de la libertad vigilada será aún más excepcional en el caso de delincuentes terroristas dado el régimen agravado que impone el CP a este tipo de delincuentes para acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

Por no hablar de la práctica imposibilidad de aplicar la libertad vigilada en algunos de los delitos contra la vida para los que está prevista tras la LO 1/2015. Por ejemplo, ¿cuándo se aplica la libertad vigilada en un asesinato castigado con pena de prisión permanente revisable si uno de los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, conforme al art. 92 CP, además de haber cumplido veinticinco años en prisión, es que en ese momento exista un pronóstico favorable de reinserción social? ¿No resulta un contrasentido que a la persona a la que se le revisa una prisión permanente por falta de peligrosidad pueda ejecutársele a continuación una medida de libertad vigilada basada en un pronóstico de peligrosidad?

⁴⁶ Informe CGPJ al Anteproyecto de Modificación de CP de 2008, p. 38. También DÍAZ SASTRE, Cristina, "Las medidas de seguridad...", op. cit., p. 56. SANTANA VEGA, Dulce M^a, "La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, p. 470; Sobre incompatibilidad de esta medida y el régimen de tercer grado y libertad condicional, *vid.*, NISTAL BURÓN, Javier, "La nueva medida...", op. cit., pp. 4-8. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, "Medidas de seguridad", en *Estudio Crítico*, op. cit., p. 435: "¿qué es la libertad condicional, sino una libertad vigilada?"; ALAMBRA PÉREZ, Pilar, "Aspectos prácticos de las modificaciones más relevantes contenidas en la Parte general del Código Penal", en *Problemas prácticos derivados de la reciente reforma del Código Penal*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 34; GARCÍA RODRÍGUEZ, M^a Aránzazu, "Medidas de seguridad: problemas derivados de la ejecución de la medida de internamiento. Medida de sumisión a tratamiento ambulatorio. Especial mención de la libertad vigilada", en *Ejecución penal*, 1^a ed., Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2013, p. 25. Ampliamente, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, "Consideraciones político-criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada", en *Revista Jurídica de la UAM*, nº 25, 2012-I, pp. 205-206. EL MISMO, "Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada", en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 265-266. También, LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, "Clasificación penitenciaria y libertad vigilada", en *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 96-97, septiembre-octubre, 2012, pp. 4-7. HUERTA TOCILDO, Susana, "Esa extraña consecuencia del delito...", op. cit., pp. 123-124.

⁴⁷ Como ya advirtió el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, p. 38.

⁴⁸ Siguiendo a HUERTA TOCILDO, Susana, "Esa extraña consecuencia del delito...", op. cit., p. 124.

El Proyecto de CP de 2013 intentó compatibilizar ambas figuras al declarar en uno de sus preceptos, el art. 106.4 que “cuando se acordara la suspensión de la ejecución de una pena de prisión o se concediere al penado la libertad condicional y estuviese pendiente de ser cumplida una medida de libertad vigilada, su contenido se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 104 bis, y se incluirán en su caso en la misma las obligaciones y condiciones de que se hubiera hecho depender la suspensión o la libertad condicional”. Sin embargo, esta previsión no se ha hecho efectiva en la LO 1/2015, por lo que volvemos a padecer el mismo problema de incompatibilidad.

En cuanto al segundo problema enunciado, hay que destacar que el hecho de que la imposición de la libertad vigilada esté tan alejada del momento de su ejecución supone inevitablemente la dificultad de asegurar⁴⁹ en el momento de la imposición de la medida que este pronóstico vaya a mantenerse después de la extinción de la pena privativa de libertad, momento en que debe empezar a ejecutarse la medida. Sin embargo, se ha hecho así -entiendo que correctamente-, en primer lugar, porque la imposición de otra consecuencia jurídica tras el cumplimiento de la pena sin haberse previsto previamente infringiría el principio *non bis in idem*⁵⁰ y segundo porque “si se configurase por razón de una subsistente y autónoma peligrosidad criminal, entonces estaríamos en presencia de medidas de seguridad predelictuales”⁵¹, con lo cual esta medida debe vincularse con el hecho delictivo realizado y no con el hipotético futuro delito.

2.6. Contenido de la medida

El art. 106 vigente tras proporcionar una definición de la libertad vigilada: “consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas”, establece un catálogo de ellas en que puede concretarse esta figura, que podemos dividir en tres grupos⁵². Primero, las que tienden a vigilar la libertad del sometido a esta medida, sin que vaya acompañado de ningún fin rehabilitador, por tanto, las que tienen un carácter meramente asegurativo y, en consecuencia, incoherente con lo manifestado en la Exposición de Motivos “sin cejar en el esfuerzo rehabilitador”, y que serían las siguientes: art. 106.1 a): “Obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente”. Necesita combinarse con otras obligaciones si queremos que sirva esta medida de algo más que de mera inocuización. No se especifica quién controla estos medios telemáticos⁵³. Lo que sí permite deducirse de su redacción es el sistema

⁴⁹ Precisamente porque no es posible asegurar este pronóstico en el momento de la imposición de la medida, CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito...”, op.cit., p. 908, afirma que la conclusión obligada será la de que la peligrosidad no está probada y de que, en consecuencia, no puede en la sentencia acordarse la imposición de dicha medida de seguridad”.

⁵⁰ CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, nº 22, 2008, p. 20; GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO..., op. cit., p. 685; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, nº 1, 2009, pp. 205 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia (ReCrim)*, 2009, <http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09a05.pdf>, p. 299. En contra, HUERTA TOCILDO, Susana, “Esa extraña consecuencia del delito...”, op. cit., pp. 129-132, quien añade (p. 132) “no sólo nada impide que la libertad vigilada sea impuesta tras el cumplimiento de la pena y no antes, sino que de las consideraciones anteriormente expuestas se deduce que su imposición en sentencia condenatoria plantea serios problemas de compatibilidad con lo que se dice ser su fundamento y finalidad”. Fundamentalmente se refiere (p. 131) a que los problemas de cohabitación de la libertad vigilada con la concesión de la libertad condicional o con el paso al tercer grado penitenciario quedarían resueltos si la libertad vigilada no fuera impuesta en la sentencia sino una vez cumplida la condena.

⁵¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “la nueva medida...”, op. cit., p. 1.

⁵² Véase ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Pamplona: Aranzadi, 2010, pp. 192 y ss.; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada...”, op. cit., pp. 32 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida...”, op. cit., pp. 170-175, todos en referencia a la Reforma por LO 5/2010.

⁵³ Además de ello, con la implantación de esta medida se vuelven a reproducir todos los problemas planteados en referencia a los mecanismos de control telemático de penados -que no es este lugar el idóneo para desarrollarlos-. Baste apuntar la invasión de la libertad y de la intimidad del individuo lo que hace imprescindible una normativa que desarrolle los requisitos, alcance y contenido de esta medida para conseguir una adecuada ponderación de intereses. Puede consultarse al respecto mi trabajo, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 11 y ss. E igualmente, en el ámbito concreto de la libertad vigilada, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada

de seguimiento que se utilizará para cumplir esta obligación, que no puede ser otro que el GPS (Sistema de Posicionamiento Global) pues es la técnica que permite controlar todo movimiento del sujeto mediante una red de satélites (“*su seguimiento permanente*”), a diferencia de otros sistemas, menos inherentes, como el de vigilancia electrónica activa⁵⁴, que detecta el lugar en que se encuentra el sujeto únicamente en la franja horaria previamente programada por software. Y parece, de otro lado, estructurarse como medida autónoma⁵⁵ y no como instrumento de control orientado a garantizar el cumplimiento de otras medidas, obligaciones o prohibiciones impuestas al penado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la LO 1/2015 ha añadido un párrafo 3º al art. 468 CP donde se señala que la inutilización o perturbación de estos dispositivos constituye delito de quebrantamiento de condena, que puede llegar a constituir una vulneración del principio non bis in idem cuando esta obligación se aplique en delitos relacionados con la violencia doméstica, pues en la medida en que, conforme al art. 57 CP, la pena accesoria de alejamiento se impone en estos delitos obligatoriamente con una duración superior a la de la pena de prisión impuesta, en el caso de que se ejecute la misma mediante dispositivos electrónicos, la inutilización o perturbación de los mismos, además de constituir un posible delito de quebrantamiento puede conformar un delito de desobediencia⁵⁶.

-Las letras b) y c): “*obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca*” y de *comunicar inmediatamente el cambio del lugar de residencia o de trabajo*, medidas a las que se recurre en el ámbito de la prisión provisional (art. 530 LECRim).

-La d) prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del Juez o Tribunal.

-Y la i) “*prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza*”, pues al no ir acompañada de ningún programa educativo o formativo, la mera prohibición tiene carácter meramente asegurativo.

Se trata de una medida similar a la prevista en el & 68 a) del StGB, cuyo contenido podría consistir, por ejemplo, en el caso de delincuentes pederastas, en la prohibición de trabajar como monitor de tiempo libre, de clubs deportivos⁵⁷ o de otras actividades extraescolares, como granjas escuelas, que le faciliten el contacto directo con menores.

El segundo grupo de medidas son las que hacen hincapié en la protección de las víctimas y están previstas en los números e), f), g) y h) del art. 106 CP: e) prohibición de aproximarse a la víctima, f) prohibición de comunicarse con ella g) prohibición de acudir a determinados lugares y h) prohibición de residir en determinados lugares. Coincidén con ligeras modificaciones con la triple dimensión de la pena accesoria de alejamiento (art. 48 CP) y, a su vez, también con ligeras modificaciones, con algunas de las derogadas medidas de seguridad no privativas de libertad previstas antes de la Reforma de 2010 en el art. 96.3, 3º, 4º y 5º CP. Igualmente se

bajo control de sistemas telemáticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 11, 2009, pp. 1-35. EL MISMO, *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 11 y ss., especialmente, pp. 81 y ss.

⁵⁴ Desde esta perspectiva, parecía más idónea la redacción prevista en el Proyecto de 2013 que finalmente no ha prosperado: “*Obligación de llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos, que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1º a 4º. Esta regla solamente podrá ser impuesta cuando el sujeto hubiera sido condenado por alguno de los delitos del artículo 57 de este Código*”, en primer lugar porque se configuraba no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento de control orientado a garantizar el cumplimiento de las reglas señaladas. Y en segundo lugar, suponía una menor injerencia en la intimidad y libertad del penado, pues parecía deducirse de su redacción -*controlar los horarios en que se acude a determinados lugares*-, que no es un seguimiento permanente de movimientos controlado por GPS (Sistema de Posicionamiento Global) sino uno de vigilancia electrónica activa.

⁵⁵ *Vid.*, al respecto, URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 661.

⁵⁶ Cfr., Circular 6/2011 FGE de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

⁵⁷ En este sentido, URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 664.

corresponden con algunas de las obligaciones o deberes a cuyo cumplimiento puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena en el actual art. 83.1. 1^a, 2^a y 3^a⁵⁸ CP.

Finalmente, la única con contenido rehabilitador es la prevista en la letra j): “*obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares*”, que coincide igualmente con la derogada por la LO 5/2010 medida de seguridad no privativa de libertad 96.3. 12^a CP.

Todo ello denota un trasvase penas privativas de derechos previstas para imputables/medidas de seguridad para inimputables/libertad vigilada para imputables e inimputables, utilizado sin fundamento, que irremediablemente obligará al juez a interpretar esta medida en algunas de sus modalidades del modo que se venía aplicando en relación, por ejemplo, con la pena de alejamiento (prevista en los artículos 48 y 57 CP) o con la medida de seguridad equivalente derogada, dispuestas estas últimas con más concreción que la actual. En definitiva⁵⁹, ha venido a alterar de manera significativa la sistemática tradicional del Código Penal sobre las medidas de seguridad.

En concreto, la obligación de imponer la medida de libertad vigilada en el art. 192 CP (delitos relativos a la libertad sexual), o la posibilidad de aplicarla en el delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP), junto con la obligatoriedad al mismo tiempo de la imposición de la pena accesoria con idéntico contenido, va a plantear problemas de compatibilidad⁶⁰ pues, aunque el fundamento sea aparentemente distinto, desde el momento en que su imposición deriva de la peligrosidad subsistente del sujeto imputable tras cumplir la pena correspondiente, el contenido real es idéntico, teniendo en cuenta además que la libertad vigilada es de ejecución posterior a la privativa de libertad correspondiente, mientras que las privativas de derechos se tienen que cumplir de forma simultánea a la pena de prisión pero con una duración superior a aquélla, por lo que, al menos en parte, coinciden en el tiempo⁶¹.

⁵⁸ Artículo 83: “*1. 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, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:*

1.^a Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.^a Prohibición 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.

3.^a Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida”.

⁵⁹ Como destaca NISTAL BURÓN, Javier, “El cumplimiento de las medidas de seguridad...”, op. cit., p. 1.

⁶⁰ Véase también, CAZORLA PRIETO, Soledad, “Un año más en torno a la violencia sobre la mujer. Algunos problemas suscitados”, en *Jornadas especialistas en violencia doméstica y de género*, Madrid: Centro de estudios Jurídicos, 2013, p. 19. TOMÁS GÓMEZ, María Pilar, “Medidas de seguridad no privativas de libertad. Especial referencia a la libertad vigilada”, en *Medidas de seguridad: régimen vigente y perspectivas de futuro*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2013, p. 21.

⁶¹ A pesar de ello, la STS nº 347/2013, de 9 de abril, en un supuesto de abusos a menores, declara compatible la libertad vigilada con la pena accesoria de alejamiento. Así, indica que no existe esa invocada duplicidad entre las dos consecuencias que deben acarrear los delitos imputados, ya que no tienen por qué coincidir en el tiempo de cumplimiento. La libertad vigilada (art. 105.1.a) y 192 CP) se cumplirá con posterioridad a la privación de libertad y la prohibición de aproximación se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión, según impone el art. 57, por más que la duración de aquélla exceda la de ésta”. Declara, por tanto, esta compatibilidad entre la libertad vigilada y la pena de prohibición de aproximación a la víctima a pesar del solapamiento parcial. Expresamente, mantiene que “la coincidencia temporal no alcanza a la libertad vigilada”. Afirmación que no entendemos a no ser que se interprete que la mayor duración del alejamiento respecto del de la pena se ejecuta bajo el régimen de libertad vigilada. Por el contrario, la sentencia de instancia, además de la pena de prisión, imponía la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, a ejecutar una vez cumplidas las penas privativas de libertad sin que constase en el fallo ningún pronunciamiento sobre la pena de prohibición de aproximación del art. 57.1 y 48.2 del CP. La sentencia había excluido la imposición de las penas accesorias previstas en tales preceptos por considerar que “sus fines y efectos” ya son realizables mediante la libertad vigilada, por lo que sería una duplicidad innecesaria. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Consideraciones político-criminales...”, op. cit., p. 198, por su parte, augura lo que se hará en la praxis judicial: “entendemos que los Jueces irán a lo seguro: imposición en la sentencia condenatoria de penas privativas de derechos (con una duración mayor que la pena privativa de libertad) y, si en su momento se debe cumplir la medida de libertad vigilada, excluirán estas prohibiciones de su contenido”. EL MISMO, “Algunas cuestiones...”, op. cit., p. 257. En efecto, la práctica jurisprudencial (vid., por ejemplo, SAP Cuenca, nº 10/2014, de 29 de abril; SAP, 1^a, Cuenca nº 9/2014, de 22 de abril; SAP Valencia, 3^a, nº 223/2014, de 6 de marzo; SAP Baleares, 2^a, nº 47/2014, de 6 de marzo; SAP Salamanca, 1^a, nº 2/2014, de 4 de marzo; SAP Huelva, 1^a, nº 38/2013, de 18 de febrero; STS nº 411/2014, de 26 de mayo; STS nº 44/2014, de 4 de febrero; STS nº 618/2014, de 24 de septiembre; STS, 1^a, 651/2013), imponen en la sentencia condenatoria la pena de alejamiento - de mayor duración que la pena de prisión- junto con la libertad vigilada. Todas las sentencias reseñadas aplican la libertad vigilada en delitos de abusos y de agresiones sexuales combinados estos delitos o no, con algún otro delito de naturaleza sexual (por ejemplo, la SAP Valencia, 3^a, nº 223/2014, de 6 de marzo, condena por varios delitos de acoso sexual junto con otro de agresión sexual).

En definitiva, aunque técnicamente no habría problemas de *bis in idem* por apoyarse en fundamentos diferentes⁶², ahora bien en la medida en que el contenido de la libertad vigilada en determinadas obligaciones es prácticamente idéntico a las penas accesorias, el juez deberá resolver en cada caso concreto el posible solapamiento no tanto, como decimos, por vulneración del principio *non bis in idem* sino por la propia efectividad de la medida, de cara a contrarrestar la peligrosidad subsistente del sujeto. Ello vuelve a demostrar una vez más el fraude de etiquetas.

Especial mención merece la medida prevista en el apartado k) “*La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico*”. Esta obligación estaba prevista antes de la Reforma de CP de 2010, en el art. 96.3. 11^a, como medida de seguridad aplicable a inimputables o semiimputables⁶³. Sin embargo, la citada LO 5/2010, traspasa este contenido a una de las obligaciones de la libertad vigilada aplicada en este caso a imputables, lo cual denota que el Legislador de 2010 olvida el presupuesto básico de que el sujeto, tanto en el momento de la imposición de la sentencia como en el momento de la ejecución de la medida, ha sido considerado plenamente responsable.

Y, en consecuencia, desconoce que toda cuestión relativa a la admisión o rechazo de un tratamiento médico de un imputable, forma parte del desarrollo a la autodeterminación personal y, por tanto, todo tratamiento médico coactivo es contrario a la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, que exige la voluntariedad del sujeto capaz a la hora de aceptar o rechazar cualquier tipo de tratamiento y puede implicar, en consecuencia, un atentado a la dignidad humana. La única posibilidad de mantener esta medida compatible con la Constitución es transformarla en una opción promocional, esto es, no coactiva⁶⁴ tal como se aplica en otros países, como en Alemania, donde si el sujeto se somete a tratamiento médico, la «vigilancia orientadora» (& 68 SGtB) tendrá una duración menor que si no se somete.

No obstante, no hay que olvidar que las únicas personas para las que -en mi opinión- podría ser útil la libertad vigilada, una vez restringido el ámbito de aplicación, son calificadas como “plenamente” imputables pero con graves trastornos de la personalidad, lo que, a mi modo de ver, como vengo manteniendo, debería ser tomado en cuenta para un replanteamiento de las categorías de inimputabilidad, que determinaría una semiimputabilidad o próxima a ella. Ahora bien, una cosa es que esto -a mi juicio- deba ser así y otra muy distinta que deba implicar la aplicación a estos sujetos -aun siendo semiimputables- de un tratamiento médico externo de forma obligatoria, particularmente si tenemos en mente que ese tratamiento ambulatorio puede ser la castración química, pues se trata de una terapia de reducción hormonal reversible no precisa del internamiento del paciente.

Es decir, ni siquiera en aquellos casos absolutamente excepcionales de delincuentes muy violentos debe aplicarse la castración química de forma involuntaria, pues en estos supuestos el delito de coacciones y el atentado contra su dignidad, no justificaría ni el eventual interés de procurar la mejora de su salud, ni el hipotético beneficio que la sociedad consiguiera de ello.

En otras palabras: adviértase que esta posibilidad de aplicación eficaz y ponderada de la medida no se cumplirá nunca en el caso de la imposición coactiva de la castración involuntaria,

⁶² Ampliamente, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *Indret* (3), 2008, pp. 17-20.

⁶³ Aunque no hay una regulación legal específica sobre esta materia, el TAI (tratamiento ambulatorio involuntario) aplicable en España sólo a personas con anomalías psíquicas - y, por tanto inimputables o semiimputables- es un hecho consumado: se administran gotas de haloperidol en la comida sin conocimiento del enfermo o se inyecta medicación *depot* aunque el enfermo exprese su reticencia y sin que se haya solicitado al Juzgado una autorización para obligar al paciente a un tratamiento involuntario. Desde la experiencia clínica es útil en algunos enfermos, ya que previene el empeoramiento de su enfermedad. *Vid.*, al respecto, HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel, PÉREZ PRIETO, Juan Francisco; CAÑETE NICOLÁS, Guillem; LERA CALATAYUD, Carlos; ROCHE MILLÁN, Teresa, “Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) para personas con enfermedad mental grave”, en *Psiquiatría Biológica*, vol. 13, nº 5, septiembre, 2006, pp. 183-187.

⁶⁴ De esta opinión JIMÉNEZ MARTÍNEZ Custodia, “La libertad vigilada...”, op. cit., pp. 37-38. DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos sexuales”, op. cit., p. 36. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., pp. 313-314. URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 664.

pues los constatados efectos secundarios de la misma, impedirán que se ajuste a los principios de adecuación y de proporcionalidad.

En relación con otro tipo de terapias menos invasivas, habría que plantearse *de lege ferenda* caso por caso, si la coacción que supone su aplicación involuntaria a delincuentes -insisto- semiimputables muy violentos, cumple los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta en la ponderación la ausencia de efectos secundarios físicos o psíquicos sobre el sometido a la misma⁶⁵.

Precisamente por todos estos inconvenientes, el Legislador de 2010, consciente de las críticas vertidas al respecto, complementa acertadamente esta “obligación” prevista en la letra k) con la adición en el art. 100 CP de un tercer párrafo que prescribe que la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico en ningún caso constituirá quebrantamiento de condena.

2.7. Vigilancia de la ejecución de la medida

En la concreción del contenido de la libertad vigilada como en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen, conforme al art. 98 CP, tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde resolver motivadamente a la vista de la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

A pesar de este control doblemente judicial el CP no desarrolla cómo el mismo ha de realizarse cómo se vigila la ejecución por lo que hay un vacío normativo que impide dotar a esta figura de un completo contenido material. El Artículo 23 del RD 840/2011, de 17 de junio, sobre Competencia de la A. Penitenciaria tampoco desarrolla las funciones. Es imprescindible para que el Juez de Vigilancia Penitencia pueda cumplir adecuadamente su función de control, que se prevea la figura del agente de ejecución⁶⁶ de esta medida. Estos asistentes deberán ser profesionales tales como psicólogos, educadores sociales, trabajadores sociales, técnicos de integración social, de modo que el control que se ejerce sobre estas personas cumpla una finalidad terapéutica y asistencial, que ayude al condenado a superar los rasgos de peligrosidad. Y si no hay dotación presupuestaria prevista para estos funcionarios esta figura no servirá de nada.

2.8. Quebrantamiento de la medida

El artículo 100 CP que regula el régimen de incumplimiento de las medidas de seguridad, prevé en su apartado 3º, en relación con el apartado 2º, que el quebrantamiento en *una sola ocasión* de una medida de seguridad (ya sea privativa o no privativa de libertad) dará lugar en todo caso a que el Juez o Tribunal deduzca testimonio por el quebrantamiento, mientras que, con-

⁶⁵ Al respecto que el estudio de Duke University (cfr., HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel (et. al.) “Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI)...”, op. cit., p. 185, sugiere que una orden de TAI mantenida (180 días o más), cuando es combinada con servicios de salud mental intensivos, puede incrementar la adhesión al tratamiento y reducir el riesgo de resultados negativos, como recaídas, conducta violenta, victimización o detenciones. Hay que advertir que este estudio está referido, fundamentalmente, a enfermos agresivos con graves anomalías psíquicas. Sin embargo, también se mantiene en enfermos psicópatas. Véase, por ejemplo, SANMARTÍN SPLUGES, José, *Conclusiones del IV Encuentro Internacional “Psicópatas y asesinos en serie”*, organizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, Valencia, 15 y 16 de noviembre de 1999, <http://www.gva.es/violencia/crs/crs/1.4encuentro.html> p. 61, quien en relación con los psicópatas, considera que no debe dejarse al libre albedrío de este tipo de enfermos el recibir o no, terapia. Sobre el tratamiento terapéutico de los delincuentes sexuales, GONZÁLEZ COLLANTES, Tália, “Las respuestas a la delincuencia sexual: entre la resocialización y la inocuización”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 21, 2014, pp. 24 y ss.

⁶⁶ Puede tomarse como referencia la figura del agente responsable de la *Führungsaufsicht* del Código Penal alemán o la figura del *parole officer* en el sistema anglosajón. Sobre la necesidad de prever agentes o asistentes de esta libertad vigilada, DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos...”, op. cit., p. 37. MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del gente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 7074, 11 de diciembre de 2008, pp. 1 y ss. RODRÍGUEZ CASTRO, Justo “¿Medida de libertad vigilada...”, op. cit., p. 3. GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida”, op. cit. p. 2; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad”, en *Diario La Ley*, Nº 7999, 11 enero, 2013, p. 18. TOMÁS GÓMEZ, María Pilar, “Medidas de seguridad no privativas de libertad...”, op. cit., p. 23. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313. URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 671. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”..., op. cit., pp. 16-18. EL MISMO, *La nueva medida de seguridad...* op. cit., pp. 263-271.

forme al art. 106.4 CP (que regula los requisitos del quebrantamiento de la medida de libertad vigilada), sólo el incumplimiento *reiterado o grave* dará lugar a este delito de quebrantamiento.

Una posible explicación ante tal contradicción, adhiriéndome a la línea apuntada por DEL CARPIO DELGADO⁶⁷ podría ser la siguiente: que el legislador haya previsto dos consecuencias jurídicas diferentes según se trate de incumplimiento de libertad vigilada por parte de imputables o por parte de inimputables o semiimputables, de tal modo que el incumplimiento de la libertad vigilada por imputables conlleve la aplicación de lo previsto en el art. 106.4 CP, esto es, sólo si es reiterado el juez deducirá testimonio por delito de quebrantamiento. Por el contrario, el quebrantamiento de la libertad vigilada por parte de inimputables o semiimputables conforme al art. 100.3 CP implicaría en todo caso que el juez o tribunal dedujera testimonio por el quebrantamiento.

Por su parte, el art. 468 CP que contempla las consecuencias del quebrantamiento, determina que si la pena o medida de seguridad quebrantada es privativa de libertad conlleva pena de prisión de 6 meses a un año, y si se trata de pena o medida de seguridad no privativa de libertad, multa de 12 a 24 meses. Sin embargo, el art. 468.2 CP establece para el quebrantamiento de la libertad vigilada un régimen agravado (en todo caso 6 meses a un año, como si se tratara de una medida de seguridad privativa de libertad) de forma idéntica al incumplimiento de la pena, medida cautelar o medida de seguridad en los supuestos de violencia doméstica.

Se trata en definitiva, de una doble excepción al régimen general de incumplimiento de las medidas de seguridad, no justificada, pues en primer lugar se exigen más requisitos para que se deduzca testimonio por quebrantamiento de condena (la reiteración o gravedad) y en segundo lugar, una vez que se produce el delito de quebrantamiento, en todo caso conlleva el régimen agravado, análogo al de las medidas de seguridad privativas de libertad, cuando la libertad vigilada no lo es.

A todo ello hay que añadir el problema destacado anteriormente sobre las consecuencias del quebrantamiento añadidas por la LO 1/2015 en el art. 468.3 CP cuando no se mantenga en perfecto estado los dispositivos electrónicos que controlan una pena o medida de seguridad (cfr., *supra*).

2.9. Plazos, prórrogas y principio de proporcionalidad

El art. 105 CP establece dos plazos distintos de duración de la libertad vigilada: por un tiempo no superior a cinco años, o bien por un tiempo de hasta diez años, cuando expresamente lo disponga el Código. Esta diferencia de tramos se determina en función de la gravedad de los delitos contra la libertad sexual a los que se aplica (art. 192.1) o de la gravedad de las penas (579 bis.2) en el caso de los delitos de terrorismo. Sin profundizar en este matiz⁶⁸ sí conviene destacar que resulta llamativa esta diferencia de criterio para aplicar la duración de esta medida, en función de la gravedad del *delito* en el caso de los delitos sexuales o de la *pena* en el caso de los delitos de terrorismo, sin que resulte justificable y sin que se proporcione ninguna explicación al respecto. Igualmente, resulta incongruente que la duración de la medida esté

⁶⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La medida...", op. cit., pp. 190-191. En este mismo sentido, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo, "Las medidas de seguridad tras las últimas reformas", en *La libertad vigilada*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 31.

⁶⁸ En efecto, hay que relacionar el art. 33 CP (penas graves y menos graves) en referencia a la aplicación *in concreto* con lo previsto en el art. 13.4 CP, esto es, que el delito en todo caso, se considera grave cuando la pena por su extensión pueda considerarse a la vez como grave o menos grave. Sobre esta interpretación *vid.*, ampliamente DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La medida...", op. cit. pp. 180-181. En la misma línea, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, "la nueva medida de seguridad...", op. cit., p. 100, partiendo de que lo deseable hubiera sido que el legislador hubiera aplicado el mismo criterio para ambas tipologías de delitos, en el caso del artículo 192 CP, un "concurso de distintos delitos sexuales menos graves atendiendo a que ninguno de ellos por separado permitiría una pena privativa de libertad superior a los cinco años, limitaría la libertad vigilada post-pena a un máximo de cinco años", si bien en el caso de delitos relativos al terrorismo, que atienden exclusivamente a la gravedad de la pena correspondiente a los hechos cometidos, si el quantum de pena privativa de libertad aplicable tras la aplicación de las reglas concursales resultara superior a los cinco años, aun cuando los delitos por separado no puedan ser calificados como graves, darán lugar a la medida de libertad vigilada de cinco a diez años", consecuencia que implica un tratamiento más desfavorable para los delitos de terrorismo para los que en ningún caso debería estar prevista esta medida.

condicionada por la gravedad del hecho cometido cuando debería ser adecuada a la peligrosidad del autor. En efecto, parece deducirse de esta regulación la falsa conclusión de que de la mayor gravedad de ciertos injustos deriva necesariamente un incremento de la peligrosidad de sus autores, lo que conlleva una confusión de fundamento a la hora de aplicar esta medida diluyéndose el contorno con las penas privativas de derechos. Y en definitiva denota, una vez más, un fraude de etiquetas.

Los nuevos delitos a los que se aplica esta figura conforme a la LO 1/2015 no establecen expresamente ninguna duración de la libertad vigilada, luego sólo podrá aplicarse conforme al régimen general del art. 105 CP, hasta 5 años en delitos contra la vida (asesinato, por ejemplo), y hasta 10 en casos contra la libertad sexual, lo cual supone un contrasentido pues si se sigue el -erróneo- criterio del Legislador de determinar una diferente duración de la medida en función de la gravedad de los delitos, es más grave un delito de asesinato que uno contra la libertad sexual que conlleve pena de prisión. Es correcto, a mi modo de ver, que no se establezcan diferencias en función de si el delito es grave o menos grave porque la correcta aplicación de la medida debe basarse en la peligrosidad, pero hay que destacar que resulta paradójica la consecuencia.

En todo caso, lo que interesa ahora señalar es que la regulación actual de 2015 no ha modificado el art. 6.2 CP donde se establece que “las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”. Este techo se intentó romper en el Proyecto de 2013, señalándose exclusivamente la exigencia de que las mismas no podrían exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En coherencia con este nuevo sistema pretendido, el Proyecto de 2013 previó igualmente que la duración mínima de esta medida sería de 3 años y la máxima de 5 años, con posibilidad de prórrogas sucesivas de 5 años, que podrían llegar a ser indefinidos en tanto subsistiera la peligrosidad del sujeto⁶⁹.

El Legislador de 2015 no se ha atrevido a mantener esta modificación, lo que, en mi opinión, habría sido congruente con el fundamento de la medida que debe mantenerse en tanto sea necesaria para la rehabilitación o curación del sujeto. De mantenerse como está actualmente, impide desarrollar con éxito las posibilidades de cualquier tratamiento⁷⁰. Las medidas tienen que ser proporcionadas a la peligrosidad, puesto que es éste el fundamento de su imposición y, en consecuencia, no deben quedar limitadas a la pena abstractamente aplicable al hecho realizado, pues éste únicamente constituye un indicio⁷¹ para la determinación de dicha peligrosidad pero nunca el límite de la misma⁷².

⁶⁹ Mantenía CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 43, antes de la reforma que las medidas de seguridad no tienen por qué ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente. EL MISMO, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones...”, op. cit., pp. 18-19. EL MISMO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III. Teoría Jurídica del delito/2*, Madrid: Tecnos, 2001, pp. 72 y ss. EL MISMO, “en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 380 y ss., pues existe la posibilidad de que un sujeto cometa un delito leve y, sin embargo, sea portador de una gran peligrosidad, y viceversa. De la misma opinión URRUELA MORA, Asier, “Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, nº 8, 2001, pp. 179-180, al admitir que esta concepción latente en el art. 6.2 CP de 1995, resulta totalmente censurable por cuanto supone una total confusión entre los fundamentos y fines de las penas y de las medidas de seguridad. EL MISMO, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Granada: Comares, 2009, pp. 40 y ss. También, MATEO AYALA, Eladio José, *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*, Madrid: EDERSA/Instituto de Criminología de Madrid, 2004, pp. 34-46. RUBIO LARA, Pedro Ángel, *Las medidas de seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, Navarra: Thomson Reuters/Aranzdi, 2011, pp. 47-48. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, op. cit., p. 20 mantiene además que la opción de vincular la duración de la medida a la pena en vez de a la peligrosidad tiene un regusto retributivo a la vez que no asegura que llegado ese tope temporal la peligrosidad haya desaparecido.

⁷⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, nº 17, 2006, p. 148.

⁷¹ ROMEO CASABONA, Carlos M^a, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Barcelona: Bosch, 1986, pp. 32-37.

⁷² URRUELA MORA, Asier, “Los principios informadores...”, op. it., p. 180. GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y de reinserción social” en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 435 a 437, 457 a 466. Especialmente, pp. 461-462 reiterando que el hecho de limitar la duración de la medida al de la pena correspondiente no es satisfactorio al suponer una confusión de fundamentos.

El problema de fondo que se plantea, como adelantaba, es la falta de fundamento en la detección de la peligrosidad. Los sistemas de detección de ésta deben ser desarrollados y evaluados por expertos a través de métodos de psicología clínica⁷³ basada fundamentalmente en las características de ciertos delincuentes reincidentes, y acompañada de los resultados que evalúan el rechazo del condenado al tratamiento.

En efecto, el riesgo de reincidencia va a depender de la tipología del agresor y, específicamente, de los factores de riesgo que confluyan en cada sujeto⁷⁴. La investigación más moderna en psicología criminal⁷⁵, además de ir sustituyendo poco a poco el término “peligrosidad” por la expresión “valoración del riesgo” poniendo el acento en la probabilidad de que ocurra el acto violento más que en la cualidad inherente de *ser violento*⁷⁶, ha puesto de relieve la existencia tanto de *factores de riesgo* –aumentan el riesgo— como de *factores de protección o resistencia* –protegen al individuo, disminuyendo el riesgo de conducta delictiva—. A su vez, unos y otros factores se han categorizado como factores *estáticos* (o inmodificables) y dinámicos (o modificables mediante intervenciones). Los factores de riesgo estáticos suelen ser factores inherentes al sujeto o a su pasado y, por ello, de difícil o imposible alteración, mientras que los factores de riesgo *dinámicos* consisten en hábitos, valores, cogniciones, bajo estatus académico y social, bajo autocontrol, conflictos interpersonales, etc., los cuales pueden modificarse en cierto grado mediante intervenciones apropiadas.

Estos métodos, evidentemente, no están exentos de incertezas y han sido criticados por la doctrina penalista⁷⁷ y por los propios psiquiatras⁷⁸, no sólo por la escasa fiabilidad y validez de los diagnósticos –escasa fiabilidad que se incrementa en el caso del sujeto imputable⁷⁹, sino por la precariedad y provisionalidad de la mayor parte del cuerpo teórico de la psiquiatría, pero constituyen una primera aproximación evaluativa que, aunque luego deberá ser completada mediante un seguimiento más prolongado de los sujetos, a mi juicio, no debe ser despreciada para decidir, en su caso, la adopción de la medida de libertad vigilada. Desde esta perspectiva⁸⁰, no

⁷³ Sobre los métodos clínicos y actariales, *vid.*, MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *Indret* 2/2014, pp. 16-19. GARCIA RIVAS, Nicolás, “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, 2011, p. 16. Por su parte CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito, libertad vigilada...”, *op. cit.*, p. 909, dice: “Como ha expuesto Vives Antón, estos métodos son de dos clases: los de orden empírico-discursivo o científico (biológico, sociológico, psicológico, además de las técnicas de pronóstico); y los métodos intuitivos. Ello quiere decir que con independencia de que el Juzgado o Tribunal acuda a la simple intuición para decidir si existe peligrosidad criminal, lo cierto es que racionalmente existen métodos que permiten averiguar si tal peligrosidad concurre”. En igual sentido, RODRIGUEZ CASTRO, Justo, “¿Medida de libertad vigilada en violencia de género?”, en *Diario La Ley*, Nº 8008, 24 de enero de 2013?, p. 5. Y como suele ocurrir en estos casos, como indica NISTAL BURÓN, Javier, “El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto”, en *Diario La Ley*, Nº 7865, 24 de mayo de 2012., p. 15: “La responsabilidad asignada a la Administración Penitenciaria en la normativa vigente para hacer efectivo el cumplimiento material de las medidas de seguridad privativas de libertad exige la disponibilidad por parte de dicha Administración de centros especiales para el tratamiento adecuado a los internados judiciales y la dotación del personal especializado y adecuadamente preparado para el tratamiento de las patologías que han determinado el estado peligroso”.

⁷⁴ Es decir, los dos momentos que tradicionalmente la doctrina penalista ha diferenciado en el juicio de peligrosidad: el diagnóstico de peligrosidad (o comprobación de la cualidad sintomática de peligroso) y la prognosis criminal (probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro). *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos M., *Peligrosidad y...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss. URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Granada: Comares, 2009, pp. 70-78. ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁷⁵ Cfr., REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 6, Número 4 (2006) www.criminología.net, y bibliografía allí citada.

⁷⁶ MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...”, *op. cit.*, p. 9 y bibliografía allí citada.

⁷⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás, “la Libertad...”, *op. cit.*, pp. 16-17 y bibliografía allí citada. Sobre los falsos positivos en este ámbito, y sobre la baja capacidad predictiva de este tipo de métodos a la hora de predecir la probabilidad de comisión de futuros delitos *vid.*, MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...”, *op. cit.*, pp. 7-14 y 18-26 y 52. Sobre los problemas de la determinación del nivel de certeza de los pronósticos, *vid.*, VON HIRSCH, Andrew, “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en José Cid/Elena Larrauri (Coords) *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 205-207. Una amplia exposición de los métodos de prognosis criminal es realizada por ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, *op. cit.*, pp. 92-118.

⁷⁸ Diario El país, 6 de abril de 2014 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/06/actualidad/1396816993_322595.html

⁷⁹ CARUSO FONTÁN, Viviana, “Sobre el fundamento y justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual peligroso”, en *Revista Penal*, nº 31, enero, 2013, p. 13. En este sentido VON HIRSCH, Andrew, “La prolongación de la pena...”, *op. cit.*, pp. 205- 206.

⁸⁰ Como afirma FRISCH, Wolfgang, “Sobre el futuro...”, *op. cit.*, p. 54.

es nuevo que el legislador y los operadores jurídicos tienen que tomar a menudo decisiones sobre la base de conocimientos incompletos, adoptando sobre esas bases cognitivas incompletas una decisión de acuerdo a puntos de vista normativos.

Ello pasa irremediablemente por flexibilizar el sistema de garantías al mínimo indispensable para neutralizar la peligrosidad de determinados sujetos, desde el momento en que hay que encontrar un equilibrio entre el conflicto *seguridad y garantías*⁸¹, entre el cumplimiento de las garantías de aplicación y los principios fundamentadores de la pena, y las vías para neutralizar la peligrosidad criminal contrastada de ciertos delincuentes. Y para logarlo no veo otra opción menos gravosa para el penado que la imposición del complemento pena y medida, medida no privativa de libertad como es la libertad vigilada, como la mejor alternativa de las posibles, aplicada a casos en los que se haya constatado empíricamente esa peligrosidad.

Se trata así de fundamentar la resolución del conflicto en la ponderación de intereses para justificar la imposición de las medidas de seguridad. El evidente problema que se deduce de ello y así ha sido destacado⁸², es el hecho de que uno de los dos intereses a ponderar es cierto (aplicación de la medida de seguridad más allá del injusto culpable), por tanto, se trata de un *mal* real y efectivo, mientras que el otro *mal* es de producción incierta (probabilidad más o menos fundada de nueva comisión de futuros delitos). A mi juicio, basta con que ese pronóstico de peligrosidad futura sea fundado y riguroso, pues dentro de ese rigor se tienen en cuenta los falsos positivos como consecuencia inevitable; esto es, es suficiente un método riguroso, independientemente del resultado efectivo, porque se es consciente de que se pondera sobre un futurable. De igual modo que en la propia ponderación del estado de necesidad, el mal que se pretende evitar, aunque inminente, tampoco está exento de incerteza. Por tanto, para valorar la proporcionalidad de la medida hay que ponderar el riesgo de incertidumbre y, con ello, también los falsos positivos. Si no fuera así, no podría imponerse ni ésta ni ninguna otra medida de seguridad.

Partiendo de esta base y considerando que la indeterminación absoluta de la medida chocaría con el principio de seguridad jurídica inexcusable en un Estado de Derecho, propongo de *lege ferenda* la modificación del art. 6.2 CP para que la duración de la medida no esté limitada a la de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, y en segundo lugar, reformar la duración de la libertad vigilada con un plazo previo que oscile entre 1 y 5 años en función del objetivo preventivo perseguido, complementándolo, como hizo el Prelegislador de 2013 con un sistema de prórrogas⁸³ en aquellos casos en los que la peligrosidad del sujeto lo haga aconsejable para controlar el riesgo de reincidencia y valorando periódicamente su estado.

2.10. Reflexiones finales

1^a: Esta figura es polémica por lo ya explicado: naturaleza híbrida, posible fraude de etiquetas, flexibilización de garantías, retorno a la inocuización por su carácter esencialmente asegurativo,

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “El retorno a la inocuización”, op. cit., p. 710; EL MISMO, “El contexto...”, op. cit., p. 25. Contrario a la ideología de distribución de riesgos, en la medida en que en el fondo subyace la idea de que la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de la reiteración delictiva, lo que supone, en su opinión, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que le inspira, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-01, 2005, pp. 17-18. De esta última opinión, MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre...”, op. cit., p. 57.

⁸² Véase, al respecto, GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho” en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, v. 1, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 997 y ss. MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre...”, op. cit., p. 55.

⁸³ En este sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual”, op. cit., pp. 152 y ss. a propósito de la custodia de seguridad. Por su parte, JORGE BARREIRO, Agustín, “Medidas de seguridad”, en *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 2011, p. 516, considera que hubiera sido mucho más coherente y adecuado el haber previsto en el Código Penal una pena relativamente indeterminada, como en el Código Penal portugués, para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad media o grave. Asimismo, partidario del sistema de prórrogas, se muestra NISTAL BURÓN, Javier, “La «libertad vigilada postpenitenciaria» proyectada en la reforma del Código Penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2014, pp. 257-266.

es decir, tiene detractores y defensores. Algunos autores⁸⁴ consideran incluso que la libertad vigilada es una solución tímida e insuficiente, propugnando el paso hacia la custodia de seguridad incluso permanente aunque no irreversible.

2^a: Sea como fuere hay que buscar una solución a casos como los aquí planteados. Para ello, considero que es el momento de recordar el fundamento de la medida de seguridad y su aplicación desde la perspectiva del principio de ponderación de intereses⁸⁵ que pasa inevitablemente por la flexibilización de las garantías del penado. De acuerdo con ello me parece adecuado que no se limite su duración a la de la pena que se hubiera impuesto al sujeto de haber sido responsable, por lo que debe modificarse el art. 6.2 CP en este sentido. En coherencia, me parece conveniente la determinación relativa de la duración de la libertad vigilada con un plazo de 1 a 5 años, complementándola con un sistema posible de prórrogas en tanto subsista la peligrosidad del sujeto y valorando periódicamente su estado.

3^a: Debe imponerse así a estos sujetos reincidentes peligrosos una pena atenuada vía eximente incompleta del art. 20.3^a CP (por su limitada capacidad emocional para comprender el hecho) acompañada de medida de seguridad no privativa de libertad con orientación preventivo especial (y no meramente asegurativa como pretende el Legislador) restringiendo el ámbito de aplicación a los delitos anteriormente mencionados: asesinatos y delitos sexuales graves, como opción menos gravosa de las posibles, aplicada a casos en los que se haya constatado empíricamente esa peligrosidad a través de métodos de psicología clínica basada en perfiles de ciertos delincuentes reincidentes.

4^a: El parámetro fundamental de la peligrosidad, la reincidencia, debe no obstante matizarse en el caso de psicópatas primarios con rasgos absolutamente inmodificables por lo que debe mantenerse la redacción actual en los preceptos donde está prevista su aplicación: a sujetos que hayan cometido “uno o varios delitos”.

6^a: El cumplimiento debe ser simultáneo al de la pena: en primer lugar, para evitar los problemas de prueba de la subsistencia de la peligrosidad del sujeto en el momento en que se ejecuta la medida tan alejada del momento de la imposición (complementado con el sistema de prórrogas hasta el límite que represente la peligrosidad). Y, en segundo lugar, para hacerlo compatible con el régimen progresivo penitenciario.

7^a: Es imprescindible desarrollar las funciones de la figura del agente de vigilancia así como de su equipo de expertos que se ocupen de controlar la ejecución de la medida. Y ante todo, dotar presupuestariamente esta figura, si no estará abocada al fracaso, como ya ocurrió con la pena de arresto de fin de semana o con el control de ejecución de la pena de alejamiento en los delitos relacionados con la violencia de género.

8^a: Su aplicación debe adecuarse fundamentalmente a la de las penas accesorias para que sean compatibles. En definitiva, se echa en falta que la LO 1/2015 hubiera entrado a fondo en la cuestión y, partiendo del distinto fundamento de las diversas instituciones, se hubiera planteado si

⁸⁴ Vid., por ejemplo, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, Nº 7386, 22 de abril de 2010, p. 8; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “La reforma...op. cit., pp. 5 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias...”, op. cit., pp. 199 y ss.

⁸⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducido por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conledo; Javier De Vicente Remesal), Madrid: Civitas, 1997, p. 105: “según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”. Y p. 104: “También sobre sujetos en los cuales no concurren alteraciones de tal modo manifiestas puede imponerse un internamiento o custodia de seguridad, que sobrepuase en su duración la pena posible según el principio de culpabilidad, siempre que aquéllos sean reincidentes y amenacen con causar ulteriores daños graves. También las restantes medidas de seguridad (...) se asientan todas ellas sobre la idea de una peligrosidad del autor para la colectividad, que no se elimina mediante la pena”; URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social...*, op. cit., 2009, pp. 11 y ss.; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova: Valladolid, 2003, pp. 81 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edifoser, 2008, p. 997; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 299. SIERRA LOPEZ, M^a del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 94-96.

las penas accesorias (fundamentalmente el alejamiento) son en realidad medidas⁸⁶ lo que hubiera supuesto una reconsideración general del régimen penas-medidas que habría evitado solapamientos, duplicidades, posible vulneración del principio *non bis in idem* y problemas a los jueces a la hora de aplicar la consecuencia más adecuada.

9^a: Por el contrario, la única modificación de 2015 con respecto a esta figura consistente en ampliar su ámbito de aplicación (en este caso con carácter facultativo y, por tanto, correcto, sin embargo es incongruente con la previsión de esta figura en relación con los delitos sexuales y de terrorismo –establecida, recordemos, con carácter obligatorio) pero sin haber ido acompañada de una reforma en profundidad de las medidas de seguridad (cuyo régimen de aplicación –insisto- debe mantenerse en tanto subsista la peligrosidad del sujeto sin ajustarse su duración al límite de la pena) y con un contenido tan parecido a las penas privativas de derechos, a las condiciones de suspensión y a las otras medidas de seguridad, significa que se ha tratado de una reforma meramente simbólica sin que en el fondo nada cambie. Para ese viaje no hacían falta tantas alforjas.

⁸⁶ Véase, SANZ MORÁN, Ángel, J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1027. EL MISMO, “La peligrosidad criminal. Problemas actuales”, en Jon-M. Landa Gorostiza –Ed.-, Enara Garro Carrera –Coord.-, *Delincuentes peligrosos*, Madrid: Trotta, 2014, p. 78.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DECOMISO Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DELICTIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Autor: Francisco Jiménez-Villarejo Fernández,
Miembro Nacional de España en Eurojust

1. Introducción

Pese a que la motivación principal de la delincuencia organizada es la obtención de beneficios económicos, desde la reacción del Estado de Derecho a este fenómeno el decomiso no había sido realmente una prioridad. Debemos reconocer que la política criminal en nuestro país ha girado tradicionalmente en torno al elemento punitivo del delito. Consecuentemente, el planteamiento del proceso penal era establecer el marco legal adecuado para la imposición de las penas previstas en el Código Penal. Básicamente la respuesta del Derecho Penal ante el delito se basaba en penas privativas de libertad y respondía a un concepto de justicia retributiva y, en el mejor de los casos, a un planteamiento resocializador del reo. La función reparadora y restauradora y, más aún, la preventiva, inherente a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos, quedaba en un segundo plano. Al producto del delito se llegaba, en ocasiones, al final del procedimiento penal, en fase de ejecución de sentencia, siendo inusual que se tuviera en cuenta la investigación financiera y, se asegurara el patrimonio ilícito desde el comienzo del itinerario investigador, con lo que la ineficacia del decomiso era más que previsible en un sistema marcado la sobrecarga de trabajo y las dilaciones generalizadas de nuestros procedimientos penales. Debemos reconocer que la referencia al decomiso en escritos de acusación y sentencias penales, hasta hace relativamente poco tiempo, era una mera formalidad, casi una “coletilla”, sin verdadero contenido sustancial, siendo con la materia de recuperación de activos, en general, una asignatura pendiente y un ámbito por explotar en nuestro ordenamiento jurídico.

El decomiso es una medida vinculada al derecho sancionador, si bien destinada a impedir un lucro injusto¹. Su singularidad y escasa claridad le habían convertido en un recurso realmente infráutilizado por los jueces y fiscales españoles. Frente a la paradoja de depósitos judiciales abarrotados de efectos e instrumentos del delito, “*los más rocambolescos objetos sin ningún tipo de clasificación*”², escapaban a la eficacia de la justicia las formidables ganancias de la criminalidad organizada. Es por ello que, como superación de la anterior y denostada confiscación³, su concepto se ha mantenido más o menos pacífico desde el Código Penal de 1822⁴, como la pérdida o la privación definitiva del dominio de efectos, objetos relacionados con el delito a favor del Estado⁵, si bien su naturaleza jurídica, su contenido y modalidades, han experimentado

¹ OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio, “Una propuesta de regulación del comiso”, en Revista de Derecho Penal y Procesal. Navarra, Editorial Aranzadi. Nº 14 2005-2, pg. 74.

² NIEVA FENOL, Jordi en el artículo “*El procedimiento de decomiso autónomo. En especial sus problemas probatorios*”. Diario LA LEY, nº 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015.

³ PACHECO, Francisco, en “*El Código Penal comentado y concordado*”, comentarios al art. 24 del Código Penal de 1850 “*De la clasificación de las Penas*”, que incluía como “*Penas accesorias*” la “*pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito*” (junto con la argolla, la degradación, la interdicción civil, el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio y el pago de las costas procesales causados en juicio) se refería a la confiscación como pena inhumana y desproporcionada, ya que desde el Derecho Romano se asociaba a la pena de muerte, por lo que no duda en calificarla de “*repugnante tradición*”, ya que “*lejos de engrandecer la pena, la desnaturaliza y la degrada.*” Concluyendo con una contundente reflexión “*La ley no ha de complacerse en los suplicios: eso es bueno para el crimen, para la pasión.*” (Comentario 31).

⁴ Inicialmente el Art. 28 del CP de 1822 preveía como pena de multa “*La pérdida de algunos efectos, para que se aplique su importe como multa; entendiéndose estas penas sin perjuicio de la indemnización de perjuicios y resarcimiento de daños, y del pago de costas judiciales.*” Y su art. 90 señalaba a “*las armas, instrumentos o utensilios con los que se haya cometido el delito y los efectos en los que éste consista, o que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan a un tercero, á quien se hubiere robado o sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente*”.

⁵ Podemos mantener la definición dada por MUÑOZ CUESTA, Javier al entonces denominado comiso como “*...la pérdida de los efectos del delito, los bienes, medios o instrumentos utilizados en la preparación o ejecución del mismo y de las ganancias que*

constantes transformaciones en la última década. De ese modo, su contenido ha desplazado el acento de su inherente y relativamente sencilla finalidad de conservación de elementos probatorios y garantía de seguridad de las personas, propia del *instrumentum sceleris* y del *objetum sceleris*⁶, a la más compleja de recuperar las ganancias del delito (*productum sceleris*)⁷.

Sin duda, la aparición en escena y fuerza expansiva de la criminalidad organizada, surgida inicialmente en torno a la lucha contra el narcotráfico, ha marcado el cambio de rumbo de la política criminal, no solo europea, sino mundial, centrándola en la eficacia de la recuperación de activos de carácter eminentemente reparador y preventivo, diluyendo la naturaleza inicialmente punitiva del decomiso, que actualmente se viene a configurar de manera autónoma de la pena impuesta al reo en la sentencia condenatoria.

La preocupante realidad de las ingentes ganancias acumuladas por la criminalidad organizada frente a un Estado de Derecho fallido exigía una redefinición del decomiso. Naciones Unidas calculaba el importe total del producto de la delincuencia a escala mundial en 2,1 billones \$, es decir el 3,6 % del PIB mundial⁸. En el contexto de carestía generalizada de estadísticas oficiales fiables y completas en la UE, los datos disponibles solo respecto de la corrupción son igualmente alarmantes⁹ y la ineficacia en la recuperación de activos criminales en la UE un serio motivo de preocupación¹⁰. El contraste entre el número de condenas penales dictadas por los órganos jurisdiccionales en delitos graves y relacionados con la criminalidad organizada, así como los decomisos efectivamente ejecutados en la UE, revelan claramente la clamorosa ineficacia de nuestro sistema judicial en este campo.

Un factor que dificulta enormemente la eficacia en la recuperación del patrimonio criminal, junto con la desproporcionada y progresiva carga de trabajo que soportan las autoridades policiales, tributarias y judiciales españolas, es la dimensión frecuentemente transnacional que dicha materia tiene cuando se investiga una organización criminal. La localización y aseguramiento transfronterizo, requiere de comisiones rogatorias o instrumentos de reconocimiento mutuo, alimentados previamente de la suficiente inteligencia financiera, además del permanente desafío de la diversidad de los sistemas judiciales y legales¹¹. Entre los 27 Estados miembros de la UE, España tiene, desgraciadamente, un protagonismo indiscutible en materia de recuperación de activos. En efecto, el sureste de nuestro país ha sido geoestratégicamente señalado por Europol como uno de “*los cinco ejes criminales de la UE*”¹², por ello no debe extra-

se hubieren podido derivar de la comisión de un delito...” , en el artículo titulado “*El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre*”. Publicado en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004. Navarra, Editorial Aranzadi, Vol. Nº 6, Tomo LXX, 2005, p. 263.

⁶ Siguiendo la clasificación tradicional en la materia que distingue entre la aprehensión-confiscación de los instrumentos con los cuales ha sido cometida la infracción (*instrumentum sceleris*), del objeto del delito (*objetum sceleris*) y del producto y los beneficios del delito (*productum sceleris*). Como subraya GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, profesor de la Universidad Complutense en «*Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes*», en la normativa supranacional, como en nuestro ordenamiento jurídico, estas tres figuras reciben un tratamiento unitario, si bien en los sistemas jurídicos germanos se distingue entre *Einziehung*, en relación con las dos primeras manifestaciones ,para referirse al decomiso de los efectos e instrumentos delictivos, y *Verfall*, para designar la privación de las ganancias ilícitas.

⁷ No fue hasta la L.O. 1/1998, de 24 de marzo de reforma del Código Penal en materia de tráfico de drogas cuando el art. 344 bis b) abarcara no solo los instrumentos del delito, sino también las ganancias (si bien antes era posible el comiso de las dádivas en delitos de cohecho).

⁸ Según las estimaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, «*Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organised crime*», octubre de 2011.

⁹ El primer Informe de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción de 3.2.2014 [COM(2014) 38], calcula que el coste de la corrupción para la economía de la UE en 120 000 millones EUR al año, algo menos que el presupuesto anual de la Unión Europea. La citada cifra se basa en estimaciones de instituciones y organismos especializados, como la Cámara de Comercio Internacional, Transparencia Internacional, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, el Foro Económico Mundial y *Clean Business is Good Business 2009*, que sugieren que la corrupción asciende al 5 % del PIB mundial. Véase también la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción en la UE, de 6 de junio de 2011: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0308:FIN:EN:PDF>

¹⁰ Apartado 4.1 del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Evaluación de Impacto que acompañaba a la Propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea. Bruselas 12 de marzo de 2012. SWD (2012) 32 final.

¹¹ Conclusiones de la división de Justicia y Asuntos Internos del Consejo de la UE sobre decomiso y recuperación de activos de Junio de 2010, recogidas en el documento del Consejo nº 7769/3/10 REV3, de 28 de mayo de 2010.

¹² Anexo 6 del *Organised Crime Threat Assessment 2011* de Europol (OCTA 2011 actualmente SOCTA)

ñarnos que, año tras año, encabecemos el ranking de los informes anuales de Eurojust¹³ como uno de los Estados que recibe un mayor número de solicitudes de auxilio, incluyendo las mismas en un relevante porcentaje, las relativas a localización, embargo y decomiso de patrimonio criminal en nuestro territorio nacional.

Si repasamos las Exposiciones de Motivos y las disposiciones finales denominadas “Incorporación de Derecho de la Unión Europea” de las diferentes reformas que el legislador español ha acometido en los últimos años, podremos comprobar el esfuerzo realizado para colmar las exigencias derivadas de los diferentes instrumentos normativos (Decisiones marco, Decisiones, Directivas) procedentes de Bruselas. Dicho esfuerzo ha sido particularmente destacado en el último año, por lo que el presente artículo es realmente oportuno. En los últimos meses hemos podido ser testigos de la mayor transformación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de decomiso, tanto en su regulación propiamente sustantiva, como en su vertiente o aspectos procesales, incluso institucional u organizativo con la creación de nueva planta de una oficina de recuperación y gestión de activos una semana antes de cerrar este artículo. Es por ello, que podemos hablar de la más completa remodelación que nuestro Derecho haya experimentado jamás en esta materia. Todo este terremoto normativo tiene un epicentro: la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea¹⁴, que ha provocado la nueva regulación del decomiso en el artículo 127 y siguientes Código Penal en vigor desde el pasado 1 de julio, como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (L.O. 1/2015), cuya Disposición final segunda, modificó además los artículos 367 ter, quater, quinquies, sexies y septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Por otro lado, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* (ley 41/2015), ha introducido el nuevo procedimiento de decomiso autónomo, que entrará en vigor el próximo 7 de diciembre de 2015. Un año antes, el 11 de diciembre de 2014, había entrado en vigor, la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en cuyos títulos VII y VIII se compila las leyes sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras de embargo preventivo y confiscación basadas en el principio de reconocimiento mutuo¹⁵, completando la respuesta procesal a la necesidad de reconocer y ejecutar órdenes de embargo y de confiscación europeas en nuestro país en base a este nuevo régimen que rige la cooperación judicial de la UE desde su consagración en el artículo 82 (1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).

Finalmente, coincidiendo con estas novedades de la normativa sustantiva y procesal, desde un punto de vista organizativo y para colmar las exigencias de la aplicación práctica del decomiso, el pasado 24 de octubre, fue publicado el RD por el que se desarrolla reglamentariamente la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (en adelante ORGA)¹⁶, completando desde el punto de vista institucional el marco normativo de la recuperación de activos en España mediante la puesta en funcionamiento de la ORGA configurada como órgano administrativo, auxiliar de la Justicia, especializado en la localización, recuperación, administración y realización de bienes, en particular, lo provenientes de la delincuencia organizada.

¹³ Ver Memoria Anual del Miembro Nacional de España en Eurojust correspondiente al año 2014, presentada al Ministerio de Justicia en mayo de 2015 para su remisión a las Cortes Generales, de acuerdo con el art. 5 de la ley 16/2015, que regula el estatuto del Miembro Nacional de España en Eurojust en http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INTERNACIONALES/REDES%20JUDICIALES/FICHERO/20150803%20MEMORIA%20ANUAL_MNES%20EUROJUST%202014.pdf (pg. 7)

¹⁴ Diario Oficial de la Unión Europea, de 29 de abril de 2014. L 127/39

¹⁵ JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco en el artículo titulado “*Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*”, publicado Revista de Derecho Penal nº 34 del 3er Cuatrimestre 2011. Año XI, donde me centro en el análisis de las reformas normativas aludidas.

¹⁶ Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, que creó las oficinas de recuperación de activos, actualmente reconvertidas en oficinas de recuperación y gestión de activos por mor del art. 10 de la Directiva 2014/742/UE .

2. La recuperación de activos como prioridad de la política criminal contra la criminalidad organizada en la Unión Europea

La Unión Europea fijó como objetivo en el Programa de la Haya¹⁷, consolidado en el Programa de Estocolmo¹⁸, una línea de trabajo dirigida a estrangular financiera y patrimonialmente a las organizaciones criminales hasta conseguir su «*muerte civil*», incidiendo en el principio de «*que el delito no resulte provechoso*» y teniendo en cuenta que la criminalidad organizada existe y actúa, esencialmente, por ánimo de lucro.

La Comisión Europea resumía a finales de 2008, en la lúcida Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo¹⁹ titulada *“Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””*²⁰. En dicho documento programático de referencia, la Comisión describe con lucidez y claridad el fragmentado y confuso escenario normativo existente, recomendando su refundición para *“reforzar la claridad y la coherencia de los textos existentes”*. Igualmente y propone un decálogo de las prioridades estratégicas para mejorar la investigación financiera en la UE en la lucha contra el crimen organizado. En dicha renombrada Comunicación, se apuesta rotunda y audazmente por reformas de gran calado y capacidad de penetración, no exentas de problemas constitucionales en algunos sistemas legales, así como por la rápida puesta en funcionamiento de verdaderos organismos de recuperación de activos que partiendo de un flexible intercambio de información a fin de facilitar el seguimiento y adecuada gestión de los bienes provisionalmente embargados con fines de decomiso por las autoridades judiciales nacionales.

Posteriormente, y en desarrollo de dicha política, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, en sus conclusiones sobre el decomiso y la recuperación de activos aprobadas en junio de 2010²¹, abogaba por aplicar un enfoque más coordinado entre los Estados miembros y que redunde en un decomiso más eficaz y amplio de activos de origen delictivo. Concretamente, el Consejo insta a la Comisión a estudiar la posibilidad de reforzar el marco jurídico para instaurar unos regímenes más eficaces para el decomiso de terceros y el decomiso ampliado. Asimismo, recomiendan medidas para preservar el valor de los activos durante todas las fases del proceso desde su localización hasta la final disposición de los recuperados.

La respuesta de la Comisión no se hizo esperar y en su Comunicación titulada *«La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción»*²² anunció la presentación de una propuesta legislativa con objeto de reforzar el marco jurídico de la UE en materia de decomiso, promoviendo en lo posible entre los Estados miembros el decomiso activos patrimoniales transferidos a terceros y el decomiso ampliado, así como el decomiso no basado en condena. En la misma línea, el Parlamento Europeo adoptó en octubre de 2011, de propia iniciativa, un informe sobre la delincuencia organizada, en el que pide a la Comisión que proponga una nueva legislación sobre decomiso lo antes posible, incidiendo de nuevo en la necesidad de articular normas sobre el uso eficaz del decomiso ampliado y el decomiso no basado en condena, disposiciones que permitan el decomiso de activos transferidos a terceros y normas que atenúen la carga de la prueba en ejecución de condenas en todo lo referente al origen de los activos en su posesión²³.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia* [COM (2005) 184 final - Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

¹⁸ Programa de Estocolmo: *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE C 115/01, 4.5.2010).

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, *Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»* [COM (2008) 766 final - no publicada en el Diario Oficial].

²⁰ “*Crime does not pay*” era el título de una popular serie de comics en EEUU publicadas entre 1942 y 1955 por *Lev Gleason Publications* y también el título de una serie de entregas radiofónicas retransmitidas por la cadena de radio de Nueva York WMGM de 1935 a 1952.

²¹ Documento del Consejo de la UE nº 7769/3/10 REV3.

²² COM(2010) 673 final de 22.11.2010.

²³ Informe del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, adoptado el 25 de octubre de 2011, documento A7-0333/2011.

En agosto de 2012 vio la luz el Informe Final del grupo GENVAL de la quinta ronda de evaluaciones mutuas sobre “*delincuencia financiera e investigaciones financieras*”²⁴. En dicho informe, se hace una recapitulación de las conclusiones y recomendaciones de los diferentes informes nacionales previamente presentados en el curso de esta evaluación, que el Consejo inició en 2009²⁵. No obstante la enorme dificultad para calcular el impacto económico de la amenaza del crimen organizado, el Informe Final no duda en señalar al crimen organizado transnacional como la mayor amenaza para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en Europa²⁶, con una rotundidad que hace de esta materia no una necesidad más, sino una prioridad.

La necesidad de robustecer el marco normativo y de aproximar al máximo las normas mínimas en materia de decomiso a nivel del Derecho de la Unión han cristalizado en la Directiva de 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre embargo preventivo y decomiso a la que nos referiremos continuamente en este artículo, ya que es verdaderamente “*la piedra angular*” de las importantes reformas acometidas por España en este año 2015, verdaderamente decisivo en materia de decomiso. De ese modo, en la Directiva encontramos normas mínimas sobre decomiso directo, decomiso del valor, decomiso ampliado, decomiso no basado en condena, y decomiso de terceros, así como pautas en relación a medidas cautelares reales, y la redefinición de reformas estructurales, como la oficina integral de recuperación de activos incorporando funciones gestoras. De ese modo, reemplazado y completado algunos de los instrumentos existentes²⁷, ha dotado al marco normativo de la Unión de mayor cohesión y solidez, frente a la amenaza de la delincuencia organizada. Es interesante comprobar como a nivel de política europea el decomiso y la recuperación de activos no se consideran aisladamente o como una materia específica de cooperación penal, sino que se contextualiza y relaciona con la protección de la economía lícita, siendo dicha propuesta una iniciativa que pretende contribuir al crecimiento económico en Europa, de conformidad con la estrategia de la UE para 2020²⁸, lo que resulta absolutamente relevante en el presente contexto de crisis económica. En ese sentido, en el ámbito del COSI²⁹, la Comisión presentó el 5 de mayo de 2015 la denominada “*Agenda Europea de Seguridad*”, Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo que viene a sustituir a su Comunicación de 2011. Junto a las Conclusiones del Consejo de diciembre de 2014 y las aportaciones del Parlamento Europeo, fueron aprobadas el pasado 16 de junio de 2015, las Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia renovada de Seguridad Interior de la Unión Europea 2015-2020, basada en las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia organizada y las formas graves de delincuencia entre 2014 y 2017. En dichas conclusiones, se destaca que “*debe concederse especial atención a las medidas de la Unión Europea y de los Estados miembros destinadas a: (...) “mejorar la prevención y la investigación de actos delictivos, prestando especial atención a la delincuencia financiera organizada y la confiscación de bienes procedentes de actividades delictivas”*”.

3. Marco Legal Internacional. Especial referencia a los instrumentos normativos del derecho de la unión

La dimensión transnacional de la localización, aseguramiento y recuperación del patrimonio criminal adquiere un protagonismo indiscutible no exento de dificultades prácticas y legales, estas últimas derivadas de la diversidad de los sistemas legales³⁰.

²⁴ Documento del Consejo de la UE publicado en Bruselas el 2 de agosto de 2012 con el nº 12657/12 GENVAL 51, al que acompaña un Addendum más pormenorizado.

²⁵ El Informe sobre España doc. *Working Party on General Matters including Evaluations* [GENVAL 12660/12]

²⁶ Pg. 4 doc 12657/12, Bruselas, 2 agosto 2012./12657/12 [GENVAL 51].

²⁷ La nueva Directiva sustituiría tan solo a la Acción común 98/699/JAI y, en parte, a las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI

²⁸ COM(2010) 2020 final de 3.3.2010. Véanse también las conclusiones del Consejo sobre prevención de crisis económicas y apoyo de la actividad económica, 23.4.2010 (documento del Consejo 7881/10), punto 7d.

²⁹ El Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior (COSI) creado en el artículo 71 del TFUE

³⁰ Conclusiones de la división de Justicia y Asuntos Internos del Consejo de la UE sobre decomiso y recuperación de activos de Junio de 2010, documento del Consejo nº 7769/3/10 REV3, de 28 de mayo de 2010.

Por lo tanto, un planteamiento que pone el acento en la cooperación entre los Estados se ha ido abriendo paso frente al predominante planteamiento soberanista del Derecho Penal. Igualmente, el limitado enfoque bilateral necesita ser superado por una visión multilateral mediante la aparición de convenios con vocación de alcance regional, o incluso transcontinental, teniendo en cuenta la globalización de la criminalidad organizada. Ello ha dado lugar a la proliferación de instrumento normativos, emanados de instancias diversas y con diferentes ámbitos de aplicación, que coexisten, en base al principio de yuxtaposición normativa³¹. Dada la limitación de este artículo me limitaré a hacer un repaso de los mismos.

iii.1. Instrumentos emanados de la Organización de las Naciones Unidas:

Son tres las Convenciones a destacar de carácter generalista y multipropósito, por lo que los preceptos que dedican a la cooperación entre Estados –incluidas las disposiciones relativas al decomiso– tienen un contenido bastante genérico, sobre todo en lo referido a la articulación procedural. En consecuencia, su margen de acción ante nuestros tribunales tenderá a ser complementario, respecto de terceros Estados con los que no nos ligue un instrumento normativo de ámbito más específico, que es precisamente lo que sucede con los convenios aprobados en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Concretamente, podemos destacar:

iii.1.1.- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena 1988, pionera en la regulación del decomiso de los productos, bienes y ganancias, así como la cooperación internacional que deben prestarse recíprocamente los Estados a tal fin³², si bien se limita al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas.

iii.1.2.- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, cumple los mismos objetivos que la anterior, pero extiende su aplicación a los tipos delictivos que integran la noción convencional de delincuencia organizada transnacional³³. Ambas convenciones establecieron obligaciones relativas al decomiso del producto del delito articuladas mediante dos formas alternativas de cooperación. Por un lado, prevé la ejecución directa de la orden de embargo y/o decomiso dictada en el Estado requerido junto con la existencia de procedimientos de homologación en el Estado requerido de acuerdo con el criterio “*lex loci*” (párrafo 1 del artículo 14), dando solución a la diversidad de legislaciones existentes entre los Estados Parte.

iii.1.3.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de diciembre 2003, establece igualmente la opción entre ejecutar una orden de embargo preventivo o incautación o emitir su propia orden a solicitud de otro Estado (art. 54). Asimismo, se recomienda a los Estados parte que adopten otras medidas preventivas subsidiarias para asegurar la ejecución del decomiso. Constituyen medidas subsidiarias: el secuestro, las órdenes de restricción o prohibición de disponer, la intervención judicial o la inhibición general. En el caso del decomiso, la seguridad jurídica y el derecho de defensa requieren una resolución judicial o sentencia firme, que tenga estatus de cosa juzgada, es decir que sea inapelable. Por último, en cuanto a la restitución de los bienes decomisados, el art. 57 prevé que la restitución al Estado parte requirente de los bienes decomisados dependerá del grado de vinculación de estos bienes al Estado en cuestión. No obstante ello, la restitución tiene un carácter obligatorio en caso de malversación o blanqueo de fondos públicos. En otros delitos, la obligación de restitución existe cuando el Estado requirente acredita su propiedad anterior de los bienes decomisados o cuando el Estado requerido reconoce los daños causados al Estado requirente como base para la restitución de los bienes. Como regla general, se dará consideración prioritaria a la restitución al Estado requirente de los bienes decomisados, a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito.

³¹ Art. 30 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados sobre aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

³² Ratificada por España en Instrumento de 30 julio 1990 (BOE núm 270, de 10 noviembre 1990).

³³ Ratificada por España por Instrumento de 21 febrero 2002 (BOE núm 233, de 29 septiembre 2003).

iii.2. Convenios del Consejo de Europa.- Son tres los convenios más relevantes en materia de decomiso, los cuales siguen siendo aplicados a diario debido a la permeabilidad del marco normativo del Derecho de la Unión que permite la compatibilidad o aplicación simultánea con estos Convenios³⁴:

iii.2.1.- Con carácter general, debe tenerse en cuenta el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo en 1959, que pese al paso del tiempo mantiene su vigencia y protagonismo complementando otros Convenios aplicables mediante la referida yuxtaposición normativa. Impone limitaciones específicas a las acciones de cooperación y asistencia en materia de embargo, dejando dicha posibilidad a expresa reserva, sin perjuicio de la reciprocidad en su art. 5. Dicho precepto es un buen ejemplo de los recelos que suscitaba una cooperación fluida y sin obstáculos en relación a medidas de contenido patrimonial como el embargo, sin duda una prueba a la verdadera confianza mutua entre los Estados parte. Posteriormente, el Convenio se ha actualizado mediante dos protocolos de 17 de Marzo de 1978 y el de 8 de noviembre de 2001³⁵.

iii.2.2.- El instrumento internacional más utilizado en Europa en materia de aseguramiento de bienes es el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (ETS nº 141 denominado el «Convenio de 1990»)³⁶, firmado precisamente con el propósito de superar las dificultades creadas por el número de declaraciones y reservas al artículo 5 del Convenio de 1959 y mejorar la cooperación en esta materia. Contempla de forma amplia el delito precedente en relación con el blanqueo de capitales, sin perjuicio de que por declaración expresa a las Partes, se limite su aplicación a determinadas categorías delictivas. Todo el Título III de este Convenio está dedicado a la cooperación internacional permitiendo fórmulas más flexibles para la prestación del auxilio mutuo. Atendiendo a la heterogeneidad de las regulaciones nacionales, su artículo 18 permite una extensa relación de motivos de denegación, distinguiendo según se trate de una medida de investigación, una media cautelar o la ejecución del decomiso. En relación a éste existe una doble incriminación reforzada, al estar la misma también vinculada a la respectiva previsión de la medida de decomiso.

iii.2.3.- La actualización del Convenio anterior vino de la mano del Convenio (ETS nº 198) del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, firmado por España el 20 de febrero de 2009³⁷ y cuyo instrumento de ratificación por España fue publicado en el BOE³⁸, entrando en vigor el 1 de julio de 2010, si bien al día de hoy quedan doce Estados miembros de la UE, por firmar y/o ratificar este instrumento. Respecto del mismo, que se planteó inicialmente como un protocolo del convenio de 1990, debemos destacar que incorpora nuevas medidas relativas a la identificación, embargo y decomiso de haberes de origen delictivo y a la cooperación internacional en materia penal entre servicios de inteligencia financiera, al tiempo que extienden sus preceptos a medidas contra la financiación del terrorismo

³⁴ Criterios sobre aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia del art. 30 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969.

³⁵ Cuyo Instrumento de ratificación ha sido aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 18 de septiembre de 2015 y se encuentra pendiente de publicación en el BOE.

³⁶ Entró en vigor el 1 de septiembre de 1993 (en España a raíz de su publicación en el BOE 252/1998, de 21 de octubre de 1998) y ha sido ratificado por todos los Estados del Consejo de Europa e incluso por Australia.

³⁷ Firmado y ratificado a 1 de noviembre de 2015 por 16 Estados miembros de la UE (el último Reino Unido el 01.08.2015). La UE firmó este Convenio el 2 de abril de 2009. Ello implica que será informada de las firmas, ratificaciones, declaraciones y reservas presentadas por las otras Partes, así como de cualquier otro documento vinculado al Convenio. Igualmente, será miembro de la conferencia de las Partes prevista en el artículo 48, que tiene por objetivo hacer un seguimiento de la aplicación del Convenio. No obstante, la UE no tendrá el derecho a decidir sobre eventuales enmiendas ni sobre la aceptación de nuevas Partes Contratantes del Convenio, aunque estará sometida a todas las obligaciones de él derivadas. El derecho a tomar estas decisiones se confía a los Estados miembros del Consejo de Europa (en el seno del Comité de Ministros), lo que significa que eventualmente podrán decidir los Estados que sean terceras partes en el Convenio y, por tanto, no asuman ninguna de las obligaciones que en él se prevén. La participación de la UE, más allá de contribuir a alcanzar el número de Partes requeridas para que el Convenio entre en vigor, lo que ocurrió el 1 de mayo de 2008.

³⁸ BOE Núm. 155, del Sábado 26 de junio de 2010.

de acuerdo con la normativa internacional vigente en la materia, así como a medidas preventivas. La extensión y detalle de las disposiciones de este instrumento internacional implica la obligación de nuevas y reforzadas medidas de cooperación internacional, que incluyen la firma de convenios con otros supervisores y el intercambio de información a nivel internacional bajo los principios del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, así como las disposiciones que permitían el suministro de información sobre los titulares de cuentas bancarias y sus operaciones y transferencias (art. 17 a 19). A fin de asegurar la compatibilidad de este instrumento y su utilización concurrente por los Estados Miembros de la Unión Europea, en el artículo 52 (4) del Convenio, se ha establecido una “*cláusula de desconexión*” que permite a los Estados Parte, que son a su vez Estados miembros de la Unión Europea, aplicar las normas comunitarias y de la Unión correspondientes en vez de las normas del Convenio. Con ello, se salvaguarda el carácter necesariamente evolutivo de la legislación de la Unión, impidiendo la aparición de cualquier incompatibilidad o conflicto normativo en el futuro³⁹.

iii.3.- Acervo normativo de la Unión Europea.

En el Derecho de la Unión no existían convenios basados en la asistencia judicial mutua que regularan conjuntamente el embargo y el decomiso. El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 (en adelante CAAS), incorporado al acervo normativo europeo mediante protocolo al Tratado de Amsterdam, no contenía un título específico para el decomiso de bienes. Tan solo su art. 51 en relación a las solicitudes de embargo. La misma carencia la encontramos en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, si bien establecen un marco genérico para la tramitación de solicitudes de auxilio judicial internacional. Más específico, desde el punto de vista de su ámbito material, y extensamente utilizado (aun cuando no se invoque expresamente), su Protocolo de 16 de octubre de 2001, colma en gran medida la laguna del Convenio en relación con las investigaciones financieras tan relevantes en materia de blanqueo de capitales. En concreto en relación a la información bancaria de cuentas, operaciones y transacciones realizadas y en tiempo real. Ello permite recabar la inteligencia financiera imprescindible para solicitar la medida del bloqueo provisional y posterior recuperación de saldos bancarios disponibles en el extranjero sin que sean rechazadas por su generalidad o constituir lo que se han venido a denominar *phishing expeditions*.

Tal y como recoge el Plan de acción del Programa de Estocolmo, el Derecho Penal (sustantivo y procesal) es un ámbito relativamente nuevo en la UE, por lo que la política de aproximación debe basarse en los principios de subsidiariedad y coherencia, si bien el principio de reconocimiento mutuo, consagrado en el art. 82 (1) del TFUE⁴⁰, ya había sido principio inspirador de anteriores Decisiones marco⁴¹, de desigual transposición en las legislaciones domésticas. En efecto, en el Espacio Judicial Europeo hemos experimentado una intensa actividad normativa en materia de recuperación de activos y decomiso, pudiendo destacarse los siguientes instrumentos:

³⁹ El convenio trata de garantizar la coherencia global de sus preceptos con los textos vigentes en la UE, en particular en relación con las disposiciones relativas a las medidas preventivas contempladas en el artículo 13 y las que prevén la creación de Unidades de Investigación Financieras -FIUs- (artículos 1, letra f), y 12) y sus normas de acción (contempladas en los artículos 14, 46 y 47). Al tiempo de su redacción, estas cláusulas eran plenamente compatibles con la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Decisión 2000/642/JHA del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información. El Convenio también tuvo en cuenta las propuestas presentadas en su día por la Comisión, en particular, la propuesta de tercera Directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (COM(2004) 448) y la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la prevención del blanqueo de capitales mediante la cooperación aduanera (COM(2002) 328).

⁴⁰ Art. 82 (1) del TFUE: “*La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales*”.

⁴¹ Ver MORÁN MARTÍNEZ, Rosana “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las Decisiones marco”. En: GALGO PEZO, Ángel (Dir.) Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid CGPJ, nº XIII, 2003, págs.. 386-387.

iii.3.1.- Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Segundo instrumento de reconocimiento mutuo, tras la orden europea de detención y entrega, que sigue la *hoja de ruta* trazada en el documento aprobado en diciembre de 2000⁴² bajo el título de *Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal*, por el que se perseguía reforzar la seguridad jurídica en el seno de la Unión Europea mediante la libre circulación de resoluciones penales interlocutorias y definitivas en su espacio judicial. A través de este instrumento, de naturaleza eminentemente procesal, se aplica la técnica del reconocimiento mutuo a las resoluciones judiciales en las que se acuerden medidas provisionales encaminadas a asegurar la disponibilidad bienes situados en otro Estado miembro y que puedan ser utilizados como prueba o destinados a ser finalmente decomisados. Su transposición por parte de los Estados miembros fue desigual debido a su coexistencia con el régimen de asistencia mutua tradicional y las dificultades inherentes a la cumplimentación del certificado de embargo, que le hizo caer en desuso, frente a la utilización generalizada de las existentes comisiones rogatorias.

iii.3.2.- La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Con esta norma se aplica la técnica del reconocimiento mutuo a las resoluciones finales de decomiso a nivel europeo. En nuestro país, inicialmente se transpuso, a través de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, complementaria de la anterior. Finalmente compilada en el Título VIII de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. De naturaleza igualmente procesal e íntimamente relacionada, con la Decisión marco 2003/577/JAI, no ha sido objeto de una aplicación generalizada debido a la forma desigual de recoger las opciones del decomiso ampliado previsto en la Decisión marco 2005/212/JAI en las legislaciones domésticas y su limitación a las resoluciones de decomiso dictadas en el marco de una causa penal.

iii.3.3.- La necesidad de refundir el marco normativo y de darle una mayor consistencia y cohesión en esta materia, junto con la conveniencia de actualizar ciertos conceptos jurídicos y de introducir nuevos supuestos de decomiso, dio lugar a la ya mencionada Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. La Directiva, como nuevo instrumento contemplado en el TFUE, trata de superar las carencias y disfunciones derivadas de una falta de visión global de instrumentos anteriores. Concretamente, conseguir una cierta uniformidad reemplazando parcialmente las Decisiones Marco 2001/500/JAI⁴³ y 2005/212/JAI⁴⁴. Así como, dar respuesta a la previsión del artículo 83 (2) del TFUE⁴⁵ que establece una base jurídica explícita para regular esta materia, aproximando las legislaciones sustantivas de los Estados miembros en esta materia.

⁴² Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal (2001/C 12/02), aprobado en el Consejo JAI celebrado del 30 de noviembre al 1 de diciembre de 2000 y publicado en el DOCE el 15 de enero de 2001.

⁴³ Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, tenía como finalidad hacer más eficaz entre los Estados de la UE la aplicación del Convenio de 1990 (obligando a los Estados miembros a no formular ni mantener ciertas reservas contempladas en el Convenio), así como la incorporación del llamado «decomiso de valor equivalente» en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Concretamente en lo que se refiere a las medidas de decomiso, los Estados deben preverlo para todas aquellas infracciones castigadas con pena privativa de libertad de duración máxima de un año.

⁴⁴ La Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Su finalidad fue aproximar las legislaciones sustantivas de los Estados miembros en esta materia, extendiendo el ámbito del decomiso de bienes en delitos relacionados con la criminalidad organizada, mediante la denominada «potestad de decomiso ampliada».

⁴⁵ Art. 83 (2) TFUE “Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito decomiso de los productos de la delincuencia organizada”.

En un orden temporal lógico la armonización sustantiva del decomiso debería haber precedido a la aprobación de las Decisiones marco de reconocimiento mutuo. Si bien acometida por la Decisión Marco 2005/2012/JAI, de 24 de febrero de 2005, de manera cronológicamente anterior a la aprobación del mecanismo de reconocimiento mutuo de dichas resoluciones, la definición armonizada de decomiso ha sido finalmente consolidada en esta Directiva, junto a la inédita definición de embargo preventivo, y de otros aspectos relevantes como el decomiso del valor equivalente, decomiso ampliado, decomiso de terceros y decomiso no basado en condena (en circunstancias limitadas). La adopción de esas normas mínimas está encaminada a armonizar en la mayor medida posible los regímenes de embargo preventivo y decomiso de los Estados miembros, a fin de facilitar y mejorar la confianza mutua y una cooperación transfronteriza más eficaz.

En cualquier caso, persiste una diversificación y fragmentación normativa en materia de recuperación de activos procedentes del delito en la Unión Europea. En efecto, mientras que en los instrumentos de asistencia mutua (convenios del Consejo de Europa de 1990 y 2005) el embargo preventivo y la confiscación van de la mano y se regulan conjuntamente en el mismo instrumento, nos encontramos en el Derecho de la Unión con su regulación fragmentada y separada en los instrumentos de reconocimiento mutuo (Decisiones marco de 2003 y 2006, completados con las normas mínimas de la Directiva de 2014). A ello se une que la Decisión marco de embargo preventivo regula conjuntamente el aseguramiento de prueba, mezclando medidas cautelares patrimoniales con aspectos probatorios, más propios del denominado por J. VOGEL «*Derecho a la Prueba Transnacional*». Todo ello genera un déficit de seguridad jurídica que debía ser superado y ordenado por una nueva Directiva de embargo preventivo y confiscación que regule, como hace la 2014/42 con visión global, esta materia de manera similar a la Propuesta de Directiva de la Orden Europea de Investigación en relación con las diligencias probatorias.

Este marco normativo reinante en el Espacio Judicial Europeo resulta aún más desconcertante, si tenemos en cuenta que coexisten simultáneamente en su vigencia y aplicación los instrumentos clásicos de asistencia mutua y los novedosos de reconocimiento mutuo, pese a responder a planteamientos muy diferentes. La falta de previsión y de visión global del legislador europeo favorece la acumulación de instrumentos normativos aplicables surgidos de sistemas o planteamientos normativos que no debieran ser compatibles en esta efervescente construcción del espacio de justicia europeo. Me refiero a la perturbadora convivencia de nuevos instrumentos de reconocimiento mutuo con “viejos” convenios multilaterales, que frena la necesaria aplicación o utilización generalizada por forzada, de las normas recientemente transpuestas a nivel doméstico, debido a un preocupante *ius shopping* de los operadores jurídicos.

Dicha coyuntura unida a la manera heterogénea y poco armonizada en que los diferentes Estados miembros han implementado esta normativa está originando muchas dificultades en la práctica y que los operadores saquen el máximo provecho de la arquitectura normativa recién estrenada en la UE⁴⁶, produciéndose una anómala infrautilización de las posibilidades que la misma ofrece, en una situación que pudiera denominarse de perniciosa *obsolescencia normativa*⁴⁷, que se debe a distintas razones, entre la que se ha destacado una política normativa europea carente de visión global, pero también la cultura existente entre jueces y fiscales europeos⁴⁸.

⁴⁶ Como reflejan los informes de aplicación emitidos por la Comisión sobre las Decisiones Marco 2005/212/JAI [COM(2007) 805 final de 17.12.2007], 2003/577/JAI [COM(2008) 885 final de 22.12.2008] y 2006/783/JAI [COM(2010) 428 final de 23.8.2010], que de acuerdo con la evaluación de impacto de la Propuesta de Directiva de 12.3.2012 “muestran que los Estados miembros han sido lentos a la hora de la transponerlas y que a menudo las disposiciones pertinentes se han aplicado de forma incompleta o incorrecta”.

⁴⁷ JIMÉNEZ-VILLAREJO en artículo “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos” citado, pág. 104.

⁴⁸ “Assessing the effectiveness of EU Member States’ practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets” Informe elaborado para la Comisión de la UE por la auditoría externa MATRIX Insight/Junio 2009 citado en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea.

iii.3.4.- Finalmente, desde un punto de vista orgánico e institucional, la Decisión 2007/845/JAI, del Consejo, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros. Su objetivo consiste en asegurar que los Estados miembros designen, organismos nacionales de recuperación de activos (ORAs) que actúen como puntos de contacto nacionales para las actividades relacionadas con el decomiso. En concreto, las ORA deberían poder cooperar efectivamente con las unidades de inteligencia financiera y con las autoridades judiciales.

4. El decomiso en el código penal español (l.o. 10/1995, de 23 de noviembre y sus sucesivas reformas)

iv.1.- Antecedente: Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal.

En relación con la incautación de las ganancias procedentes del delito en el Derecho Penal español contemporáneo, podemos situar el “pistoletazo de salida” en la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal, ya que fue la política criminal en la lucha contra el narcotráfico el origen del desarrollo normativo que ha desembocado finalmente en la L.O. 1/2015. Como destacaba su Exposición de Motivos, el objetivo de dicha reforma fue la reducción y eliminación de los beneficios económicos del narcotráfico a través de tres mecanismos: la elevación de la cuantía de la pena de multa, la ampliación de los términos de la institución del comiso y la tipificación penal como delito de receptación especial del blanqueo de dinero de origen delictivo.

iv.2.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y reformas posteriores hasta el día de hoy.

El Código Penal de la L.O. 10/1995, reproduce inicialmente los anteriores artículos 48 y 344 bis c), en los nuevos arts. 127, 128⁴⁹ y 374. De acuerdo con el artículo 127 el decomiso era una consecuencia accesoria de la pena impuesta por un delito (o incluso por faltas) dolosos, de aplicación preceptiva y que debía recaer sobre los efectos provenientes del delito o falta y los instrumentos con los que se hayan ejecutado los mismos. Así mismo, el decomiso por subrogación, es decir el que recae sobre las ganancias cualesquiera que fueren sus transformaciones, se extendió de manera generalizada a todos los delitos, ya que antes de 1995, dicha posibilidad quedaba limitada a los delitos de tráfico de drogas y cohecho.

iv.2.1.- La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, transpuso a nuestro ordenamiento la Decisión marco del Consejo 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, respondía al firme propósito de “garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito”. De ese modo, esta reforma modificó el ámbito y alcance del entonces denominado comiso, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico, a través de una nueva redacción del art. 127⁵⁰,

⁴⁹ L.O. 10/1995, de 23 de noviembre. De las consecuencias accesorias. Art. 127. *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que, se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.* Artículo 128. *Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarla parcialmente.*

⁵⁰ Se modifica el art. 127, que queda redactado como sigue: “1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga

importantes novedades. Para empezar, extendió el decomiso a los instrumentos con los que se haya preparado y no solo ejecutado el delito. No es una modificación sustancial pero profundiza en la regulación unitaria del decomiso. Como acertadamente recuerda DEL CERRO⁵¹, en realidad el artículo 127 de la L.O. 15/2003 regulaba, bajo la misma denominación, dos instrumentos con diferente finalidad. Por un lado, el comiso de los efectos, medios o instrumentos -empleados para la preparación y ejecución del acto criminal-, de naturaleza preventiva ya que pretende evitar el potencial o evidente peligro de los mismos, o que vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones. Por otro lado, el decomiso de los beneficios y ganancias, con el que se persigue evitar la existencia y formación de patrimonios de procedencia criminal que puedan estar al servicio de la financiación de nuevas actividades delictivas. Si bien es cierto que algunos sistemas jurídicos distinguen entre efectos/instrumentos o de ganancias, el Derecho Penal español, siguiendo la normativa supranacional, ha optado por su regulación unitaria.

La segunda novedad operada por la L.O. 15/2003, es más de calado ya que incorpora a nuestro ordenamiento una nueva modalidad de decomiso. Se trata de la regulación del comiso por el valor equivalente, cuando no se pudieran localizar bienes a los criminalmente responsables. El comiso del valor equivalente o del valor por sustitución, puede tener lugar cuando se imponga pena por la que se acuerde el comiso de determinados los efectos procedentes del delito, o de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, o de las ganancias de la infracción, sin que se pueda materializar su ejecución sobre los mismos, porque el condenado los haya consumido, vendido, perdido, destruido u ocultado. En estos casos, el art. 127.3 del Código penal estableció por vez primera en 2003, la posibilidad subsidiaria del comiso por un valor equivalente entre otros bienes distintos a los identificados que pertenecieren a los criminalmente responsables del hecho, hasta alcanzar o colmar el valor de los bienes que habían sido señalados en la sentencia inicialmente como objeto del comiso. La experiencia nos muestra que, a fin de evitar la inutilidad de esta previsión, es conveniente que se proceda cuanto antes al embargo de los bienes con fines de decomiso o que se evalúen los mismos para asegurar la eficacia futura de dicho comiso de valor. En cualquier caso, en base al principio acusatorio que rige esta materia y siendo un mecanismo subsidiario, el Ministerio Fiscal deberá solicitar su aplicación al Juzgado o Tribunal que corresponda.

Por último, la L.O. 15/2003, establece el decomiso sin condena o la posibilidad prevista en el nuevo art. 127 (3) que permite la posibilidad al Juez o Tribunal que conozca de la causa de decretar el comiso en situaciones de exención o de extinción de la responsabilidad criminal del imputado o acusado. Sin duda se trata de una consecuencia lógica de la nueva naturaleza jurídica del comiso en el C.P. de 1995, como consecuencia accesoria y no como parte de la pena, al desprenderse de las ataduras del principio de culpabilidad inherente a esta última. Por lo tanto, podrá decretarse el comiso en un auto que declare la exención o extinción de la responsabilidad criminal de la persona acusada y no, como venía siendo la regla hasta entonces, en una sentencia condenatoria. Por descontado que dicho auto solo cabe dictarse en un procedimiento penal. Aunque nada indicaba el Código Penal, esta posibilidad implicaba que se hubiere abierto el juicio oral y formulado acusación contra la persona cuya responsabilidad hubiere quedado extinguida o eximida *a posteriori* o por causas sobrevenidas y que, a fin de demostrar la situación patrimonial ilícita, las personas afectadas dispongan de un previo trámite en el que tengan la posibilidad de defender sus derechos o intereses en condiciones de contradicción.

pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán."

⁵¹ DEL CERRO, José Antonio, Fiscal del Tribunal Supremo en la ponencia "La investigación patrimonial en el proceso penal. Funciones del Ministerio Fiscal" presentado en el Curso del Plan de Formación Continuada del Ministerio Fiscal correspondiente al año 2011 "El embargo preventivo y el decomiso en el Espacio Judicial Europeo", dirigido en Octubre de 2011 por Francisco Jiménez-Villarejo Fernández.

iv.2.2.- Con el propósito de satisfacer los requerimientos de la DM 2005/212/JAI, el legislador español aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*⁵² incorporando al mismo el decomiso ampliado y el de cualquier delito castigado con pena superior a un año de prisión. Aunque en dicha reforma se aprovechó para hacer ciertos retoques en el art. 127 Código Penal⁵³ incorporando incluso un nuevo apartado 2 que preveía la posibilidad de acordar el comiso, a partir de cierto umbral punitivo (pena privativa de libertad superior a un año), incluso en el caso de delitos imprudentes⁵⁴, debemos destacar que básicamente respondía a la necesidad urgente de implementar una de las opciones de decomiso ampliado previstas en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, a fin de conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada.

La Decisión marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005 mencionada estaba íntimamente relacionada con la Decisión marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, ya que su propósito era lograr una armonización mínima supranacional del Derecho Penal sustantiva en esta materia, procurando que todos los Estados miembros tuvieran en vigor normas que regularan el decomiso ampliado de los productos del delito de la manera más compatible posible, entre otros aspectos, en materia de inversión de la carga de la prueba del origen de los bienes en posesión de una persona condenada por delito relacionado con la delincuencia organizada, a fin de hacer posible el reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes de decomiso.

Pese a que la Decisión Marco de 24 de Febrero de 2005 fue cronológicamente oportuna como iniciativa aproximadora de las legislaciones domésticas en materia de decomiso, un año y ocho meses antes de la publicación en el DOUE de la decisión Marco de 2006 como instrumento de aplicación del principio de reconocimiento mutuo que comentamos, conteniendo la definición armonizada de lo que debe ser el decomiso en todos los países miembros de la Unión Europea, junto a la determinación de aquellos delitos que deben llevar necesariamente incorporada la sanción de decomiso, a situación creada en nuestro país fue un tanto desconcertante. En efecto, pese a que la lógica hubiera recomendado la reforma del Código Penal español previa a la transposición del instrumento de reconocimiento mutuo, diversas vicisitudes en el proceso legislativo de la reforma del Código Penal, propiciaron su retraso de manera que no vio la luz hasta la L.O. 5/2010, de 22 junio, a lo que debemos sumar seis meses de *"vacatio legis"*. Finalmente, la previa armonización material, tuvo lugar en diciembre de 2010, con casi diez meses de retraso respecto de la vigencia de la Ley 4/2010, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.

La citada Decisión Marco 2005/212/JAI establecía, en su art. 3.2, que cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso, ofreciendo para ello tres opciones en las que se amplían los poderes de decomiso, siendo la tercera de dichas opciones aquella por la cual cuando (...) 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 base en dicho instrumento el legislador español incorporó dicha opción como de preceptiva aplicación en nuestra Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, añadiendo un segundo párrafo en el apartado

⁵² BOE Núm. 152, del Miércoles 23 de junio de 2010

⁵³ La nueva regulación general del decomiso sigue recogida en el artículo 127 CP, cuyas normas ubicadas en el Libro I del Código Penal, son también de aplicación a los supuestos de comiso previsto en la parte especial del citado texto legal (arts. 319, 374, 385 bis y 431) y en las leyes especiales (art. 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de la especialidad si existe contradicción entre unas y otras.

⁵⁴ Lo que fue criticado por innecesario al no resultar una exigencia de la implementación de la DM en el informe del CGPJ al informe del Anteproyecto de ley (...) la definición que hace la propia Decisión marco de los conceptos "producto" (beneficio económico derivado de una infracción penal) e "instrumento" ("bien utilizado o destinado a ser utilizado [...] para la comisión de una o varias infracciones penales) no indica que esté dirigida a delitos imprudentes. Por el contrario, parece cortada a medida de las infracciones dolosas, y, además, si la anulación del beneficio económico tiene la función preventivo general de eliminar el estímulo motivador del delito, parece claro que su función se dirige a los delitos dolosos".

primero del artículo 127 del siguiente tenor: «*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*». Esta reforma legal, siendo novedosa, fue limitada ya que se aplicaba exclusivamente a la criminalidad organizada y el terrorismo, pese a que dicho criterio era ya aplicado, como consecuencia del acuerdo no jurisdiccional sentado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 5 de octubre de 1998, a delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales. El mismo, acordó que el comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del CP debería extenderse a las ganancias de operaciones precedentes a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia delictiva y se respete, en todo caso, el principio acusatorio. Dicha doctrina jurisprudencial podía haber dado pie a una regulación del decomiso ampliado con un ámbito material de aplicación más ambicioso o extenso que abarcara otros delitos graves, lo que fue objeto de críticas. Como destaca DEL CERRO, resultaba sorprendente que queden al margen del comiso ampliado los bienes que en desproporción con sus ingresos ostenten sujetos no vinculados a organizaciones criminales, quedando al margen de tal posibilidad confiscatoria los traficantes de drogas no vinculados a organizaciones, así como los funcionarios enriquecidos por actividades relativas a la corrupción.

En cualquier caso, dicha reforma fue un paso más en la dirección marcada por el Derecho de la Unión y sirvió para introducir en nuestro ordenamiento una presunción *iuris tantum* acerca del origen del patrimonio de las personas condenadas, susceptible, en todo caso, de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o, al menos, que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo. Asimismo, debemos recordar que dicha presunción legal no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento, ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada⁵⁵. En línea con una de las principales novedades de dicha reforma, se estableció con carácter general la posibilidad de extender el comiso a las personas jurídicas en relación a aquellos delitos en los que así se estableciera expresamente conforme al art. 31 bis, posibilidad que antes era solo posible desde su condición de *"terceros adquirentes que no fueran de buena fe"*.

En la parte especial del CP la reforma de la LO 5/2010 introdujo ex novo el art 385 bis en materia de seguridad vial, que consideraba los vehículos a motor y ciclomotores utilizados en la comisión de cualquier delito contra la seguridad vial de los previstos en los arts. 379 a 385 como instrumentos del delito de a efectos de su decomiso. Este precepto ha tenido una efímera vida, ya que no está vigente en la actualidad, si bien se le puede aplicar la regulación general vigente. De igual modo se efectuaron referencias específicas al comiso en el art. 431 respecto a los delitos de cohecho y tráfico de influencias al establecer expresamente que en tales supuestos las dádivas, presentes o regalos deben ser decomisados, así como en el art. 317, 3º en los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo donde a raíz de la mencionada reforma se establece de forma expresa que *"en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar"* (este último precepto que, sin que sepamos exactamente la razón dentro de la nueva sistemática normativa, ha sobrevivido a la última reforma).

⁵⁵ Vid. SSTC núm. 219 y 220/2006, de 3 de julio.

iv.3.- Comentarios a la última reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

iv.3.1.- Motivos y alcance de la reforma.

La influencia del Derecho de la Unión en esta reforma resulta más que evidente cuando leemos en la disposición final sexta de la L.O. 1/2015 titulada “*Incorporación del Derecho de la Unión Europea*” y comprobamos que mediante esta Ley se incorporan al Derecho español una larga lista de instrumentos normativos entre los que destaca: (...) “*f) La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.*”

Básicamente, la última reforma de la regulación del decomiso se basa única y exclusivamente en la necesidad de transponer las nuevas previsiones armonizadoras de la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea y puede ser considerada un producto de la “*colonización normativa*” de Bruselas. El considerando (8) de dicho instrumento normativo, a su vez, se remite a los informes de la Comisión sobre la aplicación de las Decisiones Marco 2003/577/JAI, 2005/212/JAI y 2006/783/JAI para justificar esta nueva norma europea. Concretamente destaca como dichos informes ponían en evidencia la deficiente situación de la implementación del decomiso ampliado y del reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso debido a las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros⁵⁶. Por ello, la Directiva pretende modificar y ampliar las disposiciones de las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, que recordemos habían dado lugar a las reformas del Código Penal de las L.O. 15/2003 y 5/2010, sustituyéndolas parcialmente⁵⁷. Resulta lógico que se necesitara una nueva modificación del artículo 127 del CP a fin de incluir las novedades de la Directiva y que dicha reforma se planificara como iniciativa normativa desde un primer momento y en paralelo, tomando como referencia los textos que se iban aprobando de la Propuesta de Directiva⁵⁸, a fin de evitar retrasos injustificados anteriores. En cualquier caso, como subraya la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, la reforma del decomiso responde a una “ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones” a fin de “facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos.”

La reforma de la L.O. 1/2015, en vigor desde el 1 de julio, realiza modificaciones muy importantes en la regulación de decomiso⁵⁹, que afectan tanto a la regulación sustantiva general de esta

⁵⁶ Informe de la Comisión con arreglo al artículo 6 de la Decisión marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005/212/JAI) Bruselas, 17.12.2007 COM(2007) 805 final. En sus conclusiones la Comisión considera preocupante que la transposición de esta Decisión marco haya avanzado tan poco en los Estados miembros. Posteriormente en la Comisión en su Comunicación de 20.11.2008 COM (2008) 766 final, termina de explicar las razones para esta reforma “*Parece que las disposiciones del texto son confusas y que esta falta de claridad da lugar a una transposición fragmentaria. Por otra parte, la Decisión marco contempla otros criterios alternativos que amplían la facultad de decomiso, lo que, de facto, puede haber limitado el alcance del reconocimiento mutuo. En efecto, las autoridades nacionales competentes tienden a ejecutar las órdenes de decomiso emitidas por otros Estados miembros solo si están basadas en los mismos motivos que reconoce su propio Estado miembro.*”

⁵⁷ No deroga totalmente dichas Decisiones marco al limitar la Directiva su ámbito de competencia material a las categorías delictivas previstas en el art. 83 (1) del TFUE o “*eurodelitos*” (las nueve prioridades delictivas fijadas en las Conclusiones del Consejo por las que se establecen las prioridades de la UE para la lucha contra la criminalidad organizada y grave entre 2014 y 2017, (documento del Consejo 12095). Concretamente el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada y con la salvedad del tráfico de armas), por lo que “a fin de mantener cierto grado de armonización con respecto a actividades delictivas no comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva” mantiene la vigencia de algunos artículos de las Decisiones que sustituye.

⁵⁸ Esta celosa forma de proceder del Gobierno en el ejercicio de su iniciativa normativa a fin de evitar retrasos y desfases precedentes (como el de la LO 5/2010), sorprendentemente motivó que el anteproyecto de ley fuera objeto de críticas calificándolo de un “exceso extensivo por anticipación” en el Informe del CGPJ de diciembre de 2012 que lo criticaba “*por no ajustarse a la redacción de la Decisión Marco 2005/212/JAI*”, pese a tratarse de un instrumento al que claramente iba a sustituir. Si bien fue aplaudido por Consejo Fiscal en su Informe pre-legislativo por “*tener la virtud adelantar la adaptación de la legislación española a la nueva regulación del decomiso de la propuesta de Directiva*”.

⁵⁹ De acuerdo con lo acordado en la Comisión para la Modernización del lenguaje jurídico la L.O. 1/2015 establece como “*Sustitución de términos en el Código Penal*” que «*Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término “comiso” se sustituyen por el término “decomiso”.*»

consecuencia accesoria de la pena (en sus arts. 127 a 127 *septies* 3 CP), como a algunos preceptos dedicados a la regulación especial del mismo (art. 374 CP)⁶⁰, acompañadas de algunas normas de naturaleza más procesal que prevén a modo de recordatorio la posibilidad de la utilización provisional de los bienes intervenidos y la realización anticipada de éstos (art. 127 *octies* CP), con oportuna remisión a la LECrim.

La nueva regulación llega con vocación de referencia general en esta materia y suprime reglas especiales existentes⁶¹, con la excepción destacable del art. 374 del CP mencionado, ya que además de aplicarse el decomiso ordinario a todo delito doloso, a diferencia de la regulación que sustituye, el decomiso ampliado no se limita a la criminalidad organizada y el terrorismo, sino que extiende su aplicación a un listado de dieciocho tipologías delictivas. Como destaca AGUADO CORREA⁶², la reforma pone fin al doble régimen de comiso que existía hasta ahora según se trate de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza.

En cuanto a la regulación general del decomiso la misma se despliega en seis artículos (art. 127 a 127 *octies*), que en realidad son cinco, ya que como he comentado, el último de ellos, se limita a realizar las menciones genéricas o mero de reenvío, a modo de recordatorio, a algunas medidas procesales disponibles durante la fase de investigación, como la medida cautelar de embargo preventivo, la realización anticipada o la utilización provisional, regulados en la LECrim. Podemos resumir, como hace la Exposición de Motivos, que la nueva regulación se centra en *“tres cuestiones: el comiso sin sentencia; el comiso ampliado; y el comiso de bienes de terceros”*, pero la reforma es de alcance y transversal ya que de hecho retoca el resto del articulado existente. Antes de centrarme en esas tres cuestiones procede analizar la naturaleza del decomiso y la retroactividad de esta nueva regulación:

iv.3.2.- Naturaleza del decomiso: de pena a consecuencia accesoria.

El decomiso, tras haber mutado desde su inicial consideración como pena pecuniaria (CP 1822) a la más común de pena accesoria (Códigos Penales de 1848, 1870, 1932 y 1944 con la excepción del Código Penal de 1928 que lo clasificó como medida de seguridad), es consagrado como una “consecuencia accesoria” de la pena en la L.O. 1/2015, tal y como venía siendo considerado en el CP desde la reforma de la L.O. 15/2003, y no como una pena propiamente dicha, con todas las consecuencias que ello conlleva. En efecto, el decomiso no es una pena y no se incluye, como tal, en el catálogo de penas del artículo 33 del Código Penal.

Como consecuencia accesoria del delito, y al estar ligado al reequilibrio del enriquecimiento injusto, puede considerarse que su naturaleza, siendo sancionadora, no es puramente penal. Ello le desprendería del rigor inherente a los principios que rigen la imposición de penas (e.g.: principios de personalidad y de culpabilidad). Gracias a esta naturaleza es posible el decomiso de bienes pertenecientes a inimputables o a terceros ajenos al delito (así como su embargo preventivo previo)⁶³; así como el decomiso de bienes de personas jurídicas o entes colectivos

⁶⁰ Sobre todo, respecto a los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, si bien si bien se mantiene una referencia respecto de los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo (art. 319 (3) y se incluye por vez primera en relación con los delitos contra la salud pública del artículo 362 *sexies* del CP.

⁶¹ Se suprime la regulación o referencia específica respecto de los delitos de seguridad vial (Art. 385 bis) y de los delitos de cohecho y tráfico de influencias (Art. 431).

⁶² AGUADO CORREA, Teresa Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla en el artículo publicado en www.indret.com titulado *“Comiso: crónica de una reforma anunciada”*. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 (Barcelona, enero 2014) y en el artículo *«Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y futuro?»*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013).

⁶³ En ese sentido, el informe Explicativo del Protocolo de 15 de octubre de 2001, del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la UE de 28 de mayo de 2000 y la Directiva de la Orden Europea de Investigación, 2014/41/EU en relación a las investigaciones financieras y, más concretamente, en relación a la obtención de información bancaria, necesaria para solicitar una orden de embargo con vistas a un eventual decomiso, cuando se trate de fondos depositados en una cuenta bancaria a bloquear, permiten recabar información y documentación *“relativas a las cuentas de cualquier naturaleza que posea la persona sometida a un procedimiento penal en cualquier banco u otra entidad financiera no bancaria. Deberá interpretarse esta posibilidad en sentido amplio, como referida no solo a quienes sean investigados o acusados, sino también a cualquier persona respecto de la cual las autoridades competentes consideren necesaria dicha información en el curso de procedimientos penales.”* (Considerando 27 de la Directiva 2014/41/EU, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal).

e incluso el decomiso sin condena previa, siempre y cuando se demuestre la existencia de una situación patrimonial ilícita.

Por otro lado, el decomiso no encaja con las responsabilidades civiles, ni el resto de las consecuencias jurídicas del delito, ya que tampoco es una medida de seguridad, al carecer de carácter personal, ni pretende abordar la peligrosidad del individuo, hasta el punto de constituir una categoría *sui géneris* poco homogénea, ya que los diversos tipos de decomiso permiten hablar de un *tertium genus*⁶⁴ o tercera clase de sanción penal, como lo clasifica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, tras descartar su condición de pena, al margen de las penas y de las medidas de seguridad⁶⁵, e incluso de una cuarta categoría⁶⁶. En cualquier caso, como destaca VARGAS GONZÁLEZ⁶⁷, la accesoria limitada del decomiso con la pena y su cada vez más compleja y emancipada configuración, le hacen merecedor de una rúbrica distinta en la Parte General del Código Penal como figura autónoma.

iv.3.3.- Clases de decomiso en el nuevo Código Penal.

iv.3.3.1.- Decomiso directo del artículo 127 del CP.

iv.3.3.1 a).- El decomiso directo incluye el decomiso ordinario y por subrogación. La principal modificación introducida en el apartado primero del artículo 127, referido al decomiso preceptivo por delitos dolosos, como consecuencia lógica de una de la acertada supresión de las Faltas⁶⁸ como una de las principales novedades de la reforma del CP, es la consiguiente eliminación de la referencia a las mismas en dicho artículo.

iv.3.3.1. b).- En relación al decomiso de los delitos cometidos por imprudencia del artículo 127 (2) del CP, debemos destacar que su mantenimiento es acertado ya que se compadece con las graves y hasta “dramáticas consecuencias” que se pueden derivar de los delitos imprudentes⁶⁹ y la necesidad de ahogar el enriquecimiento que puede derivarse de dichas conductas (e.g.: blanqueo de capitales cometido por imprudencia). En cualquier caso, el umbral mínimo previsto para que pueda hacerse uso del decomiso, cuando la pena prevista supere el año de prisión y su consideración como recurso facultativo, preserva desde su origen al decomiso por delitos imprudentes de una posible vulneración del principio de proporcionalidad.

Teniendo en cuenta la disparidad de criterios sobre la consideración de los vehículos o ciclomotores como instrumentos del delito, al ser objetos sobre los que recae la conducta delictiva y que, por lo tanto, no es una cuestión pacífica, la supresión del art. 385 bis en el nuevo C.P. no facilita la aplicación del artículo 127 (2) en estos supuestos, ya que el mismo no incluye el objeto del delito, si bien dicha consideración debería ser compatible con la de los instrumentos utilizados en el momento de cometer el delito.

iv.3.3.2.- Decomiso por el valor equivalente o “*por sustitución*”⁷⁰. Esta previsión no es una mera posibilidad, sino una exigencia, si bien subsidiaria, al decomiso directo, solo para el supuesto en el que no fuera posible el decomiso ordinario (por lo tanto para toda clase de delitos dolosos) de los bienes “señalados en los apartados anteriores de este artículo”, es decir de los efectos que provengan de delitos dolosos y culposos penados con más de un año de prisión y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, se acordará el de-

⁶⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manual, Curso de Derecho Penal. Parte General, Editorial Universitas S.A., 3^a Edición 2004.

⁶⁵ Entre otras ver STS, nº 397/2008, de 1 de julio; STS nº 314/2007, de 25 de abril; STS nº 94/2006, de 10 de febrero y STS 16/2009, de 27 de enero.

⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja en el artículo “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”

⁶⁷ VARGAS GONZÁLEZ, Patricia en su tesis doctoral “EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL”, publicada por la Universidad de Salamanca, en las conclusiones del apartado titulado siguiendo a RAMÓN RIBAS “De la pena a la consecuencia accesoria: la transformación del comiso”.

⁶⁸ Disposición derogatoria única de la L.O. 1/2015: “Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo en “La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010.

⁷⁰ Como se denomina en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015.

comiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. Las principales novedades son que ya no se exige, de manera acertada, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho, como establecía la anterior redacción de la L.O. 5/2010. Además, se incluye dentro del objeto del comiso por valor equivalente las ganancias indirectas, ya que permite decomisar “*las ganancias que se hubieran obtenido de ellos*”.

El decomiso por sustitución se aplica igualmente cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero cuando su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición. La referencia a la forma de incorporación al patrimonio del bien a través de la adquisición, resulta forzada e innecesariamente limitada, por lo que hubiera sido mejor sustituirla por el “*valor de lo obtenido*”, como recomienda AGUADO CORREA siguiendo el Derecho alemán⁷¹. En ambos supuestos, tal y como señala DEL CERRO⁷² resultará imprescindible el avalúo de los bienes embargados provisionalmente con vistas a un eventual decomiso, como si se tratara del aseguramiento de responsabilidades pecuniarias, ya que la ejecución de esta modalidad de decomiso se fija en base a la cantidad equivalente al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos, así como para comparar su valor con el valor de su adquisición. Además, el mismo autor mantiene que, rigiendo materia de comiso el principio acusatorio, no obstante su carácter imperativo, será preciso que el Ministerio Fiscal solicite del órgano jurisdiccional de enjuiciamiento la imposición del comiso por el valor equivalente, para el caso de que no fuese posible el inicialmente interesado.

iv.3.3.3.- Decomiso ampliado (artículo 127 bis del Código Penal).

En el Preámbulo de la Directiva 2014/42/EU se define al decomiso ampliado como la “*capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Una condena penal puede entrañar el decomiso no solo de los activos asociados con el delito concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares*”.

La Directiva consigue en su artículo 4 racionalizar y homogeneizar las opciones del art. 3 de la Decisión marco 2005/212/JAI, al tiempo que extiende su ámbito de aplicación a los “*eurodelitos*” contemplados en el art. 83.1 TFUE suprimiendo límites punitivos.

El artículo 127 bis del CP, por su ubicación sistemática permite deducir que puede ser aplicado a delitos dolosos y por imprudencia (lo que supone que se aplicará al delito de blanqueo de capitales imprudente, ya que su pena oscila entre seis y dos años). En el primero se sus cinco apartados establece “*El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada (...) cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acremente su origen lícito*”.

El carácter imperativo del decomiso no obsta para afirmar que de acuerdo con el principio acusatorio, deba solicitarse el decomiso ampliado por parte del Ministerio Fiscal. De no actuarse así, se estaría imponiendo una sanción penal sin previa acusación y sin previo sometimiento al principio de contradicción con olvido de la profunda significación que tiene en nuestro sistema procesal penal constitucional el principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el art. 24 de la CE (STC 123/1995, FJ3º). Además, como recuerda DEL CERRO, la jurisprudencia surgida a partir de la reunión plenaria no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de

⁷¹ AGUADO CORREA, Teresa en el artículo publicado en www.indret.com, titulado “*Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013*” (Barcelona, enero 2014).

⁷² DEL CERRO, José Antonio, Fiscal del Tribunal Supremo en la ponencia “*La investigación patrimonial en el proceso penal. Funciones del Ministerio Fiscal*” presentado en el Curso del Plan de Formación Continuada del Ministerio Fiscal correspondiente al año 2011 “*El embargo preventivo y el decomiso en el Espacio Judicial Europeo*”, dirigido en Octubre de 2011 por Francisco Jiménez-Villarejo Fernández.

1998 (STS Nº 1040/2005, de 20 de septiembre, STS nº 911/2010, de 21 de octubre), exige, junto a una relación directa de lo decomisado con la actividad ilícita enjuiciada (STS nº 235/2001, de 20 de febrero), que, en todo caso, se respete el principio acusatorio (STS nº 31/2003, de 16 de enero, STS nº 1528/2002, de 20 de septiembre). A estos efectos, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2010, recuerda que las peticiones de comiso se deberán extenderse a todos los efectos, medios, instrumentos, bienes y ganancias provenientes del delito o falta, incautados en el curso de la tramitación del correspondiente procedimiento penal. Dichas solicitudes, particularmente las formuladas en los escritos de acusación o calificación, deberán contener además de la narración de los hechos constitutivos de la correspondiente infracción penal, la identificación de los efectos, medios, bienes o ganancias a que se extiende la solicitud, así como la especificación de las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea porque han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando, en su caso, las transformación precedentes.

La enumeración de los dieciocho delitos listados entre las letras a) a r) del art. 127 bis 1 del CP excede del catálogo de infracciones previsto en la Directiva, ya que recoge las sugerencias del Informe del Consejo Fiscal del Consejo Fiscal⁷³, incorporando los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia (letra d); los delitos contra la propiedad intelectual o industrial (letra f); delitos de corrupción en los negocios (letra g); delitos de cohecho (letra o); delitos de malversación (letra p); y, finalmente, delitos cometidos en el seno de un grupo criminal (letra r). El listado se cierra con una referencia, la letra r), a los “*Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal*”, lo que obliga al decomiso ampliado en los casos de delitos cometidos en el seno de un grupo criminal. Es decir, tanto al art. 570 bis CP (organización criminal), como al art. 570 ter CP (grupo criminal que no se exige estabilidad o tiempo indefinido) al no haberse incluido en esta reforma una más clara definición de “*organización delictiva*”, en línea con la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra delincuencia organizada.

El decomiso ampliado se basa en la presunción de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, construida en torno al juego de los indicios enumerados en el art. 127 bis.2 CP partiendo de la falta de acreditación de su origen lícito. Al acusado por uno de los delitos listados en el apartado 1 del art. 127 bis CP le corresponde, por consiguiente, acreditar el origen lícito de sus bienes enervando la “*prueba de presunciones*”. Nos encontramos ante la consagración legal de la inversión de la carga de la prueba en el ámbito del comiso ampliado, inversión que el TEDH ha afirmado que no excede de los límites razonables⁷⁴.

De manera expresamente referida al apartado 1 de este artículo 127 bis, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

- 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

Con ello, se mantiene el criterio del párrafo segundo del art. 127 (1) anterior, si bien no como indicio único si de manera combinada con otros. Concretamente a la desproporción patrimonial cuantitativa, se añaden otros indicios propios de dinámicas de blanqueo:

⁷³ Como se refleja en el Dictamen del Consejo de Estado, de abril de 2013, Consideración duodécima letra b), “*A sugerencia del Consejo Fiscal, la versión final del Anteproyecto amplió sustancialmente la lista de los delitos por los que una condena de una persona pueda desencadenar esa ampliación del comiso de sus bienes*”.

⁷⁴ El TEDH ha establecido una doctrina consolidada para respaldar determinadas leyes nacionales, como la ley Antimafia italiana (confiscación preventiva previsto en la Ley nº 575, de 31 de mayo de 1965, y la confiscación penal establecidas en el Código Penal y otras leyes especiales), en las que se establecían sistemas de presunciones. Concretamente en los casos Marandino, Raimondo (Raimondo v. Italia, Nº 12954/87, 22 de Febrero de 1994) y Prisco, donde claramente se declara que esa presunción de inocencia prevista en el art. 6 (2) de la Convención no es aplicable a la confiscación preventiva y ampliada italiana. Según el TEDH, el mecanismo de presunciones “*busca impedir el uso ilegal, de un modo peligroso para la sociedad, de las posesiones cuyo origen lícito no ha sido establecido. Por ello, considera que el objetivo de la intrusión resultante sirve al interés general*” . En relación con el uso de la presunción, el TEDH confirmó que “*la Convención, obviamente, no prohíbe tales presunciones en principio. Sin perjuicio de que el derecho de los demandantes al disfrute pacífico de sus posesiones implique la existencia de una garantía judicial efectiva*”. Véase, por ejemplo, ECtHR, Arcuri v. Italia, Nº 52024/99, 5 de julio de 2001, párr. 1. También STEDH, Riela v Italia, Nº 52439/99, 4 de septiembre de 2001

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Al catálogo legal de indicios me referiré posteriormente. Ahora quisiera destacar que tal mecanismo no tiene por qué ser contraria a la presunción de inocencia, por cuanto que aquí rige la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria, perfectamente legítima, al igual que la prueba directa, para desvirtuar aquella presunción. La presunción legal *“iuris tantum”* incluida en la nueva regulación del decomiso ampliado, pese a que supone una inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes decomisables, no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento, ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él. El despliegue de las consecuencias aparejadas al decomiso ampliado, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado.

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada en recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en causas enjuiciadas por delitos de tráfico de drogas, que se basaban en el Acuerdo referido del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998, ha sido respaldada, incluso antes de que se incluyese esta modalidad del decomiso en el Código penal (inicialmente a través de la LO 5/2010), por la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional nº 219 y nº 220/2006, de 3 de julio, donde establecían con toda claridad los límites del derecho a la presunción de inocencia en relación con el decomiso, declarando que la fundamentación con la que los órganos de la jurisdicción ordinaria justifican el comiso ordinario de los bienes (con más razón aplicable al ampliado), no está referida al principio de presunción de inocencia, puesto que este derecho *implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (...).* La presunción de inocencia opera *“como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”* (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2). Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia (...). Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ...” (STC nº 219/2006, FJ 9 y STC nº 220/2006, FJ 8). Lo que el Tribunal Constitucional subraya, por lo tanto, es que la imposición del comiso ampliado no afecta al derecho a la presunción de inocencia, ya que ésta no se cuestiona una vez que se ha quedado acreditado la culpabilidad del sujeto en juicio, sino que al imponer el comiso debe comprobarse y prestar especial atención a si han concurrido el resto de las garantías del proceso y a las exigencias del derecho.

En ese sentido, el Tribunal Supremo viene considerando suficiente la prueba indiciaria a la hora de probar la relación directa entre el bien decomisado y el delito enjuiciado. Así disponemos de una doctrina elaborada en recursos de casación en delitos de blanqueo de capitales, que nos puede servir para aplicar el decomiso ampliado previsto en el art. 127 bis del CP. Tomando igualmente como referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, elaborada en base a la

doctrina del acuerdo no jurisdiccional adoptado en el Pleno de 5 de octubre de 1998, no exige que se acredite que todos y cada uno de los bienes que resulten objeto de comiso proceden directamente de los concretos hechos enjuiciados, bastando a dichos efectos que se pruebe su procedencia de la actividad delictiva. Por tanto, la prueba relativa a la procedencia de los bienes ha de versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que, siguiendo la doctrina expresada antes de la entrada en vigor de la L.O. 5/2010 en la STS nº 450/2007, 30 de mayo, podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación licita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. Sentados estos hechos concluyentes, puede deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado (o del tercero interpuesto) proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberán ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.

En la sentencia del TS, de 5 de diciembre de 2012, igualmente declara: "En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación licita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. ... Todos estos datos permiten entender como lógica y razonable la convicción del tribunal acerca de la procedencia ilegítima del dinero y por lo tanto, deberá ser decomisado a no ser que el interesado enervara la prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su posesión.

Posibilidad esta admitida por el TEDH, sentencia 7.10.88 (TEDH 1988, 20) (caso Salabiakn) y 25.9.92 (TEDH 1992, 60) (caso Pham Hoang), y por la doctrina mayoritaria...".

Igualmente, la STS de 7 de febrero de 2014, (Pte. Conde Pumpido), se declara al respecto: "...Los servicios policiales especializados han realizado una completa investigación patrimonial de los acusados de la que se deduce que en los años investigados ingresaron en sus cuentas bancarias cantidades inusuales y muy elevadas de dinero en efectivo, adquirieron vehículos de alta gama, compraron viviendas y plazas de garaje, suscribieron fondos de inversión a nombre de su hija, etc. es decir manejaron cantidades muy importantes de dinero en efectivo, que solo pueden justificarse razonablemente por su procedencia del tráfico ilícito de estupefacientes. Consta asimismo acreditada la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el referido incremento patrimonial y las elevadas transacciones dinerarias. El dictamen pericial ha identificado las fuentes lícitas de ingresos posibles del matrimonio acusado, que se limitan a una muy esporádica actividad laboral del recurrente Alfredo, y no justifican en absoluto las elevadas cantidades de efectivo manejadas por ellos.

Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en las sentencias dictadas en los casos *Murray contra el Reino Unido* (STEDH de 6 de febrero de 2006) y *Telfner contra Austria* (STEDH de 20 de marzo de 2001), cuando existen indicios suficientemente relevantes por si mismos de la comisión de un determinado delito, y el acusado no proporciona explicación lógica alguna de su conducta, el Tribunal puede deducir razonablemente que esta explicación alternativa no existe y dictar sentencia condenatoria fundada en dichos indicios.

Asimismo en la Sentencia de 23 de septiembre de 2008, Caso *Grayson y Barnham contra Reino Unido*, el TEDH se refiere a sus pronunciamientos sobre el uso de presunciones en el ámbito del decomiso, materia muy relacionada con el blanqueo de capitales, concluyendo que no considera "en ningún caso, que sea incompatible con el concepto de juicio equitativo, de conformidad con el artículo 6, invertir la carga de prueba sobre el demandante, un vez que ha sido condenado por un delito grave de tráfico de drogas, y que le corresponda a él demostrar que la fuente de la que procede el dinero o los activos que se ha probado que ha poseído en los años precedentes al delito era legítima". En el mismo sentido, no cabe estimar que la exigencia de que una persona relacionada con el tráfico de estupefacientes acredite el origen lícito de cuantiosos e injustificados incrementos patrimoniales debidamente acreditados, o su procedencia de fuentes ajenas a dicho tráfico, pueda ser contrario a lo dispuesto en el referido art 6º.

Por último la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 338/2015, de 2-6-2015 (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre), sobre financiación grupo terrorista a través de "herriko tabernas", declara: "Ahora bien, ha de tenerse presente que no es exigible el mismo canon de certeza, cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, que cuando se trata de determinar el presupuesto fáctico que permite la imposición del decomiso. El derecho citado supone el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. Mientras que en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre)". Concluyendo, "Siendo así y teniendo en cuenta que ya no estamos ante la imposición de una pena, ni tan siquiera, de una medida de seguridad sino frente a una verdadera consecuencia jurídica del delito, de carácter estrictamente civil, se cubren los requisitos formales exigibles para su imposición con el ofrecimiento a su titular, debidamente legitimado para ello, de la oportunidad de ser oído por el tribunal y de alegar en su interés, dando así debido cumplimiento al derecho de defensa, lo que en este caso, se ha realizado. Siendo el objeto de esta presencia en juicio -dice la STS. 1020/2005 de 19.9 - precisamente el de aportar la suficiente acreditación de la concurrencia de esa "buena fe" que excluiría el decomiso, pues es sobre el titular del bien sobre el que ha de recaer la carga de semejante prueba."

El artículo 127 bis (4) establece que “*Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.*” La inseguridad jurídica que genera la referencia a hechos similares en un Derecho Penal regido por el principio de legalidad es evidente. AGUADO CORREA hace constar que esta expresión se encuentra en algunos Estados de la UE, como el caso del art. 36 e) del Código penal de los Países Bajos, siendo interpretada como aquellos que pertenezcan a la misma categoría de delitos o delitos de la misma naturaleza. Con esta previsión se trata de evitar una posible infracción del principio de proporcionalidad, más que de regla *ne bis in idem* propiamente dicha ya que el supuesto en el que el sujeto sea condenado posteriormente por “hechos delictivos similares” no coincide con el concepto de mismos hechos elaborado en la jurisprudencia del TJUE en relación al art. 54 del CAAS requiere identidad fáctica que si encontramos en el apartado 5, claramente basado en el principio *ne bis in idem* cuando establece “*El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.*».

La previsión de la prescripción como excepción al comiso ampliado obligará al Juez o Tribunal a identificar las actividades delictivas emplazándolas en el tiempo, no bastando a tales efectos, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, “*que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico*” (STS de 05.12.2012 antes mencionada). En relación a la sentencia absolutoria previa, existen, al menos dos pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal Supremo español en otro sentido. La primera es una STS, de 26.06.2012, ante la alegación de uno de los recurrentes, en relación al decomiso de un vehículo y del metálico que fueron intervenidos en su domicilio, lo fueron igualmente en otro procedimiento que había finalizado con sentencia absolutoria, en la que el Alto Tribunal decidió: “*A efectos de comiso carece de importancia el procedimiento en el que se incautan unos bienes. Lo relevante es constatar que se trata de ganancias procedentes de delitos contra la salud pública. En nada incide aquí la sentencia absolutoria dictada en otro procedimiento en el que también estaban aprehendidos tales bienes. No se entiende qué se quiere decir apuntando a un presunto fraude de ley*”.

A destacar la STS, de 6 de noviembre de 2013, en relación un supuesto de extinción de responsabilidad penal en una causa por delito contra la salud pública declara lo siguiente en base al anterior art. 127 (4): “*...La segunda objeción tiene respuesta en la disposición del art. 127, 4º Código Penal, en cuya virtud, el juez o tribunal podrá acordar el comiso, aún extinguida la responsabilidad penal, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita de lo que hubiera sido objeto de aquél. Y tal es el caso, a tenor de lo que consta en los hechos probados y de que, desde el punto de vista probatorio, la única hipótesis razonable para la existencia de la indicada suma en poder de Antonio es la que ha contemplado y acogido la sala de instancia...*”

iv.3.3.4.- El decomiso no basado en condena (artículo 127 ter CP).

El decomiso no basado en condena, se refiere al decomiso de bienes relacionados con el delito, cuando éste no ha llegado a sentencia condenatoria, bien porque el investigado ha fallecido, se encuentra en situación médica que le incapacita para ser juzgado o se ha colocado en ignorado paradero.

Es difícil no encontrar un documento reciente emanado de la Comisión, el Consejo o el Parlamento de la UE en materia de recuperación de activos que no se refiera a esta avanzada modalidad de decomiso⁷⁵. En ese contexto, el art. 4 (2) de la Directiva 2014/42/UE exige a los Estados miembros que tomen “*las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales*” que no acaben con sentencia condenatoria, si bien “*hubieran podido haber conducido a una*

⁷⁵ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco en artículo “*Propuestas para mejorar la eficacia de la recuperación de activos criminales en un contexto de crisis económica*” en Revista de Derecho Penal, ISSN 1576-9763, N.º 37, 2012, págs. 103-148

resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio”. Es decir, como señala en el segundo inciso del considerando (15) de su Preámbulo, “Cuando no sea posible el decomiso basado en una resolución judicial firme” y para “decomisar esos instrumentos y producto, al menos en los casos de “enfermedad o fuga del sospechoso o acusado” (Considerando 18). La base jurídica de la Directiva (art. 82.2 TFUE) hace que el decomiso sin condena penal deba referirse a sanciones o medidas impuestas en el ámbito y en procedimientos penales. Asimismo, el 83.1 TFUE se refiere a “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y que tengan un dimensión fronteriza”. La compatibilidad del decomiso sin condena con el principio de subsidiariedad ha sido cuestionada por el Comité de las Regiones⁷⁶ que aboga por la búsqueda de otras soluciones penales, citando el delito de tenencia de activos no justificados previsto en el art. 321 (6) del Código Penal francés, como manera más adecuada de conseguir la inversión de la carga de la prueba pretendida con el decomiso sin condena penal.

Como destaca la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, el decomiso sin sentencia ya estaba regulado en el apartado 4 del anterior artículo 127 CP (L.O. 5/2010), si bien el nuevo art. 127 ter contiene una regulación más completa y técnicamente más detallada con el propósito declarado de introducir “algunas mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para hacer posible su aplicación.” El planteamiento de inicio de la Directiva es prudente, ya que se vincula a la existencia de un proceso penal ya iniciado, por lo que, en principio, se compade con la anterior redacción del art. 127.4 del Código Penal español y la nueva redacción del art. 127 ter que permite (no es preceptivo) al juez español decretar el decomiso de bienes procedentes del delito respecto de persona no condenada “por estar exenta⁷⁷ de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido”⁷⁸, a la que “no se haya impuesto penal alguna”, “siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita”. Por otro lado, los supuestos de decomiso sin condena contemplados en el art. 127 ter del CP son más amplios⁷⁹ que la mera enfermedad crónica y fuga previstos en la Directiva, ya que incluyen expresamente a las personas fallecidas y a las personas a las que no se pueda condenar por estar en supuestos de exención y/o extinción de responsabilidad criminal, si bien, se mantiene el presupuesto de situación patrimonial ilícita acreditada en proceso contradictorio y de acuerdo con el principio acusatorio, es decir el decomiso sin condena ha de ser impuesto por un Juez o Tribunal penal en una resolución motivada a petición del Fiscal. En cuanto a las personas contra las que se puede utilizar el decomiso sin condena, el art. 127 ter (2) CP se refiere al formalmente acusado, así como al imputado “con relación al que existan indicios racionales de criminalidad”, a diferencia de la Directiva que se refiere a sospechosos y acusados.

Con independencia de que nuestro sistema legal haya recogido la posibilidad del decomiso no basado en condena en nuestro país, debemos tener en cuenta que existen diversos regímenes de decomiso sin condena incluyendo la pura confiscación civil no reconocida en nuestro ordenamiento⁸⁰. Como quiera que advertimos un aumento en la recepción de solicitudes de reconocimiento y ejecución de órdenes de confiscación civil no adecuadamente identificadas por

⁷⁶ Dictamen, DOUE 18.12.2012, C 391/137, apartado 35.

⁷⁷ Artículo 20 del CP

⁷⁸ Artículo 130 del CP

⁷⁹ Lo que se compadece perfectamente con la previsión de mínimos del artículo 4 (2) de la Directiva 2014/42/UE: “En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos (...).”

⁸⁰ El Informe de Eurojust de abril de 2014 sobre *non-conviction-based confiscation* (General Case 751/NMSK – 2012), resume los resultados del estudio realizado en base a las respuestas del cuestionario lanzado entre Fiscales especialistas de los 28 Estados miembros entre junio-septiembre 2012 y distingue dos grandes sistemas. El primero agrupa a los Estados cuya legislación recoge el decomiso sin-condena en procedimiento penal y el segundo sistema a los Estados en los que se reconoce la denominada confiscación civil, es decir la posibilidad de decomisos sin condena penal en el marco de un procedimiento civil. Dentro de este segundo grupo encontramos a seis países, concretamente, Bulgaria, Irlanda, Italia, Eslovenia, Eslovaquia y Reino Unido. Los dos grandes sistemas se dividen a su vez en otros subsistemas dependiendo de la regulación del decomiso ampliado y del enriquecimiento injusto como delito autónomo.

nuestras autoridades requeridas, debemos procurar que su respuesta sea la más uniforme y conforme a nuestro ordenamiento posible. En ese sentido, la Fiscalía está llamada a desempeñar un papel muy importante a la hora de elaborar criterios que faciliten una respuesta coherente a solicitudes extranjeras, basados en el principio de reconocimiento mutuo consagrado en el Tratado de Lisboa, que recordemos es la base de la cooperación internacional civil y penal europea, pero también respetuosa con el principio de legalidad⁸¹.

En España, la confiscación penal está necesariamente integrada en el procedimiento penal y por lo tanto debe ser acordada en un procedimiento “*in personam*”, pese a que no está necesariamente ligada a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad, al ser legalmente considerada como una “*consecuencia accesoria*” de la pena, si bien si lo está al principio de legalidad y de proporcionalidad. En cualquier caso, el decomiso ha de ser siempre declarada, ya sea ordinaria o ampliada, en un procedimiento penal principal, o en el nuevo procedimiento de decomiso autónomo del art. 803 ter e de la LECrim. Como procedimiento incidental penal que analizaremos a continuación, ya que el anterior art. 127.3 y el vigente art. 127 ter del Código Penal prevén la posibilidad de imponer el decomiso como consecuencia accesoria desvinculada de la pena impuesta a un condenado. Por lo que la confiscación de activos sin condena (NCB)⁸² acordada por un tribunal civil o administrativo extranjero, plantea serias dificultades de reconocimiento y ejecución por nuestras autoridades judiciales, cuya respuesta debemos encontrar en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸³.

iv.3.3.5.- El decomiso de bienes pertenecientes a terceros (artículo 127 quater CP).

Esta nueva previsión tiene en cuenta la realidad habitual de la utilización de terceras personas (físicas o jurídicas, como testaferros, sociedades instrumentales,...) a fin de poner a salvo de la acción de la justicia el patrimonio criminal. La reforma introducida mejora la técnica legislativa, a fin de incrementar la eficacia y seguridad de la regulación. En nuestro CP este decomiso de bienes de terceros se encuentra previsto en el nuevo art. 127 quater CP introducido por la LO 1/2015, en base a la previsión del art. 6 (1) de la Directiva, sustituye y desarrolla la anterior escueta referencia al “*tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente*” del art. 127 (1), dando al decomiso un carácter facultativo que se compadece más con el principio de proporcionalidad, si bien deja de ser un decomiso de naturaleza subsidiaria, para pasar a ser un decomiso equivalente al directo o ampliado como queda reflejado en la utilización de la adverbio “*también*”.

El art. 127 quater establece un doble requisito según el decomiso tenga por objeto:

- efectos y ganancias del delito, para lo que hace falta que hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito, como cualquier persona diligente.
- En el caso de otros bienes, cuando se hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando cualquier persona diligente hubiera sospechado que de ese modo se dificultaba su decomiso.

⁸¹ Art. 82 de la versión consolidada del TFUE firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, siendo el Ministerio Público defensor de la legalidad, no solo nacional, también de la legalidad europea representada en la cúspide de su pirámide normativa por el Tratado de Lisboa.

⁸² *Non-Conviction based asset forfeiture*, que el artículo 54(1) (c) de la Convención de NU contra la Corrupción de 2003 insta a los Estados parte de la misma a incluir en su legislación nacional a fin de facilitar el decomiso de activos robados NCB cuando el delincuente no puede ser acusado. En ese sentido ver Recuperación de activos robados, Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena, de Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant y Larissa Gray, publicado en el marco de la Iniciativa para la recuperación de activos robados (Iniciativa StAR), publicado originalmente en inglés por el Banco Mundial como Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture en 2009.

⁸³ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco en artículo “Propuestas para mejorar la eficacia de la recuperación de activos criminales en un contexto de crisis económica”, citado en pie de pg. 81.

A tal fin, se establece una presunción *iuris tantum* basada alternativamente en las ganancias, efectos o bienes o efectos le hubieran sido transferidos “*a título gratuito* (sin necesidad de pre-*via* declaración de nulidad de acuerdo con los arts. 6.3 y 1.305 y concordantes del CC) o *por un precio inferior al real de mercado*”.

Como recuerda AGUADO CORREA⁸⁴, en el art. 127 quater in fine CP se presume dicho conocimiento, o que ha tenido motivos para sospechar del origen ilícito o que han sido transferidos para evitar su decomiso, cuando le hayan sido transferidos a “*título lucrativo*”, en el sentido en el que mayoritariamente ha sido interpretado por la doctrina en relación con el art. 122 CP, de manera que con esta expresión se abarca no solo las adquisiciones gratuitas o sin contraprestación, sino también aquellas en las que existe una contraprestación que no se corresponde con el valor del mercado, habiéndose obtenido unos beneficios superiores a los normales.

El Consejo Fiscal, en el Informe al Anteproyecto de ley, nos recuerda, haciendo referencia a la Circular de la FGE nº 4/2010, sobre *las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, que la protección de terceros de buena fe tiene su límite en la participación lucrativa⁸⁵, regulada en el art. 122 CP, y en el principio plasmado en algunas normas de derecho privado (art. 638 CC, art. 85 Código de Comercio o el art. 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros), en virtud del cual no se protege la propiedad de las adquisiciones a título gratuito o lucrativo frente a la acción reivindicatoria y, por tanto, no se genera ope legis la adquisición del derecho a la propiedad. QUINTERO OLIVARES⁸⁶, destaca que a la dificultad ya existente para distinguir entre la adquisición culposa o dolosa de bienes procedentes del delito, tipificada en el art. 301 (1) y (3) del CP y la receptación civil o participación a título lucrativo, prevista en el art. 122 del CP, se viene a añadir o se “amontona”, el decomiso de bienes pertenecientes a tercero del art. 127 quater del CP.

Una vez más, los contrapesos los encontramos en el principio de proporcionalidad y en la tutela judicial efectiva. A tal fin, la ley 41/2015 consagra legislativamente “*la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso*” en sus artículos 803 ter a y siguientes, de modo que puedan defender sus intereses y hacer valer, en su caso, sus derechos. En ese sentido, recoge lo establecido en el art. 8 (6) de la Directiva “*La persona tendrá como mínimo, derecho a ser oída, a plantear preguntas y a presentar pruebas antes de que recaiga resolución firme sobre el decomiso*”.

Es interesante recordar que el TEDH en el caso *Silickienė v. Lituania*, el TEDH [Sentencia nº 20496/02, de 10 de Abril de 2012], en relación a la confiscación de la propiedad de una viuda del acusado, declaró que si bien en las personas cuyas propiedades fueron confiscadas deberían haberse concedido formalmente la condición de parte en el procedimiento resultante de tales medidas, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, resulta aceptable que las autoridades nacionales ofrecieran a la viuda una oportunidad razonable y suficiente para proteger adecuadamente sus intereses. El solicitante podría haber impugnado la medida inicial en 2000, y la viuda afectada también tuvo la oportunidad de explicar el origen de su

⁸⁴ Citando a MAPELLI CAFFARENA, Borja, en el artículo publicado en www.indret.com titulado “*Comiso: crónica de una reforma anunciada*”. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 (Barcelona, enero 2014).

⁸⁵ STS de 29 diciembre 2009 -EDJ 2009/315063-, declara: “*No obstante, la sentencia, después de reflejar en parte la acusación del Ministerio Fiscal e imputarle la obtención de pingües beneficios, hace una minuciosa y exhaustiva comprobación de los bienes y acuerda “el comiso de los bienes inmuebles y de las cuentas bancarias”, resolución que es una consecuencia lógica del delito de tráfico de drogas por el que se condena al marido de la recurrente. Añade que a los efectos del comiso, se declara la condición de responsable como partícipe a título lucrativo de la representación de la actividad delictiva desarrollada por el marido a su esposa*”. En consecuencia, es innegable que los bienes proceden del tráfico de drogas resultando indiferente cuál sea la condición que ostente la recurrente respecto de los mismos. En definitiva, el comiso se aplica de manera correcta con arreglo a las previsiones del art. 127 y 324 CP, en cuanto que se trata de bienes inequívocamente procedentes del tráfico de drogas, como ya se ha dicho, por lo que los efectos del mismo se extienden a todos los bienes que se relacionan en la sentencia como ganancias o efectos procedentes del tráfico de drogas. No se trata de justificar esta decisión por considerarla como partícipe a título lucrativo, sino como persona que no sólo conocía sino que compartía los beneficios y que no puede ser considerada como tercero de buena fe ni admitir que su adquisición ha sido legal.”

⁸⁶ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010.

propiedad. Después de la muerte de su marido el órgano jurisdiccional nacional le nombró un abogado para que representara sus intereses en el proceso penal. El TEDH se refiere a la oportunidad de un juicio contradictorio, la posibilidad de apelar, así como a los tribunales que establecen el supuesto de que los bienes expuestos a decomiso son producto del delito mediante la evaluación objetiva de los hechos.

iv.3.3.6.- Estándares probatorios en relación a la procedencia ilícita de los activos de los arts. 127 bis, quater, quinquies y sexies.

El principal problema de los procedimientos de decomiso es probatorio. Consciente de ello, el legislador ha incluido un catálogo de indicios a partir de los cuales los jueces puedan declarar su origen delictivo en supuestos de decomiso ampliado, decomiso no basado en condena, decomiso de bienes pertenecientes a terceros y el decomiso de bienes provenientes de la actividad delictiva previa del condenado (previsto en el artículo 127 quinquies del CP. y que no deja de ser una especie de decomiso ampliado). Se trata de hecho un ejercicio frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina penal, que se recoge ahora por vez primera en el propio Código Penal, repartidos entre los arts. 127 bis, quater, quinquies y sexies. Como señala NIEBLA FENOLL, ello es legítimo, pero en ningún caso debiera limitar el principio de libre valoración de la prueba que rige el proceso penal ya que ello nos llevaría de nuevo al terreno de la prueba legal o tasada y, con ello, a automatismos arbitrarios, felizmente superados.

En concreto, el código penal recoge un *numerus apertus* de indicios sobre el origen ilícito de un patrimonio, tanto en relación al reo (art. 127 bis y quinquies del CP)⁸⁷, como en relación a un tercero (art. 127 quater)⁸⁸. Por otro lado, el art. 127 quinquies (2) del CP, impone requisitos más duros cuando se trata de acreditar la actividad económica previa relacionada con el delito, exigiendo que exista un delito continuado con al menos tres condenas previas por delito del que se derive beneficio económico, o bien dos condenas previas de la misma naturaleza en el periodo previo de seis años, o una sola por delito continuado que incluya dos infracciones penales de las que se derive beneficio económico. Con ello la regulación del decomiso se hace innecesariamente compleja, recurre a términos o categorías sumamente imprecisos, particularmente desaconsejables en Derecho Penal, como «paraísos fiscales»⁸⁹, «persona diligente», o de difícil apreciación como es el caso de la expresión “operaciones que carezcan de una justificación legal o económica válida”, o bien de difícil localización en no pocas ocasiones “personas o entes interpuestos”.

iv.3.3.7.- El decomiso por valor equivalente en fase de ejecución del art. 127 septies CP.

El decomiso por valor equivalente en fase de ejecución transpone el contenido del artículo 9 de la Directiva 2014/42/UE en el que se prevé “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para detectar y localizar los bienes que deban ser objeto de embargo y de decomiso, incluso después de la sentencia condenatoria firme por una infracción penal o de resultas del procedimiento en aplicación del artículo 4, apartado 2 (decomiso no basado en condena), y garantizar la ejecución efectiva de la resolución de decomiso, de haberse emitido ya esta*”. El artículo 127 septies contempla una situación de ejecución fallida del decomiso «*Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte*», debido a diversas circunstancias «*a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se*

⁸⁷ Desproporción entre valor del patrimonio e ingresos lícitos; utilización de personas interpuestas; utilización de paraísos fiscales y las operaciones de ingeniería financiera sin justificación jurídica o económica.

⁸⁸ Conocimiento de la adquisición derivada de la actividad ilícita (en relación a efectos y ganancias); que una persona diligente hubiera podido sospechar el origen ilícito (en relación a efectos y ganancias) y la conciencia del tercero —o de una persona diligente— de la dificultación del decomiso (en relación a otros bienes).

⁸⁹ Si bien los países y territorios a los que actualmente cabe atribuir el carácter de Paraíso fiscal son los que se reflejan en el artículo 1 del RD 1080/1991 y aparecen listados en el Informe de 23 de diciembre de 2014 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Además, existe una lista elaborada por la OCDE en junio del año 2000 incluyendo 31 países y se ha ido actualizando en diversas ocasiones e incluso la Comisión Europea ha publicado en junio de 2015 una lista negra paneuropea de paraísos fiscales

trate, o por cualquier otra circunstancia», que la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015 ilustra con diversos ejemplos “(porque no es posible localizarlos, se encuentran fuera del alcance de los tribunales, han sido destruidos, se ha disminuido su valor con relación al que tenían cuando fueron incorporados al patrimonio del sujeto,...)”. A tal fin, se establece la posibilidad de decomiso, para que el juez o tribunal, en la fase de ejecución de la sentencia, mediante auto, acuerde el decomiso de otros bienes, “*incluso de origen lícito*”, pertenecientes a los criminalmente responsables del hecho “*por un valor equivalente al de la parte no ejecutada*” del decomiso inicialmente acordado. Es decir se trata de un nuevo decomiso que parte de un decomiso ya decretado en la sentencia firme sobre unos bienes determinados y ante la imposibilidad de su ejecución. El Juzgado de lo Penal o la Sala de la Audiencia podrá dictar un auto acordando un nuevo decomiso sobre bienes (incluso de origen lícito) distintos sobre los que inicialmente se acordaron. “*De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*»

En relación al momento de la fase de ejecución no se menciona plazo alguno desde la firmeza de la sentencia que acordaba el primer decomiso, pero teniendo en cuenta que en la Sentencia de 1 de febrero de 2005, caso *Crowther vs. Reino Unido*, el TEDH declaró la violación del art. 6.1 CEDH en el que se consagra el derecho de toda persona a que “*su causa sea oída ... dentro de un plazo razonable*”, al haber transcurrido cuatro años desde que se dictó la sentencia en la que se acordaba el comiso, sin que en ese lapso de tiempo se hubiese acordado ninguna medida al respecto por parte de las autoridades correspondientes, parece razonable que dicha decisión no podrá dilatarse de manera injustificada durante años, por lo que, de acuerdo con el artículo 4 del EOMF los Fiscales deberían estimular oportunamente la aplicación de este artículo en casos de decomisos fallidos.

iv.3.4.- Retroactividad del decomiso.

Partiendo de su naturaleza eminentemente sustantiva, pero teniendo en cuenta su naturaleza híbrida y relación de accesoriedad con la pena, la retroactividad del decomiso puede plantearse de distinta manera. Por un lado, si se da prioridad a su condición de consecuencia accesoria de la pena y, por lo tanto a su carácter sancionador, debería regir el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable de manera similar a las penas, de manera que habría que estar a la ley vigente en el momento de producirse los hechos. Por otro lado, si se considera que su naturaleza civil es preferente, se podría plantear su aplicación retroactiva de la nueva regulación con independencia del momento en que se comentan los hechos a los que da lugar su aplicación.

La L.O. 1/2015 en su disposición transitoria primera declara la regla general de la irretroactividad de la ley penal, mientras que en las transitorias segunda y tercera fija las excepciones precisamente en relación con aspectos procesales. Por ello, cabría pensar que si el legislador hubiera querido una aplicación retroactiva específicamente aplicable a la institución del decomiso, lo hubiera declarado expresamente en una transitoria referida a los arts. 127 bis a octies del CP. Por ello, considerando además la implicación de derechos fundamentales y su naturaleza sancionadora debemos concluir sensatamente la irretroactividad del decomiso en términos generales. Como quiera que la regulación introducida en la L.O. 1/2015 es novedosa, pero que la L.O. 5/2010 ya preveía el decomiso directo, y el decomiso ampliado (bienes procedentes de otras actividades delictivas), así como el decomiso no basado en condena (para casos en que el responsable no puede ser condenado por fallecimiento o extinción de la responsabilidad) y el decomiso de tercero (cuando se han puesto los bienes a nombre de otras personas), teniendo en cuenta que en estos supuestos, la reforma de la LO 1/2015 supone una redacción más precisa y extensa, que aporta seguridad jurídica y la introducción de una reglas de interpretación que facilitan su aplicación debemos distinguir. Cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (1 de julio de 2015), y estemos en presencia de nuevas situaciones desconocidas para el sujeto pasivo o imprevisibles, no es posible aplicar

retroactivamente los nuevos supuestos de decomiso. Me estoy refiriendo al decomiso ampliado respecto de delitos que no sean terrorismo y delincuencia organizada o en supuesto específico de actividad delictiva previa continuada. Tampoco se podría aplicar el decomiso no basado en condena a supuestos de enfermedad crónica o rebeldía que impidan el enjuiciamiento anteriores a 1 de julio de 2015 o el decomiso al tercero de un valor equivalente cuando no pueda decomisarse el bien.

Es decir, hay que ver caso por caso, y comprobar si se puede aplicar retroactivamente el decomiso ampliado, sin sentencia o de tercero, si coincidieran con la regulación ya existente y, por tanto, en su versión conocida más acotada. En estos supuestos, sí que podrán tomarse en consideración las reglas interpretativas del catálogo de presunciones legales recogidas en los nuevos tipos. A esta conclusión se llega al analizar la naturaleza de las presunciones legales que, aunque se han incluido en el CP como parte sustantiva, en realidad son reglas de interpretación y por ello tienen una naturaleza más próxima a lo procesal.

5. Novedades procesales en materia de decomiso: el nuevo procedimiento de decomiso autónomo

Igualmente basado en el art. 10 de la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, que imponía a los Estados miembros articular cauces para su implementación, que permitan “*la efectividad de las nuevas figuras de decomiso*”, e apartado (2) de dicho art. reclamaba de los Estados miembros que garanticen la venta anticipada o transferencia de los bienes en caso necesario y el apartado (3) que exploraran las posibilidades de utilización de los bienes decomisados con fines de interés público o con fines sociales.

De manera paralela y complementaria a la referencia del nuevo artículo 127 octies (2) del CP a estos aspectos procesales del decomiso: «*(...) 2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos*», la propia L.O. 1/2015 realiza una actualización de la normativa procesal vigente mediante la reforma de la LECrim, realizada a través de su disposición final segunda, que reforma los artículos 367 quater y quinquies (venta anticipada y realización) y 367 sexies (utilización provisional).

v.1.- Reforma de la venta, utilización provisional y realización de efectos judiciales.

v.1.1.- Venta anticipada (art. 367 quater de la LECrim.)

Nuestro ordenamiento carece de una regulación completa y consistente sobre el tratamiento de los bienes incautados en el proceso penal. Con ocasión de la transposición de la Decisión marco 2003/577/JAI, la Ley 18/2006, de 25 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de prueba en los procesos penales, se introdujo en la LECrim el Capítulo II bis en el Título V del Libro II, sobre destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales, a fin de agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales. Pese a ello, las normas dispersas contenidas en nuestra obsoleta LECrim, se remiten a la legislación civil en su art. 614, experimentando continuos remiendos para adaptarla a las exigencias normativas europeas.

Partiendo de regla general de la regla general de conservación de los bienes a lo largo del proceso y de la normativa existente en la materia⁹⁰, destacaré brevemente las modificaciones in-

⁹⁰ La Circular de la FGE nº 2/2005, en relación a la regla general de la conservación de los bienes a lo largo del proceso, recordaba que “*entre otras razones porque (...), debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna*”, señalando que la excepción será, por tanto, la enajenación en los casos previstos en la ley, incluyendo el art. 5 del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de las piezas de convicción, el art. 7.1.b) de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando y el mencionado Capítulo II bis del Título V del Libro II de la LECrim reformado por Ley 18/2006, de 5 de junio, que introdujo la posible enajenación anticipada en su artículo 367 quáter, cuando los efectos judiciales sean perecederos, cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al

troducidas en relación con la venta anticipada por La L.O. 1/2015. Concretamente, se ha modificado el número 2 del artículo 367 quater: «*2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la oficina de gestión de bienes decomisados, y previa audiencia del interesado, acordará la realización de los efectos judiciales, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Esté pendiente de resolución el recurso interpuesto por el interesado contra el embargo o decomiso de los bienes o efectos. c) La medida pueda resultar desproporcionada, a la vista de los efectos que pudiera suponer para el interesado y, especialmente, de la mayor o menor relevancia de los indicios en que se hubiera fundado la resolución cautelar de decomiso.*

Por lo tanto, se limita la legitimación activa al Ministerio Fiscal y a la nueva Oficina de Gestión y Recuperación de Activos (ORGÁ), sin que se entienda bien la referencia a la misma, al no ser parte en el procedimiento penal, pudiendo ejercer el papel de intermediario entre el Juzgado o Tribunal y esta oficina de auxilio judicial la propia Fiscalía. La previa audiencia del interesado preserva el principio de contradicción y sirve para calibrar mejor la necesidad de esta excepción al principio de conservación de los efectos judiciales.

Por otro lado, se limitan al mínimo los motivos de denegación, que finalmente se reducen a dos, habiéndose suprimido como motivo que “*Los efectos deban ser conservados como piezas de convicción para su posible utilización en el juicio como medios de prueba*”, incluidos en el texto del anteproyecto de ley, seguramente al considerarlo inmerso en el motivo basado en la pendencia del recurso. La definición amplia de los bienes que pueden ser objeto de embargo y decomiso, hace que la cualidad de bien embargable para asegurar un eventual decomiso puede coincidir con el de material probatorio. Por ello, hubieran sido recomendable mantener este motivo de denegación. En ese sentido, el considerando (28) de la Directiva 2014/42/UE recuerda que “*Las medidas de embargo se entienden sin perjuicio de que un bien específico pueda ser considerado como un elemento de prueba a lo largo del procedimiento, en la medida en que esté finalmente disponible para la ejecución efectiva de la resolución de decomiso.*”. Sin duda, “*a lo largo del procedimiento*” (incluyendo la segunda instancia), se deberían conservar los bienes que tengan la condición de prueba, a fin de que igualmente sirva a su finalidad probatoria. Además debe tenerse en cuenta que el recurso de reforma no tiene carácter suspensivo, pero un recurso de apelación si podría concurrir dicho efecto, si se tramita en un solo efecto. Evidentemente la inmensa mayoría de las solicitudes de venta anticipada se producirán durante el embargo preventivo, principalmente en la fase previa al juicio oral, pero la preservación de material probatorio se extiende a la segunda instancia ya que ante los Tribunales de Apelación también puede ser practicada la prueba asegurada cuando el material participe igualmente de la condición de bien decomisable, ya que el decomiso supone la existencia de una sentencia cuya firmeza aún no ha sido declarada.

El principio de proporcionalidad es clave en materia de decomiso, por lo que concretar la misma en los perjuicios (mejor que repetir la palabra efectos en este precepto ya que está asociada al concepto de efectos judiciales legalmente interpretado en el artículo 367 bis) que puede suponer para el afectado por dicha venta anticipada es una previsión acertada. Por otro lado, la referencia a la revisión de los indicios que han justificado el aseguramiento de los bienes cuya venta se plantea, parece que refiere más al déficit de motivación de la resolución cautelar de embargo (mejor que la referencia al decomiso que por la propia definición la privación definitiva del bien incompatible con la expresión “resolución cautelar de decomiso” empleada por el nuevo artículo).

Por último, se ha modificado el número 3 del artículo 367 quater: “*No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su realización no podrá llevarse*

valor del objeto en sí, y cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera.” Dicha autorización consiste en realidad en una solicitud de la venta anticipada del bien embargado por parte de la autoridad de emisión realizada mediante una simple comunicación escrita o carta firmada, ya que la orden de embargo ya fue emitida mediante la cumplimentación y remisión del correspondiente certificado (formulario publicado por el DOUE anexo a la Decisión marco 2003/577/JAI), junto con copia de la resolución judicial de embargo preventivo y, lógicamente, objeto de reconocimiento y ejecución a nivel nacional por auto dictado por el Juez de Instrucción, previo informe del Fiscal, en base a lo establecido en el art. 154 de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE a nivel nacional. En ese sentido, el art. 154 (2) de dicha ley establece que “*previa consulta a la autoridad de emisión, la autoridad española competente, de conformidad con las normas procesales nacionales, podrá imponer condiciones, adecuadas a las circunstancias del caso, para limitar la duración o modificar la medida de que se trate, incluyendo la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales. Si, de conformidad con esas condiciones, se propusiera dejar sin efecto o modificar la medida, lo comunicará inmediatamente a la autoridad de emisión, para que exponga lo que estime oportuno.*” Teniendo en cuenta esta previsión y el ámbito de aplicación de la ley 23/2014, considero que el art. 367 quater (3) de la LECrim. Debería, desde el punto de vista de la adecuada sistemática normativa, haberse incluido esta ley en vez de en la LECr, al referirse a un “*acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*”. En su lugar, teniendo en cuenta el ámbito más general y meno específico de la LECrim podría cubrir la laguna legal existente en nuestra legislación procesal y recoger idéntica previsión respecto de los bienes embargados cautelarmente en base a la ejecución de solicitudes de asistencia mutua, es decir comisiones rogatorias, que no se rigen por la normativa específica de reconocimiento mutuo, pero que respecto de las cuales la venta anticipada es una medida igualmente recomendable, cuando existiere solicitud de la autoridad judicial requirente, dado que al no estar legalmente previsto en nuestra legislación procesal nos encontramos con una laguna legal de difícil cobertura en base a la analogía. Resulta particularmente incomprensible que la L.O. 1/2015 no haya incluido esta previsión cuando, precisamente en su disposición final 4^a, sí que modifica la mencionada Ley 23/2014, de 20 de noviembre, para añadirle una disposición adicional 4^a sobre ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados pertenecientes a la UE, asimilando los criterios de distribución y reparto del producto del decomiso entre Estados de la UE (por mitad a partir de 10.000 euros) a dichas solicitudes.

vi.1.2. - Realización de efectos judiciales. El apartado 3 del artículo 367 quinque establece: “*La realización de los efectos judiciales se llevará a cabo conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se concederá audiencia al Ministerio Fiscal y a los interesados.*

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.”

El procedimiento reglamentario de la realización de efectos está previsto en los artículos 11 y 13 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la ORGA, siendo dicho régimen aplicable, de acuerdo con su disposición transitoria segunda, a iniciativa de la propia ORGA y previa autorización del juez o tribunal competente, *asumir la gestión y realización de bienes embargados y decomisados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto cuando así resulte conveniente en atención a la naturaleza o especiales circunstancias de los bienes*, por lo que la ORGA es la que se encargaría de la realización prevista en el art. 367 quinque mediante, a) entrega a entidades sin ánimo de lucro o Administraciones Públicas, b) por medio de persona o entidad especializada o c) subasta pública, de acuerdo con las normas de la LEC.

El trámite de audiencia para la realización del bien tras la firmeza de la resolución de decomiso solo cabe entenderlo, si se considera que el interesado pueda recuperar el efecto abonando su valor directamente. Sería más realista con la realidad forense, sin perjuicio de la debida contradicción, que se modifique el trámite de audiencia del interesado, por un mero trámite de informe, dejando al Juez o tribunal, la valoración de la necesidad de la audiencia en casos excepcionales.

La asignación definitiva del producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a la ORGA y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales me parece un acierto histórico, si bien exige dotar de autonomía presupuestaria a la Fiscalía.

La referencia Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, (ley 23/2014 de 20 de noviembre), en caso de *“realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera”* debe ser entendida a un bien decomisado ya que si estuviere embargado sería un supuesto de venta anticipada del art. 367 quater, por lo que la redacción es defectuosa. Por otro lado, hay que distinguir dos ámbitos de aplicación:

1º.- Cuando se trate de una ejecución de una orden de decomiso emitida por una autoridad de la UE, en cuyo caso la referencia se ha de entender hecha al artículo 172 de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, que regula la disposición de los bienes decomisados, por el Juez de lo Penal competente⁹¹ que dispondrá del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo que reproduce los criterios de disposición de bienes decomisados del art. 16 la Decisión marco 2006/786/JAI, basado en el reparto por mitad entre los Estados afectados a partir de 10.000 euros.

2º.- Cuando se trate de una ejecución de una orden de decomiso emitida por una autoridad de un tercer Estado no perteneciente a la UE, en cuyo caso la referencia se ha de entender hecha a la disposición adicional 4^a de la ley 23/2014, de 20 de noviembre (introducida por la disposición final 4^a de la L.O. 1/2015), que regula la Ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros de la UE, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es el órgano judicial competente, de conformidad con el art. 65.2 de la LOPJ, que centraliza las competencias de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Dicha norma y la dispersión competencial inherente a la misma genera no pocas confusiones, como hemos podido comprobar desde Eurojust, particularmente en las autoridades judiciales del Espacio Schengen que pueden transmitir sus solicitudes directamente en base al art. 53 (1) del CAAS, también en nuestros propios jueces y fiscales. En el mismo sentido, el propio legislador parece no tener muy claro esta particular regla competencial, cuando en la DA4^a, incomprensiblemente menciona la posibilidad de que la ejecución de la resolución judicial de decomiso de bienes, valores o efectos que se hallen en España, emitida por la autoridad de un tercer Estado pueda acordarse indistintamente “por

⁹¹ El artículo 158 (2) de la Ley 23/2014, establece que *“Es autoridad competente para reconocer y ejecutar la resolución de decomiso el Juez de lo Penal del lugar donde se encuentre cualquiera de los bienes objeto de decomiso.”*

*los jueces o tribunales españoles*⁹². La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por tanto, también dispondrá del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso en base al criterio de reparto por mitad entre España y el tercer Estado a partir de 10.000 euros.

Como quiera que el legislador hace referencia a la autoridad judicial extranjera, habiendo incluido simultáneamente la norma anterior en la ley 23/2014 mediante una disposición final de la LO 1/2015, por la que se extienden los criterios vigentes en la Unión Europea en materia de distribución o reparto del productos del decomiso (excluyendo las cantidades en concepto de indemnización) por partes iguales entre los Estados afectados, la referencia que hace el último párrafo del art. 367 quinquies a la *“Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”* debe comprender la disposición adicional cuarta reproducida.

v.1.3.- La utilización provisional del Artículo 367 sexies de la LECrim.

El régimen legal de la utilización provisional de los bienes embargados con vistas a un ulterior decomiso, se remite a las circunstancias de la realización anticipada, teniendo igualmente carácter alternativo a dicha aplicación, siempre que se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público. Cuando concurren los supuestos previstos, el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la ORGA, y previa audiencia del interesado, autorizará la utilización provisional de los efectos judiciales, salvo que concurra alguna de las circunstancias ya comentadas del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 367 quater de la LECrim.

Por último, el art. 367 sexies (3) establece la competencia de la ORGA resolver, conforme a lo previsto legal y reglamentariamente, sobre la adjudicación del uso de los efectos decomisados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas. La oficina informará al juez o tribunal, y al Fiscal, de lo que hubiera acordado.

v.2.- El nuevo procedimiento de decomiso autónomo.

v.2.1.- Planteamiento.

La nueva ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, en el apartado III de su Preámbulo justifica el establecimiento de este nuevo procedimiento de decomiso autónomo en la Directiva 2014/42/UE, ya que la misma impone a los Estados miembros la obligación de establecer cauces para su implementación, que permitan *“la efectividad de las nuevas figuras de decomiso”* que la misma crea. Singularmente el nuevo proceso de decomiso autónomo responde a la necesidad de articular un cauce procesal que permita el decomiso de los bienes procedentes del delito pertenecientes a una persona que no haya podido ser juzgada⁹³. Es decir, en los supuestos de la remozada modalidad de decomiso no basado en condena previsto en el artículo 127 ter del CP.

La idea de *“instaurar y regular el procedimiento de decomiso autónomo”*, mereció una valoración positiva del CGPJ en su Informe de 12 de enero de 2015 al anteproyecto de ley, *“ya no*

⁹² Pese a que el Auto de 19 de Julio de 2010 dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en relación con la orden de confiscación de los bienes dictada por un Tribunal de Nueva York mantuvo dicho criterio de competencia incluso respecto de resoluciones judiciales *post-conviction* que separadamente de la sentencia declaraban la confiscación de bienes procedentes de delito en un delito de blanqueo de capitales en base al art. 65.2. de la LOPJ que establece la competencia de dicha Sala de lo Penal respecto: *“De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal”*. Sin que su redacción haya cambiado tras la ley 23/2014, por lo que no se ha producido la atribución por ley de esta competencia a *“otro órgano jurisdiccional penal”*, siendo únicamente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (y no otros jueces o tribunales) la competente para conocer del reconocimiento de las órdenes de confiscación y su ejecución solicitada en una comisión rogatoria emitida por una autoridad judicial de un tercer Estado y no en base a un instrumento de reconocimiento mutuo.

⁹³ En artículo 4 (2) de la Directiva establece *“En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos (...)”*.

solo porque con ello se cumple la obligación de transposición de la norma del Derecho de la Unión, sino especialmente porque se articula el cauce procesal a través del cual, en el marco impuesto por esta, se posibilita la afección de los bienes, efectos e instrumentos del delito, así como de su valor, a la finalidad del decomiso y se posibilita este mismo, no solo circunscrito a los casos de ausencia del sujeto pasivo (...), sino también fuera de tales casos, como un eficaz instrumento de lucha contra la delincuencia, especialmente organizada, (...), presentándose también como un eficaz remedio para evitar el aprovechamiento del resultado de la actividad delictiva, todo ello dentro de un marco de garantías procesales que satisfagan el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo”.

v.2.2.- Aspectos destacables de este nuevo proceso especial y propuestas de *lege ferenda*.

Compartiendo dicha valoración positiva y considerando este procedimiento especial como un gran acierto en cuanto al concepto y propósito al que responde, así como su planteamiento de base, considero que uno de sus aspectos más destacables es el papel protagonista que otorga al Ministerio Fiscal, tanto como impulsor y dinamizador del mismo, con monopolio del ejercicio de la acción (art. 803 ter h), así como líder de la investigación financiera (art. 803 ter q) necesaria para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona demandada (*en base a sus facultades de investigación pre-judicial*), por sí mismo o a través de la ORGA, otras autoridades o la Policía Judicial. En ese sentido, se echa en falta que el reconocimiento de tan relevantes competencias no se explote en todas sus posibilidades y no vaya acompañado de la posibilidad de acordar provisionalmente y con carácter de urgencia el embargo cautelar de bienes identificados con vistas al posterior decomiso, tal y como prevé la Directiva 2014/42/UE implementada en el art. 7 (1) “*in fine*”, cuando entre las medidas necesarias para el embargo establece: “*se incluirán las actuaciones urgentes que haya que emprender, cuando sea necesario, para asegurar el bien.*” Ello hubiera permitido al Ministerio Fiscal, no solo solicitar en la demanda decomiso autónomo la adopción el embargo cautelar de bienes destinados al decomiso (artículo 803 ter l, (1), h) y (2), 1º), sino también poder asegurar que activos identificados en base a sus facultades de investigación, que estuvieren en riesgo inminente de pérdida o disposición, reconociendo una tan lógica como razonable y necesaria ampliación de competencias funcionales de los fiscales, que en línea con sus nuevas responsabilidades de investigación financiera, garantizare la eficacia necesaria en el aseguramiento de los activos localizados, como ya está generalizado en todos los Estados de la UE e incluso previsto y permitido en nuestra legislación tributaria y laboral respecto de los funcionarios correspondientes⁹⁴.

Por otro lado, como destaca el Preámbulo de la ley 41/2015, las funciones investigadoras del Fiscal, “*sin detrimento de las funciones investigadoras de éste en la fase prejudicial*”, se desplegarán en “*la fase de ejecución de los bienes decomisados*”, es decir la fase de ejecución de la condena. Tal vez, hubiera sido recomendable añadir un nuevo párrafo al art. 898 de la LECrim que incluya la investigación financiera post-sentencia con fines de decomiso, junto a la prevista ejecución provisional patrimonial en ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito, a fin de favorecer la compatibilidad de ambas investigaciones en relación a las mismas personas y procedimientos principales y evitar duplicidades y solapamientos.

⁹⁴ La Sección IV del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, bajo el título “*Obtención de información, facultades y adopción de medidas cautelares en la gestión recaudatoria*” regula en el art 10 las facultades de los órganos de recaudación: 1. Los funcionarios que desempeñen funciones de recaudación serán considerados agentes de la autoridad (...) podrán adoptar las medidas cautelares recogidas en el artículo 146 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, previstas para el procedimiento de inspección. 2. Las funcionarios que desempeñen funciones de recaudación podrán realizar actuaciones de obtención de información previstas en los artículos 93 y 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Igualmente, en materia de Seguridad Social ver Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

v.2.3.- Objeto y ámbito material.

Si nos atenemos a la Exposición de Motivos de la ley 41/2015, el decomiso autónomo parece confinado a los supuestos del art. 127 ter CP, es decir, la rebeldía, muerte, enfermedad o exención de la responsabilidad criminal del reo. Por el contrario el articulado de la ley, concretamente el art. 803 ter e) LECrim se refiere al ejercicio de la nueva acción de decomiso autónomo en dos supuestos:

- cuando el Fiscal pida genéricamente en su escrito de acusación el decomiso de bienes, reservando expresamente la determinación de los mismos para el procedimiento autónomo de decomiso, *en cuyo caso el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme*. Normalmente, se tratará de supuestos en que sea compleja la determinación de los terceros propietarios del patrimonio delictual y el fiscal hubiere reservado la determinación del decomiso
- En los casos de decomiso no basado en condena, si bien el art. 803 ter e (2), b) se limita a referirse a los casos de fallecimiento del imputado o acusado o cuando no pueda ser enjuiciado *“por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio”*.

Dicha redacción es más limitada que la inicialmente prevista, que se remitía a los artículos 127 bis, 127 ter y 127 quater del Código Penal, referidos también al decomiso ampliado y al decomiso de terceros. Incluso si nos limitamos al decomiso no basado en condena previsto en el art. 127 ter, nos encontramos que el objeto del procedimiento de decomiso autónomo es más restringido ya que no menciona los supuestos genéricos de extinción y exención de responsabilidad penal del art. 127 (1) c) del Código Penal, que incluiría los previstos en los arts. 130 y 20 CP, respectivamente, cuando fueren de aplicación. Restringiendo su ámbito de aplicación, se ha procurado evitar el riesgo de que se termine convirtiendo en una alternativa al proceso penal, como ocurre en otros Estados miembros, tal y como señalaba el Informe al anteproyecto de ley del CGPJ de enero de 2015. De ese modo, el proceso de decomiso autónomo se concibe y regula *“para que entre en funcionamiento solo cuando el procedimiento penal no pueda desarrollarse con normalidad ni terminar con una sentencia que resuelva simultáneamente sobre la responsabilidad penal y el decomiso”*. Es decir, el procedimiento de decomiso autónomo debe evitarse cuando sea posible resolver su objeto en el propio proceso penal. Solo razones de economía procesal y evitar que la determinación de los bienes puedan demorar el procedimiento, justificaría la reserva de la acción por el Fiscal. Esta posibilidad, sin duda agilizará los procedimientos penales, pero no debería implicar, en ningún caso, que se difieran las investigaciones financiero criminales y la adopción de medidas cautelares, sino que como destaca el art. 127 octies (1) del CP *“A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.”*

v.2.4.- Órganos jurisdiccionales competentes.

Como señala NIEBLA FENOLL, hubiera sido mejor que se hubiera encargado de este procedimiento el juez que se estuviese ocupando de la instrucción, al menos en los supuestos de rebeldía y enfermedad, puesto que en caso de que el reo apareciese o finalmente sanase, el juez de enjuiciamiento que se encargó del procedimiento de decomiso autónomo debiera quedar apartado del juicio oral (art. 219.11 LOPJ), toda vez que tomó contacto con los hechos del proceso y, de hecho, tuvo que partir de su carácter delictivo. Sin embargo, es posible que el legislador haya querido apartar al instructor de este procedimiento precisamente por la misma razón: para que quien instruye no juzgue, aunque sea indirectamente, el caso⁹⁵. Por consi-

⁹⁵ El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios Jordi NIEVA FENOLL. Catedrático de Derecho procesal. Universitat de Barcelona. Diario La Ley, Nº 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015, Ref. D-322, Editorial LA LEY.

guiente, el art. 803 ter f de la LECrim declara la competencia para el conocimiento del procedimiento de decomiso autónomo respecto del:

a) Juez de lo Penal o Tribunal que hubiera dictado la sentencia firme, cuando el fiscal se haya reservado el ejercicio de esta acción al tiempo de la acusación. En este caso, siempre existirá una sentencia condenatoria firme, puesto que de lo contrario, sería imposible iniciar siquiera el procedimiento autónomo [art. 803 ter (3) LECrim.].

b) Juez o Tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida. Es decir, el Juez de Instrucción o Juez Central de Instrucción, si el demandado fuera un “*imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad*” [art. 127 ter (2) CP] o el Juez de lo Penal, Juez Central de lo Penal o la Sala ante la que el demandado hubiera sido “*formalmente acusado*” [art. 127 ter (2) CP], teniendo en cuenta el estado de tramitación de la causa penal suspendida. Por lo tanto, se refiere a declaraciones de rebeldía durante la fase de instrucción, en las que el juez de instrucción dictará, a su finalización, auto de suspensión de la instrucción, (art. 840 LECrim.). Igualmente se refiere a los supuestos en los que el imputado enferma durante la instrucción de manera que no pudiese seguir las actuaciones (normalmente por salud mental), y se dicta auto de archivo (art. 383 LECrim.). Caso de concurrir una exención de la responsabilidad criminal, se dictará normalmente, como ocurre en el procedimiento abreviado, auto de sobreseimiento libre (art. 637.3 LECrim.).

En cualquier caso, el decomiso no basado en condena no se puede utilizar respecto de meros sospechosos, no obstante la redacción del art. 4 (2) de la Directiva 2014/42/UE, sino que han de concurrir indicios racionales de criminalidad que den lugar, al menos, a su imputación judicial.

c) el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento cuando esta fase no se hubiera iniciado, en las circunstancias previstas en el artículo 803 ter e LECrim. Entiendo que se refiere al inicio de la fase de enjuiciamiento, ya que el procedimiento penal sí que se debió iniciar, al menos para acumular suficientes indicios para considerar al mero sospechoso como imputado o acusado. Por lo tanto, se refiere a los casos en los que la rebeldía acaeció durante el juicio oral, se suspenda el procedimiento y se dicte auto de archivo por el Juzgado de lo Penal o la Sala, dependiendo de si la pena prevista es 5 años de prisión o superior (art. 841 LECrim.). Igualmente se refiere a los supuestos en los que el imputado enferma durante el juicio oral (arts. 746.5 y 749 LECrim.). Si existe exención de la responsabilidad criminal, se dictará normalmente, como ocurrirá en el procedimiento abreviado, auto de sobreseimiento libre (art. 637.3 LECrim.), en el que se abre siempre juicio oral para determinar las medidas de seguridad (art. 782.1 LECrim.), aunque si fuera apreciada en el juicio oral, daría lugar a una sentencia absolutoria.

v.2.5.- Aspectos procedimentales.

v.2.5. a) En cuanto a las partes, el art. 803 ter h) LECrim. se refiere a la “*exclusividad del ministerio fiscal en el ejercicio de la acción*”, lo que es coherente con el destino de lo decomisado es la destrucción o el erario público. Como partes pasivas, el reo incapaz y el reo rebelde [art. 803 ter k)] son dos casos particulares. El primero se regirá por lo dispuesto en la LEC, es decir, comparecerá a través de representante (art. 7.2 LEC), y si no lo tuviere, mediante un defensor judicial (art. 8 LEC). Como quiera que a falta de defensor judicial, el art. 8 LEC confiere la representación al propio Ministerio Fiscal, nos encontraremos que el Fiscal sería parte demandante y demandada, por lo que habrá que suspender el procedimiento autónomo hasta que se cubra dicho nombramiento. Por otro lado, en los supuestos de demandado rebelde la defensa y representación se le confieren a un abogado y procurador de oficio, lo que dará lugar a situaciones procesales más ficticias o artificiales que reales. Por último, el art. 803 ter o) hace una referencia a la identificación de los perjudicados en la sentencia de decomiso en el sentido igualmente previsto por el art. 792 de la LECr de acuerdo con la Directiva 2012/29 / UE, de 25 de octubre de 2012.

v.2.5. b) Respecto del procedimiento propiamente dicho, destaca el Preámbulo de la ley 41/2015 que el legislador ha optado por la “seguridad jurídica” de remitirse al procedimiento

verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se han incluido, no obstante, las especialidades propias del procedimiento en el articulado y un sistema de recursos basado en el procedimiento abreviado. En ese sentido, se crea un nuevo proceso declarativo, pero inmediatamente dirigido a la ejecución, articulado en torno a una demanda, con el contenido establecido en el artículo 803 ter l) y una contestación de contenido correlativo, para desembocar, previa decisión sobre las medidas cautelares solicitadas y previa resolución de la prueba propuesta, en una vista que se ajustará a los trámites del juicio ordinario establecidos en el artículo 433 de la LEC. Si el demandado no presenta contestación el juez acordará el decomiso.

Como señalaba el Informe del CGPJ de enero de 2015, se trata de un procedimiento que tiene como núcleo la vista sin que exista la oportunidad real de planificar una auténtica actividad probatoria que en muchos casos será muy compleja. Por ello sugería contemplar un trámite intermedio similar a la audiencia previa del juicio ordinario, de manera que se permitiera dar respuesta en la vista a aquellas excepciones y cuestiones procesales suscitadas y, en general, a las previstas en el artículo 443 LEC, respecto de las que, en otro caso, no habría ocasión de pronunciarse. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que este procedimiento será legatario de la investigación financiero-patrimonial iniciada en la fase de instrucción de las medidas cautelares reales ya adoptadas. En ese sentido, estamos ante un procedimiento, que en realidad, no es más que una pieza separada, un incidente si se quiere, de un proceso penal que se tramita por separado para no entorpecerlo, pero que en puridad habría que acumular al proceso penal. En consecuencia, pese a su remisión a la LEC, se trata de un procedimiento es íntegramente penal.

v.2.5 c) El derecho a los recursos que establece el artículo 8 de la Directiva 2014/42 se recoge en el artículo 803 ter r) que establece que *“Son aplicables en el procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado”*, si bien el artículo 803 ter n. LEcRim en relación con la resolución sobre prueba y vista establece que el juez resolverá sobre la prueba propuesta por auto, en el que señalará fecha y hora para la vista de acuerdo a las reglas generales y que esta resolución no será recurrible, aunque la solicitud de prueba podrá reiterarse en el juicio.

v.2.5 d).- La solicitud de medidas cautelares se resuelve inaudita parte (artículo 803 ter l (2) 1º y (3) LEcRim) y solo da lugar a su revisión cuando el legitimado pasivamente se oponga a su adopción, en los términos revistos en los artículos 739 y siguientes de la LEC ya que dicho precepto se vuelve a remitir en bloque a la LEC, concretamente a su Título VI del Libro III *“en lo que no sea contradictorio con las normas establecidas en este capítulo”*.

v.3.- Situaciones de derecho transitorio en relación con los nuevos procedimientos establecidos en la ley 41/2015.

Tanto el procedimiento para la intervención del tercero afectado como el procedimiento de decomiso autónomo, dada su naturaleza procesal, no se verían afectados por la regla de la irretroactividad de la aplicación de la norma, siendo aplicables la normativa vigente en cada caso. Ahora bien, la disposición transitoria única de la ley 41/2015, ha previsto una especialidad en relación con esa regla general del derecho, al disponer que la nueva normativa solo será aplicable a los procedimientos incoados a partir de la entrada en vigor de dicha ley. A sensu contrario, no se aplican a procedimientos ya iniciados antes del 7 de diciembre de 2015 (fecha de la entrada en vigor de acuerdo con la disposición final cuarta).

Al aplicar esta regla a los dos procedimientos referidos, nos encontramos, por un lado, que el incidente o trámite de intervención de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso en el proceso penal [arts. 803 ter a) a d) LEcRim] no se aplicará para casos de delitos que ya se estén investigando. Ahora bien, en realidad la reforma no hace sino llevar a la categoría de ley lo que era ya una práctica forense consolidada en garantía de los derechos e intereses de terceros de buena fe, elevándola con ello a la condición de obligación. Sin embargo, cuando un juez conozca que hay un tercero afectado, podrá (y de hecho lo hará en la mayoría

de los casos) llamarlo al proceso para que se pronuncie en calidad de posible perjudicado, aunque formalmente no sea aplicable la reforma.

Por otro lado, respecto del procedimiento de decomiso autónomo podemos distinguir aquellos supuestos de finalización o suspensión del procedimiento principal, que actuará como requisito de procedibilidad para que opere el decomiso autónomo, por lo que a partir del 7 de diciembre de 2015, podrá instarse el procedimiento de decomiso autónomo respecto de todos los supuestos de personas en ignorado paradero (declaradas rebeldes), a las que se haya declarado la extinción de responsabilidad criminal por fallecimiento o que hayan sido declaradas exentas de responsabilidad criminal o incapacitadas para asistir a juicio o no se haya podido condenar por este motivo.

Por último, en los casos en que el Ministerio Fiscal se haya reservado, por razones de eficacia en el ejercicio de la acción penal, la acción de decomiso, considero que no podrá hacerse esta reserva si el procedimiento principal ya estaba investigándose y solo podrá realizarse en procedimientos penales iniciados con posterioridad al 7 de diciembre de 2015.

v.4.- Breve referencia a la modificación del art. 20 de la Ley Hipotecaria.

El decomiso es, por propia definición una sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional, que tiene como resultado la privación definitiva de bienes y que requiere para su ejecución de la enajenación del bien decomisado. La privación definitiva de bienes tiene efectos eminentemente negativos. Por lo tanto, no se produce como consecuencia del decomiso una transferencia de propiedad o del dominio que dé lugar a un nuevo propietario, sino una mera exclusión o eliminación de la propiedad despatrimonializando a titular. No se trata de una expropiación o confiscación, sino de una mera exclusión-privación. Por ello, en tanto que el decomiso no sea levantado por alguno de los medios legales que puedan dar a ello, se produce privación definitiva de ese bien. Es por ello que, en relación con el decomiso de bienes inmuebles, resultaba incomprensible que no se previera en absoluto el impacto del decomiso en la legislación hipotecaria, pese a que se trata de una figura que incide de manera central en el derecho de propiedad inmobiliaria con la privación del mismo. Increíblemente, nuestro ordenamiento hipotecario no ha integrado una referencia al procedimiento de decomiso en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en relación a la excepción al principio de trato sucesivo que rige la inscripción registral, hasta la ley 41/2015 de 5 de octubre, cuya Disposición final primera modificó dicho artículo 20 de la Ley Hipotecaria para dar cabida a la anotación registral del embargo preventivo y de la prohibición de disponer acordados en los procedimientos de decomiso autónomo⁹⁶. Dicha reforma que es muy bienvenida ya que la falta de mención ocasionaba no pocos problemas con los Registros de la Propiedad⁹⁷.

Como recuerda el Informe del CGPJ de enero de 2013, podría haberse aprovechado para incluir en dicho precepto la previsión de que, junto con el mandamiento dirigido al Registrador, se acompañe simplemente testimonio íntegro del auto por el que se haya adoptado la medida cautelar, que deberá motivar suficientemente el resultado del juicio indiciario sobre el que se basa la afectación del bien cuya titularidad se atribuye indiciariamente al sujeto pasivo y sobre el que recae la medida adoptada, en vez de la situación actual en la que se exigen mandamientos inclusivos de dicha resolución motivada.

⁹⁶ Cuya redacción queda finalmente de la siguiente manera: *“No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento”*.

⁹⁷ A tal fin debe tenerse en cuenta, que el art. 20 LH no es sino aplicación hipotecaria del principio de tutela judicial efectiva y que la anotación preventiva del embargo preventivo derivado de una orden de decomiso, ya sea directo o ampliado, requiere como requisitos inexcusables que la documentación a presentar ante el Registro de la Propiedad refleje que el titular registral haya sido parte en el proceso en el cual se ha adoptado la medida de decomiso. Ej. Si es una sociedad de gananciales o un régimen económico matrimonial similar, deberán haber sido citados ambos en el procedimiento. Si el bien decomisado resulta ser vivienda familiar aunque sólo uno de los cónyuges sea titular del mismo, también deberá haber sido citado en el proceso el otro cónyuge.

Igualmente, hubiera sido más coherente con la regulación contenida en el Código Penal y en la LECr recientemente reformadas, que el art. 20 de la Ley Hipotecaria, igualmente retocado, aludiera al sujeto pasivo, y no “*al encausado*”, ya que el mismo puede estar ya condenado en España o por una autoridad judicial de un Estado miembro.

6. Reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso en el ámbito de la Unión Europea: Ley 23/2014, de 20 noviembre

vi.1.- Antecedentes. La UE aprobó en diciembre de 2000 el “*Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal*”⁹⁸, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica en el seno de la Unión Europea mediante la libre circulación de resoluciones penales (interlocutorias y definitivas), identificando 24 medidas. En su apartado tercero referido a resoluciones definitivas, la medida nº 19 abogaba por “*Estudiar... en particular, si los motivos de denegación de la ejecución de una resolución de confiscación que cita el artículo 18 del Convenio de 1990 resultan todos ellos compatibles con el principio del reconocimiento mutuo*”.

Desde la convicción de que cualquier lucha eficaz contra la delincuencia organizada pasa por neutralizar su capacidad de obtención de beneficios económicos, mediante el seguimiento, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los efectos, instrumentos y productos del delito, la Unión Europea, decidió dar un paso más y tras la Decisión marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, de reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación, decidió, utilizando un símil taurino, “*rematar la faena*”, completando la misma con la Decisión marco, 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, que se basaba en el previo intento armonizador de la Decisión marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, sobre el decomiso de los instrumentos y productos del delito y de bienes relacionados con el delito, tal y como hemos visto anteriormente al repasar el marco legal de la UE.

Debe destacarse que la Decisión marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, ha sido implementada por todos los Estados miembros a excepción de Grecia, Italia, Luxemburgo, Eslovaquia e Irlanda (información actualizada a 6 de octubre de 2015, disponible en la página web de la Red Judicial Europea www.ejn-crimjust.europa.eu)

Dichas normas fueron inicialmente incorporadas a nuestro ordenamiento en la Ley 18/2006, de 5 de Junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la correlativa Ley Orgánica 5/2006 de 5 de Junio, por la que se modificaba la LOPJ, de 1 de Julio, así como por la ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso el decomiso y la LO 3/2010 de modificación de la LOPJ, respectivamente. Posteriormente, a fin de evitar la existente “*dispersión normativa*” y facilitar el mejor “*conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho*” de las leyes de implementación de instrumentos de reconocimiento mutuo, el legislador nacional optó por dar por “*amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria*” y aprobó una ley donde se reunieron “*todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales*”. El resultado fue la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en cuyos títulos VII y VIII se contienen, con algunas modificaciones, las anteriores leyes.

⁹⁸ (2001/C 12/02), publicado en el DOCE el 15 de enero de 2001.

vi.2.- Análisis de la implementación de la Decisión marco 2006/783/JAI en la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

En primer lugar debemos destacar que pese a estar ya publicada la Directiva 2014/42/UE en el DOUE desde el 29 de abril de 2014, es decir siete meses antes de la publicación en el BOE de la ley 23/2014, pese a que dicha Directiva, debiera haber sido la referencia en cualquier revisión o compilación legal en materia de embargo y decomiso, siendo en la paralela y anterior a la tramitación del proyecto de ley *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* que ya se tramitaba en el Parlamento español, la disposición final tercera de la ley no la relaciona listado de instrumentos de normativos del derecho de la Unión incorporados en la ley 23/2014, ni se menciona en su articulado. Por ello, podemos decir que desde su nacimiento, los Títulos VII y VIII de esta ley 23/2014 puede considerarse claramente desfasada en materia de embargo y decomiso. Ello es particularmente relevante, si se tiene en cuenta que la Directiva responde a la necesidad de mejorar las garantías procesales y de homogeneizar y clarificar el perturbador sistema de decomiso ampliado establecido en el art. 3 de la Decisión marco 2005/212/JAI a la que sustituye parcialmente, teniendo en cuenta las dificultades de la correcta implementación de las opciones previstas en dicho precepto y para el reconocimiento y la ejecución transnacional de las órdenes de decomiso. De hecho la remisión que realiza el art. 157 (2), c) de la ley 23/2014 a las resoluciones de decomiso que pueden ser reconocidas en supuestos de decomiso ampliado, por su referencia al artículo 3, apartados 1 y 2, de la Decisión Marco 2005/212/JAI ya derogado, resulta clamorosamente desfasada, al tratarse de una ley publicada a finales de 2014.

Sentado lo anterior, el título VIII de la ley 23/2014 (artículos 157 a 172) contiene las normas en virtud de las cuales las autoridades judiciales españolas deberán transmitir a las autoridades competentes de la Unión Europea o reconocer y ejecutar en su territorio una resolución firme de decomiso impuesta por delito.

vi.2.1- Ámbito de aplicación. El artículo 157 de nuestra ley opta por una definición idéntica de resolución de decomiso a la que se contiene en el artículo 2 de la Decisión Marco que se transpone, *“la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales que tenga como resultado la privación definitiva de bienes...”*. Por otro lado, la ley reproduce la definición de los bienes que pueden ser objeto de decomiso incluyendo los instrumentos o el producto del delito o su equivalente, lo que se compadece con el contenido del art. 127 CP, tanto en su redacción actual como a la anterior basada en la L.O. 5/2010, si bien su referencia al art. 3.2 la Decisión marco 2005/212/JAI, debió ser objeto de reforma en la L.O. 1/2015 ya que supone un evidente obstáculo para el reconocimiento de órdenes de decomiso ampliado procedentes de Estados miembros que hayan actualizado su legislación en esta materia de acuerdo con la Directiva 2014/42/UE, incluyendo la posibilidad de aplicar este decomiso ampliado a bienes y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el listado actualizado de dieciocho delitos que listados en el nuevo artículo 127 bis CP que amplía considerablemente la anterior referencia limitada a delincuencia organizada y terrorismo.

vi.2.2.- Autoridades competentes⁹⁹. El art. 158 de la ley 158/2014 atribuye la competencia activa, a los Jueces o Tribunales penales que conozcan de la ejecución de la sentencia donde se imponga como consecuencia accesoria el decomiso de un bien. La referencia a la sentencia debe incluir obviamente la dictada en el procedimiento de decomiso autónomo de acuerdo con el nuevo art. 803 ter o) de la LECr, en supuestos de decomiso no basado en condena, previsto en el art. 127 ter del CP. Que puede llegar a competir incluso a un Juez de Instrucción, cuando el decomiso afecte a un imputado o incluso a una persona formalmente acusado.

⁹⁹ De acuerdo con el Informe de evaluación de la Comisión de 23.08.2010 COM(2010)428, algunos Estados miembros han designado autoridades judiciales *“strictu sensu”* o al Fiscal competente territorialmente para la emisión y/o ejecución (AT, CZ, IE HU, LV, PL, PT, SI and RO). Pocos Estados miembros la autoridad central ha sido designada como autoridad de emisión/ejecución (FI, Legal Register Centre o DK Ministerio de Justicia).

Por otro lado, el art. 158 (2) y el 166 (1) de la ley 23/2014, mantiene la competencia como autoridad de ejecución del Juzgado de lo Penal del lugar donde se encuentren los bienes objeto de decomiso. La competencia del Juez de Instrucción en relación al embargo preventivo a los Juzgados de Instrucción, obligara a que la adopción de la resolución de decomiso de que se trate suceda, en su caso, a las medidas que sobre los mismos bienes se hubieran acordado en aplicación de un embargo preventivo (167 (2) de la ley 23/2014. Se mantiene, como fuero alternativo, de acuerdo con la Decisión marco y en garantía de la eficacia en la obtención de los bienes, el domicilio del condenado, cuando no pueda concretarse el lugar donde se encuentran los bienes y, en tanto, no se localicen en otro lugar, manteniéndose dicha competencia, no obstante, describirse con posterioridad la localización del bien en lugar diferente, lo que puede dificultar su ejecución, cuando podría perfectamente acordarse por el Juez de lo Penal que recibió la solicitud la remisión a éste otro para su ejecución.

La principal crítica a este artículo 158, como al precepto espejo del art. 144 respecto del reconocimiento de órdenes de embargo, se refiere a la forzada e irreal regla de competencia prevista para el supuesto de recepción de múltiples órdenes o cuando el certificado se “*hubiese emitido en relación con varios bienes ubicados en circunscripciones distintas*”, ya que prescindiendo de la inestimable labor de intermediación y coordinación en causas complejas que afecten a dos o más Estados miembros que puede realizar Eurojust de acuerdo con sus objetivos (artículo 3 de la Decisión 2009/426/JAI) y a su experiencia única en coordinar la ejecución simultánea de instrumentos de reconocimiento mutuo y el reciente establecimiento de su Sistema de Coordinación Nacional en base a lo previsto en el art. 18 de la ley 16/2015, de 7 de julio, ya previsto en el anteproyecto de ley lanzado en febrero de 2014, la ley 23/2014 recurre a un forzado remedio para atribuir la competencia al “*Juez de lo Penal que primero lo reciba*”, cuando la práctica nos muestra cómo puede y suele darse la emisión simultánea de certificados que afecten a multitud de cuentas corrientes, por poner un ejemplo, situadas en diferentes partidos judiciales en España, en los que la aplicación de dicha previsión se antoja bastante complicada.

vi.2.3.- Transmisión por las autoridades judiciales españolas de una resolución de decomiso para su ejecución en otro Estado miembro de la UE.

El art. 159 de la ley 23/2014 establece la adecuada coordinación y relación cuando la emisión de una orden de decomiso haya sido precedida de una orden previa de embargo. En este caso, “*el Juez de lo Penal recabará los antecedentes al Juez de Instrucción a los efectos de continuar su tramitación*”, garantizando la eficacia de las medidas adoptadas. En ese sentido, el propio certificado modelo incorpora en el apartado f) esta previsión solicitando a la autoridad emisora que concrete si existió embargo previo, la fechas de transmisión, autoridad y número de referencia.

En cuanto a la documentación de la resolución de decomiso, el art. 160 de la Ley recoge la documentación que se debe transmitir y limitados requisitos formales de la transmisión. De ese modo, la copia certificada de la sentencia que imponga la medida de decomiso cuya ejecución se pretende o, el auto específico dictado en la ejecutoria en impulso de su ejecución, deberá de remitirse acompañado al certificado cuyo modelo figura en el anexo XI de la ley 23/2014, el cual irá firmado por la autoridad judicial penal española que haya dictado dicha resolución, debiendo solamente traducirse dicho formulario al idioma del Estado de ejecución o el alternativamente permitido por su legislación y que se refleje en la notificación realizada a la Secretaría General del Consejo de la UE.

No contempla nuestra legislación con carácter general y, antes de la transmisión de una orden de decomiso, la convocatoria de vista o audiencia alguna, ya que retrasaría el procedimiento innecesariamente. Si bien pudiera pensarse que la observancia de la necesaria contradicción haría recomendable dicha previsión, tanto en relación terceros de buena fe y en previsión de posibles denegaciones por vulneración de derechos y garantías procesales, teniendo en cuenta que en el orden jurisdiccional civil la audiencia del demandado es el criterio general (artículo

733 LEC). En cualquier caso, la oposición de las medidas afectadas podrá hacerse valer a través del sistema de recursos.

La Decisión Marco de 2006 pretende en esencia facilitar y asegurar la ejecución del decomiso acordado, por ello parte de la posibilidad de remisión simultánea y sucesiva de la orden a varios Estados. Es por ello que nuestra ley no obstante reproducir casi literalmente el art. 5 de la DM, establece en su art. 162 (3), la posibilidad de la remisión de forma sucesiva a los Estados en los que se presuma se encuentran los bienes del condenado, cuando no fuera posible llevar a cabo la transmisión simultánea y siempre que no se hayan cumplido en su totalidad la resolución de decomiso (posibilidad no contemplada en la DM).

El artículo 164 de la ley prevé que la autoridad judicial española “solicitará” a la autoridad competente del Estado de ejecución, en el supuesto de que el decomiso del bien localizado en el extranjero no fuera posible por cualquier circunstancia, que el mismo adopte la forma de obligación de pago de una cantidad de dinero equivalente al valor del bien de que se trate. Dicha previsión es preceptiva para el Juez español pese a que, debiendo ser el decomiso por el valor equivalente una figura ya armonizada¹⁰⁰. La redacción preceptiva contenida en nuestra ley es más ajustada a la naturaleza del decomiso por sustitución en nuestro país, no obstante considerar la Decisión marco de 2006 implementada, en su artículo 7. 2, la transformación del decomiso como una mera posibilidad que deben valorar las autoridades judiciales de ejecución en caso de que su legislación lo permita.

vi.2.4.- Reconocimiento y ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por una autoridad judicial de un Estado miembro de la UE.

Tanto la Decisión Marco de 2006 como la ley 23/20154 siguen el sistema propio del nuevo régimen de reconocimiento mutuo. Se acoge, por tanto, la obligación de reconocimiento, sin necesidad de verificar la doble incriminación, cuando se trate de hechos subsumibles en cualquiera de las 32 categorías delictivas listadas siempre que estén castigadas con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años. Para el resto de las infracciones no incluidas en la lista o que no superen el umbral punitivo del art. 20 de la ley 23/2014, se opta por exigir el control de doble incriminación, de manera que de acuerdo con el art. 166 (2) de la ley 23/2014, las certificaciones de decomiso emitidas por delitos no comprendidos en la lista deberán ser denegadas con carácter preceptivo. Este criterio responde al fin de conseguir unidad en la aplicación de la norma, evitando la excesiva discrecionalidad judicial derivada de considerarlo un supuesto de denegación facultativa.

Los siguientes artículos de la ley 23/2014 (arts. 167 a 172) concretan la forma en que el Juez de lo Penal competente debe ejecutar el decomiso acordado por la autoridad extranjera o las razones por las que puede denegar la ejecución. El sentido del principio de reconocimiento mutuo supone que la decisión de decomisar ya ha sido tomada en este caso por la autoridad judicial extranjera competente y lo que se solicita es su ejecución. La consagración del informe preceptivo y previo del Ministerio Fiscal [art. 167 (2)] en el plazo de cinco días desde la recepción del certificado por el Juez de lo Penal, además de garantizar el principio de legalidad en su dimensión europea, del que el principio de reconocimiento mutuo es una variación, supone un valor añadido desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida. Por otro lado, para asegurar la eficacia de la decisión y el propio régimen de reconocimiento mutuo (a diferencia de las comisiones rogatorias) se señala un plazo al juez de 10 días para que resuelva por auto ejecutando el decomiso o rechace su ejecución por los motivos expresamente previstos.

Respecto a los motivos de no reconocimiento recogidos en el art. 170 (y los artículos 32 y 33 en el mismo referidos) de la ley 23/2014, si bien no incorpora motivos adicionales de denega-

¹⁰⁰ La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, reformó la redacción del art. 127 (3) del CP en los mismo términos del anterior apartado 2, con ello se recogió en nuestra legislación la recomendación de aproximación normativa contenida en la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

ción y transpone fielmente los motivos del 8.1 de la Decisión marco de 2006, no reproduce literalmente dicho precepto al optar por considerar obligatorios para el Juez incluso los facultativos¹⁰¹. Con ello el legislador nacional pretende evitar la inseguridad jurídica inherente a la judicialización descentralizada derivada del principio de reconocimiento mutuo y el riesgo de atomización de las causas de denegación cara al exterior.

7. La nueva oficina de recuperación y gestión de activos

vii.1.- De la Oficina de Recuperación de Activos (ORA) a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA).

La nueva arquitectura normativa sobre recuperación de activos se completa desde el tercer pilar orgánico que la soporta, con la reciente creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, establecida y regulada en el reciente Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), publicado en el BOE del día siguiente, apenas una semana antes de la terminación de este artículo. Con ello se cierra el círculo abierto hace cinco años con la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en su disposición final primera, cuando se introdujo el artículo 367 septies a la LECRr que contemplaba la creación de una Oficina de Recuperación de Activos (ORA), que estaba pendiente de desarrollo reglamentario. Aprovechando esa tarea pendiente, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, aprovechó para actualizar la referencia legal existente, el inédito artículo 367 septies de la LE-Crim, y con su redefinición nos adelantó el paradigma de la ORGA en gestación, ya que añadía a su original función de localización y recuperación, la de administración y gestión del patrimonio criminal, habilitando al Gobierno en la disposición final quinta para desarrollar reglamentariamente este nuevo modelo, lo que ha ocurrido en este RD 948/2015 que regula la estructura, organización, funcionamiento de la flamante nueva ORGA.

De manera clara y contundente debo manifestar desde el principio mi valoración enormemente positiva en relación a esta regulación. Por fin, podemos decir que contamos con todos los instrumentos normativos adecuados para hacer frente a la amenaza del crimen organizado transnacional. Hay que reconocer, el enorme esfuerzo que ha supuesto la transposición de Decisiones marco, Decisiones y Directivas procedentes de la UE que ha modificado profundamente y actualizado nuestro Derecho Penal y nuestro Derecho Procesal, como hemos tenido ocasión de repasar en este artículo. Las nuevas herramientas normativas puesta a disposición de los operadores jurídicos españoles es sensiblemente mejor a la existente. Ahora bien, disponer de una normativa sustantiva y procesal, actualizada, e incluso muy avanzada, en materia de decomiso no garantiza por sí misma el éxito en su aplicación, por ello la necesaria dotación de un organismo de auxilio o equipamiento institucional, en lo que se ha venido a denominar el *“institutional brick”*, es esencial en la construcción del edificio de la Justicia y, por ello, la ORGA es especialmente bienvenida al colmar una laguna histórica de nuestro sistema legal.

El programa de Estocolmo que hacía una referencia expresa a las ORAs como elemento fundamental para reforzar la eficacia de las investigaciones financieras¹⁰². Posteriormente, la Decisión 2007/845/JAI del Consejo¹⁰³ obligaba a los Estados miembros a crear o designar

¹⁰¹ De acuerdo con el Informe de evaluación de la Comisión de 23.08.2010 COM(2010)428, el art. 8 de la DM prevé un número de causas de denegación facultativas para los Estados miembros, dado que supone una restricción del principio de reconocimiento mutuo, por los que los mismos podrán elegir entre recogerlas en su legislación o no, incluso someter su aplicación a condiciones más rigurosas que las establecidas en dicho precepto (STJCE, 6 Octubre 2009, caso C-123/08, Wolzenburg, OJ C 116 de 09.05.2008, p.18), entre ellas entra la opción de nuestro legislador trasformando en preceptivas las causas inicialmente recogidas en la DM como facultativas. Concluyendo que las numerosas causas adicionales no previstas en la DM incorporadas por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales muestran claramente que la implementación del art. 8 de la DM es insatisfactoria.

¹⁰² El programa de Estocolmo se refiere a los AROs cuando tras declarar que *“La confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos”* (...); y a facilitar el intercambio de las mejoras prácticas en la prevención y aplicación de la ley, en particular en el marco de la red de agencias de recuperación de activos y de la red europea anticorrupción».

¹⁰³ Titulada *“sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito”*.

organismos nacionales de recuperación de activos (ORA/ARO del inglés: *Asset Recovery Offices*) como puntos u órganos centrales de contacto nacionales que faciliten la recuperación de activos derivados del delito, con la vista puesta en su eventual aseguramiento y ulterior decomiso por las autoridades judiciales, no solo a nivel nacional, sino a escala de la UE¹⁰⁴. La Decisión de 2007, limitaba el ámbito de actuación de las ORAs al mero intercambio de inteligencia financiera, así como buenas prácticas, previa solicitud o de manera espontánea; si bien ese intercambio de información se debería hacer de una manera estructurada y de acuerdo a lo previsto en la Decisión Marco 2006/960/JAI («*la Iniciativa sueca*»), teniendo en cuenta las disposiciones aplicables de protección de datos a nivel europeo. De ese modo, se formalizó y legalizó a nivel europeo la ya existente Red CARIN. España por oficio de la REPER de 19 de marzo de 2009, se limitó a designar, a los efectos del art. 1 (3) de la Decisión de 2007, al CICO y a la Fiscalía Antidroga. Posteriormente, como he comentado, la reforma del CP operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio de 2010, introdujo el art. 367 septies de la LECRIM.

Tras la entrada en vigor del TFUE, la tantas veces referida en este artículo, Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE, da un paso más en la configuración de las AROs y en su artículo 10 sobre “*Administración de bienes embargados preventivamente y decomisados*”, establece en su apartado primero: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, por ejemplo mediante la creación de oficinas nacionales centrales, de un conjunto de oficinas especializadas o de mecanismos equivalentes, con objeto de garantizar la administración adecuada de los bienes embargados preventivamente con miras a su posible decomiso.*” En ese sentido, la Directiva 2014, profundiza en el camino ya iniciado por la Decisión 2007, obligando a la creación de las ORGA, por lo que a las labores de localización y recuperación de las ya creadas ORAs, se añade la gestión, como ámbito de actuación complementario de dichas oficinas, estando ambas actividades referidas a bienes a intervenir (“*que pueden ser objeto de una orden judicial de embargo*”) o intervenidos (“*bienes embargados*”), pero en cualquier caso referidos a embargos y decomisos adoptados en el marco de un procedimiento judicial, siendo la naturaleza o el carácter de órgano de auxilio judicial, predominante.

El objetivo de estas oficinas se describía ya con gran minuciosidad y acierto en la comunicación que la Comisión dirigió al Consejo y el Parlamento el 20 de noviembre de 2008 sobre «*Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso*»: Las oficinas deben actuar como puntos de contacto nacionales para las actividades relacionadas con el decomiso. Les corresponde promover mediante una cooperación reforzada, el seguimiento más rápido posible de los bienes de origen delictivo. En concreto, estas oficinas deberían poder cooperar efectivamente con las unidades de inteligencia financiera y con las autoridades judiciales (término que en Europa incluye indistintamente a jueces y fiscales). En este documento la Comisión propone oficinas con estructura y planteamiento multidisciplinar que comprenda autoridades judiciales, policiales, tributarias, aduaneras, etc. La oficina debe ser capaz de ejercer sus funciones y compartir información con las otras oficinas sin límites derivados del secreto profesional. Las oficinas deben ser los puntos de contacto de las solicitudes de otros países, así como realizar informes, estadísticas sobre los embargos y decomisos.

Parece obvio, que la eficacia en la recuperación de activos depende del desarrollo de una estructura equipada con los recursos humanos y materiales, así como con las competencias y atribuciones, necesarias para llevar a cabo eficazmente dicha tarea de asesoramiento a las autoridades judiciales en la lucha contra el crimen organizado, la corrupción, el terrorismo y la delincuencia grave en general. En ese sentido las conclusiones del Consejo en materia de decomiso y recuperación de activos, publicadas el 28 de mayo de 2010¹⁰⁵, así como el Informe

¹⁰⁴ La Decisión 2007 estable en su artículo 1 que: «*Cada Estado miembro creará o designará una ARO a fin de facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil.*

¹⁰⁵ Documento nº 7769/2/10 REV 2 CRIMORG 64

Final de la quinta ronda de evaluaciones mutuas sobre “*delincuencia financiera e investigaciones financieras*”¹⁰⁶ y el cuanto al destino a dar a lo recaudado, el Informe de Parlamento Europeo titulado “*The need for the new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social purposes*”¹⁰⁷,

Todos ellos, coinciden en la necesidad de concentrar en una sola oficina, las funciones de localización con la de gestión y administración de activos patrimoniales recuperados, incluyendo su conversión en dinero mediante su realización y reparto¹⁰⁸. Por lo tanto, existía una coincidencia casi unánime a nivel europeo en la necesidad de reforzar el papel de las ORA desde su inicial planteamiento de intercambio de inteligencia financiera como OLA (Oficina de Localización de Activos, que podía realizarse mediante una informal estructura de red a nivel policial o de Policía Judicial), al establecimiento de una objetivo mucho más ambicioso de creación de una Agencia Multidisciplinar y bien organizada, que añadiera competencias de auxilio y asesoramiento técnico a las autoridades judiciales durante toda la tramitación del procedimiento penal en la materia específica de administración de los activos recuperados fruto de las investigaciones financieras hasta su final adjudicación.

Afortunadamente, la recién creada ORGA recoge el guante y no ha dejado pasar esta ocasión histórica para crear una oficina de nueva planta de naturaleza multidisciplinar y centralizada, en vez de haber optado por la más conservadora decisión de mantener la situación existente con algunos retoques, lo que hubiera sido realmente un error casi dramático, teniendo en cuenta que España es uno de los Estados miembros de la UE que recibe más solicitudes de recuperación de activos de procedencia criminal en el ámbito de la UE¹⁰⁹.

vii.2.- Antecedentes y marco legal de la ORGA

Los antecedentes de las primigenias ORAs nacionales, en el ámbito de la Administración de Justicia, se remontan al oficio que el Ministerio de Justicia envió a la Fiscalía General del Estado en fecha 12 de enero de 2009, en el que comunicaba la necesidad de nombrar puntos de contacto en relación con dos Decisiones de la UE. Por un lado, la Decisión de 2007 sobre oficinas de recuperación de activos y, por otro, la Decisión 2008/852/JAI relativa al nombramiento de puntos de contacto para la red contra la corrupción. En dicha comunicación se informaba que el Ministerio del Interior ya había designado al Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO, actualmente CITCO al abarcar igualmente el Terrorismo)¹¹⁰ como ORA nacional, pero habida cuenta que la Decisión de 2007 establece «*No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cada Estado miembro podrá crear o designar, con arreglo a su Derecho nacional, dos organismos de recuperación de activos*», se estimó oportuno solicitar de la Fiscalía la designación de un punto de contacto. Respondiendo a este oficio, se propuso el nombramiento de la Fiscalía Anticorrupción en relación con la Decisión 008/852/JAI, de 24 de octubre de 2008, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción, asimismo, se propuso a la Fiscalía Antidroga como puntos de contacto, habida cuenta de que eran las Fiscalías Espaciales con mayor actividad en esta materia y conscientes de que se solicitaba una oficina para trabajar junto a la ya designada CITCO.

¹⁰⁶ Documento del Consejo de la UE publicado en Bruselas el 2 de agosto de 2012 con el nº 12657/12 GENVAL 51, al que acompaña un ADDENDUM más pormenorizado.

¹⁰⁷ Elaborado a petición del Comité del Parlamento Europeo sobre Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos (LIBE), en febrero de 2012 y disponible en <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>
<http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms>

¹⁰⁸ Recomendación nº 24 del apartado 4.1 del documento del Consejo nº 12657/12. Bruselas 2 de agosto de 2012.

¹⁰⁹ Ver informe del CITCO correspondiente al año 2014. Del análisis de las 396 peticiones remitidas a España (CITCO) a través de la red ORA durante el año 2014, la Oficina de Recuperación de Activos del Reino Unido (NCA) ha sido la más activa, hasta un total de 126, ello supone un 32 % de las realizadas el pasado año; le seguirían en este orden: Holanda (BOOM), Bélgica (OCSC), Francia (AGRASC) y Alemania con 81, 49, 32 y 26. En menor medida están Italia con 15, Polonia con 11, Suecia con 10, Escocia con 9, Lituania con 7 y Dinamarca e Irlanda con 6.

¹¹⁰ Integrado en la estructura orgánica de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

Esta elección inicial y urgente se realizó sin perjuicio de abrir ulteriormente una reflexión conjunta sobre la posible necesidad de creación de un organismo u oficina de carácter mixto. Formalmente, por oficio de la REPER de 19 de marzo de 2009, se designó, a los efectos del art. 1.3 de la Decisión Marco de 2007 (es decir, como AROs), al CITCO y a la Fiscalía Antidroga. En la práctica, sin embargo, las Unidades que realmente ha venido funcionando operativamente en este ámbito como Oficinas de Localización de Activos (ALOs) creadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son, por un lado la Unidad de Delincuencia Económica y Financiera (UDEF) del Cuerpo Nacional de Policía y, por otro, la Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ) de la Guardia Civil. El CITCO, concentraba sus labores de localización como punto de contacto con respecto a las solicitudes internacionales. De ese modo, a nivel de localización de activos las Unidades de Policía Judicial recibían las peticiones extranjeras vía CITCO, que las trataban y contestaba y, a la vez, mantenía estadísticas de las mismas¹¹¹. El CITCO enviaba periódicamente a la Fiscalía Antidroga las estadísticas a través de la Oficina de Localización de Activos y Relaciones Internacionales, UDEF Central Brigada de Blanqueo de Capitales, si bien actualmente al tener la Fiscalía Antidroga y el CITCO consideración de AROs formalmente declaradas ante la UE se relacionan directamente.

Es por ello que la ORA creada en la en la disposición final de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por el que se modificó la LECrim, añadiendo un nuevo artículo 367 septies configuraba la misma como Policía Judicial, a fin de auxiliar a las Fiscalías y órganos judiciales en la localización e incautación de activos patrimoniales en relación a, principalmente, investigaciones de delincuencia organizada.

Ha sido la LO 1/2015, de 30 de marzo, la que ha actualizado el marco legal nacional, modificando por primera vez este año el artículo 367 septies de la LECrim, a fin de rebautizar nuestra efímera ORA con la denominación de ORGA adaptándola totalmente a las exigencias del art. 10 (1) de la Directiva 2014/42/UE, en la medida en que a su inicial función de localización y recuperación de bienes, se añade la de conservación, administración y gestión de los mismos. Asimismo, la disposición final quinta de dicha L.O. 1/2015, habilita al Gobierno para aprobar las disposiciones reglamentarias precisas para regular la estructura, organización, funcionamiento y actividad de la nueva ORGA. La LO 1/2015 que introduce importantes modificaciones en la regulación del decomiso, modifica los artículos precedentes 367 quater y sexties a fin de regular la legitimación activa de la ORGA en el proceso penal, junto con el Ministerio Fiscal, en la venta anticipada de efectos judiciales y la utilización provisional de los efectos, bienes incautados procedentes de actividades delictivas. Igualmente el art. 367 (3) quinquies regula la asignación del producto de los bienes, instrumentos y ganancias criminales, tanto a la ORGA como a la Fiscalía.

A los siete meses, la Ley 41/2015, de 5 de octubre (que entrará en vigor el 7 de diciembre de 2015), al tiempo que introduce un nuevo procedimiento de decomiso autónomo en el que la función de investigación financiera es atribuida al Ministerio Fiscal, “*por sí mismo, o a través de la ORGA*” (nuevo el art. 803 ter q) LECrim), vuelve a dar una nueva redacción al art. 367 septies de la LECrim, en su disposición adicional quinta, sin duda, con la vista puesta en su adecuado desarrollo reglamentario. En ese sentido, el nuevo artículo 367 septies establece su naturaleza de “*órgano administrativo*” con las funciones ya existentes de localización, recuperación, conservación, a las que añade las de “*administración y realización*” de efectos procedentes de actividades delictivas en los términos previstos en la legislación penal (nuevos arts. 127 a 127 octies del CP) y procesal (nuevos artículos 367 ter a sexies y procedimientos de

¹¹¹ Denominado CITCO tras su remodelación en octubre de 2014. Con mayor nivel de detalle, el proceso es el siguiente: Cuando el CITCO recibe una solicitud de recuperación de activos del extranjero, consulta en el SRI (base de datos conjunta que alimentan tanto GC como CNP) si alguno de los dos cuerpos policiales tiene ya una investigación abierta sobre alguna de las personas respecto de las cuales se pretenden recuperar activos. Si es así, la solicitud se envía a la ALO correspondiente para su tramitación. Si no existe ninguna investigación previa, pero existe algún tipo de indicación geográfica en la solicitud sobre dónde pudieran encontrarse los bienes a recuperar, se envía al cuerpo policial competente por razón de territorio. Si no se dan ninguna de las circunstancias anteriores, una aplicación informática distribuye de forma automática las solicitudes recibidas a GC y CNP, alternativamente.

los artículos 803 ter a y siguientes, así como artículos correspondientes de la LECrim y LEC) y leyes especiales complementarias¹¹². Por otro lado, se establece el deber de colaboración de las entidades públicas y privadas con la ORGA “cuando sea necesario para el desempeño de sus funciones y realización de sus fines” si así lo recabara. En el apartado segundo se regula la nueva función de gestión de los recursos encomendados a la ORGA hasta la firmeza de la sentencia de decomiso y el destino del dinero recaudado y sus intereses, rendimientos y frutos de los bienes intervenidos, durante la pendencia del procedimiento y de acuerdo con la sentencia de decomiso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 367 quinques de la LECrim, asignando al producto finalmente obtenido la naturaleza de ingreso de derecho público transferible al Tesoro, afectado hasta un 50 por ciento a la satisfacción de los fines que señala en el apartado siguiente, entre los que se incluye “el apoyo a programas de atención a víctimas del delito, incluido el impulso y dotación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas; el apoyo a los programas sociales orientados a la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de delitos; la cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad y los que puedan determinarse reglamentariamente¹¹³”.

vii.3.- Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se desarrolla reglamentariamente la ORGA

vii.3.1.- Naturaleza y estructura de la ORGA.

En el Real Decreto se opta por un modelo de oficina multidisciplinar, siguiendo el modelo de la *Agence de Gestion et de Recouvrement D’avoirs Saisis el Confisqués* (AGRASC) francesa, como reconoce expresamente el apartado III de su preámbulo. Finalmente, se configura la ORGA como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia (art. 1) que sitúa en el Ministerio de Justicia, concretamente adscrita a la Secretaría de Estado de Justicia, con rango de Dirección General (art. 4). De ese modo, la oficina española evoluciona desde su inicial consideración de Policía Judicial¹¹⁴ como mera oficina de localización de activos, al establecimiento de un organismo integral o multidisciplinar¹¹⁵ con sede en el Ministerio de justicia.

Si bien dicha previsión se considera realista y razonable y no suscita objeción alguna en los Informes al proyecto de Real Decreto del Consejo Fiscal y en el Dictamen del Consejo de Estado, como quiera que el informe del CGPJ en el punto (50) de su informe de 14 de octubre de 2015, califica la mera posibilidad de que dicha oficina radicara en la Fiscalía (o en el Ministerio del Interior) como una idea “especialmente perturbadora”, considerando o teniendo en cuenta que “en nuestro país, hasta el momento, la instrucción de los delitos -con la consecuente adopción de medidas cautelares- ni la ejecución de las responsabilidades civiles declaradas en sentencia están encomendadas a los fiscales”. Discrepando de dicha valoración, debemos recordar que desde que la Directiva 2014/42/UE cambio el modelo de oficina e, incluso antes, los Estados miembros que han optado por radicar en sede judicial la ORGA, han optado mayoritariamente por la creación de dichas en el ámbito de sus Fiscalías. Por lo que esta referencia, lejos de ser

¹¹² Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en virtud de los dispuesto en el art. 12.2.o) del Real Decreto 1258/2010, de 8 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social, tiene la función de colaborar con los órganos judiciales competentes en la enajenación anticipada de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por la comisión de cualquiera de los delitos referidos en el artículo 1 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Dicho organismo fue inicialmente designado en el último párrafo del art. 367 septies LECrim (L.O. 5/2010, de 22 de junio), como ORA en el ámbito de su competencia.

¹¹³ En línea con el estudio realizado en febrero de 2012 por el Parlamento Europeo que evalúa la legislación existente actualmente sobre la materia de recuperación de activos titulado “La necesidad de una nueva legislación permitiendo que los activos decomisados a las organizaciones criminales puedan ser utilizados por la sociedad civil y en particular para fines sociales”, disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>

<http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms>

¹¹⁴ Versión del art. 367 septies operada por la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, vigente hasta el 1 de julio de 2015.

perturbadora, es de las más exitosas. Por poner dos ejemplos, entre las oficinas de más conocidas e inspiradoras de UE, nos encontramos con la *Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie* (BOOM) de Países Bajos, como agencia multidisciplinar que funciona como Unidad específica de la Fiscalía holandesa desde 2005 y el *Organe Central pour la Saisie et la Confiscation* (Organismo Central de Embargo y Decomiso - l'OCSC)¹¹⁶ de Bélgica, que se sitúa dicho organismo en la Fiscalía Federal, como una Fiscalía más que se añade a las 27 Fiscalías territoriales que existen en este país, y con competencias a nivel nacional en materia de embargos y confiscaciones de productos del delito. Con todo el respeto a la opción escogida por el Gobierno, conviene recordar que el modelo belga, promocionado por el "technical advisory team" de Europol que asiste sobre el terreno a los Estados miembros que lo soliciten para establecer (o remodelar) las AROs nacionales¹¹⁷, fue una de las opciones barajadas y que hubiera sido particularmente adecuado para España, por tratarse Bélgica, de un país que todavía conserva en su organización judicial al juez de Instrucción.

Lejos de una opción descabellada o que chirría con el modelo de investigación español actual, situar la ORGA en la Fiscalía General del Estado se compadece plenamente con la función de promoción de la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales que el art. 124 CE reserva al Ministerio Fiscal. En ese sentido, conviene dejar apuntado como argumentos de "*lege ferenda*", que el Ministerio Público español, además de compartir con los Jueces y Tribunales españoles en la condición de autoridad judicial, cuando actúan en el ámbito o en materia de cooperación internacional¹¹⁸, tiene atribuida en nuestra legislación facultades investigadoras¹¹⁹, que en el ámbito de las investigaciones financieras han sido recientemente reforzadas con su dirección de la investigación en el art. 803 q de la LECrim¹²⁰. Además teniendo en cuenta el ámbito nacional de esta oficina, el fiscal tiene capacidad de actuación en todo el territorio nacional, con criterios unificados, en base al principio de unidad de actuación, lo que garantizaría, junto al principio de legalidad que rige su actuación, que la recuperación de activos sea no solo respetuosa con la legalidad vigente y las garantías procesales, también eficaz. Por ello, con todo el respeto a la opción escogida, ya meros efectos dialécticos, el Fiscal sería la autoridad judicial que más se adaptaría a la posibilidad de una ORGA radicada en sede judicial (que no jurisdiccional) al combinar idealmente funciones investigadoras y promotoras de la acción de la justicia en la totalidad de los procedimientos penales, incluyendo su monopolio en la acción en el nuevo procedimiento de decomiso autónomo.

En ese sentido, el preámbulo del RD destaca la naturaleza de órgano de auxilio a la Administración de Justicia, cuando declara que "*La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos funcionará, pues, como una herramienta al servicio de los juzgados y tribunales en el marco de los procesos penales a que nos venimos refiriendo, y lo hará también como auxiliar de las fiscalías en el ejercicio de sus funciones relacionadas con las investigaciones patrimoniales que, cuando menos, abarcan las diligencias de investigación, la ejecución de comisiones rogatorias internacionales y la investigación patrimonial en el procedimiento de decomiso autónomo en los tér*

¹¹⁵ Como destaca el Informe del Consejo de Estado desde la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector Público, ha suprimido la figura de las agencias estatales.

¹¹⁶ Webpage www.confiscaid.be

¹¹⁷ En total este Equipo ha intervenido en 12 misiones financiadas por el programa EC ISEC habiendo visitado, por ejemplo Hungría para asistirle en la preparación de su recientemente diseñado sistema de recuperación de activos.

¹¹⁸ Vid. Nota pie de página 27.

¹¹⁹ Téngase en cuenta la reforma L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 785 bis (hoy 773.2) que complementando el art. 5 del EOMF instauraba nuevas vías a la actuación del Ministerio Fiscal en la investigación criminal y la reforma operada por Ley 24/2007, 9 de octubre, que modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que en el apartado primero in fine del art. 4, permite al Ministerio Fiscal, (...) acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial.

¹²⁰ El art. 43 de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establece el denominado "*Fichero de Titularidades Financieras*" que se nutre con la información de la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo en España que deberán declarar las entidades de crédito al SEPBLAC. Toda petición de acceso a los datos del Fichero de Titularidades Financieras habrá de ser adecuadamente motivada por el Juez o Fiscal requirente y dirigida al Fiscal responsable de dicho fichero (concretamente al Teniente Fiscal del Tribunal Supremo legalmente designado a tal efecto).

minos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal” y en último párrafo del artículo 1, precisa respecto de la labor postuladora del Fiscal que “La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos procederá, igualmente, a la localización de activos a instancia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes penales o procesales.” Hubiera sido mejor seguir la recomendación del Dictamen del Consejo de Estado y hacer referencia a las “demás normas concordantes y relacionadas”¹²¹ lo que habilitaría incluir la ley 50/1981, de 30 de diciembre, ya mencionado en el Preámbulo, con carácter general, o el art. 43 de la Ley 10/2010, por poner un ejemplo específico anteriormente citado, pero creo que la combinación de ambas previsiones, presidida por el art. 124 de la CE, y la condición de única parte del procedimiento penal con plenitud de funciones en relación a la localización, conservación y gestión de los activos decomisables y decomisados, debería ser suficiente respaldo normativo procesal para considerar la labor postuladora, intermediadora y coordinadora de la Fiscalía entre los Juzgados y Tribunales españoles auxiliados y esta nueva oficina auxiliadora de naturaleza administrativa. Como destaca el Informe del Consejo Fiscal al RD, la experiencia y la realidad nos enseñan que no sólo en las diligencias de investigación de la Fiscalía sino también en los procedimientos judiciales complejos ya judicializados, en los que es parte, el Fiscal (baste pensar en las Fiscalías especiales) está particularmente bien posicionado para dirigirse a la ORGA postulando el ejercicio de sus funciones, ya que la filosofía subyacente en la creación de estas oficinas es descargar a los juzgados y tribunales de estas funciones relacionadas con los bienes sujetos a medidas cautelares reales como autoridad auxiliada.

De evidente acierto se puede calificar la creación de un organismo estatal, único y centralizado de ámbito nacional y cuyas competencias se extiendan no solo a procedimientos tramitados por criminalidad organizada o terrorismo sino a cualquier otro procedimiento por delito que sea susceptible de generar ganancias económicas. Es acertado centralizar este organismo al tratarse esta de una materia cuya competencia corresponde constitucionalmente al Estado. En ese sentido la Comisión de Adjudicación de bienes producto del delito creada en el art. 8 del RD 948/2015, como órgano colegiado competente para la distribución de los recursos recaudados entre los beneficiarios indicados listados en el artículo 16 y de acuerdo con los fines del artículo 2 del RD 948/2015, se encuentra igualmente adscrita en la Secretaría de Estado de Justicia.

vii.3.2. – Principales funciones de la ORGA.- En relación a las funciones cabe destacar las siguientes:

1. **Recuperación.** El trabajo de campo desarrollado en las investigaciones financieras en esta primera fase por la Policía Judicial y los investigadores de la Agencia Tributaria y de Vigilancia Aduanera, bajo la supervisión de jueces y fiscales es muy relevante para abrir el camino de ulteriores resoluciones, comisiones rogatorias, instrumentos de reconocimiento mutuo de embargo o decomiso a emitir por el Juez o tribunal correspondiente en el procedimiento penal principal, como la autoridad auxiliada desde la ORGA. Coincidí totalmente con el punto (63) del informe del CGPJ en la necesidad de regular la relación entre la Policía Judicial y la ORGA, ya que la misma debería estar representada o formar parte de la Subdirección General de localización y recuperación de bienes (art. 6.1, a) del RD 948/2015), más allá de la posibilidad prevista de actuar de manera coordinada con unidades centrales o de firmar convenios con el Ministerio del Interior (art. 6.2 del RD 948/2015). En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la Policía Judicial aparece en un antiguo R.D. 769/1987 de 19 de junio. Las funciones generales de policía judicial, que corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en este caso se circunscriben a “unidades centrales”, lo que parece referirse a la UDEF y a la UTPJ coordinadas por el CITCO, excluyendo, además, a las Policías Autonómicas,

¹²¹ Pág. 24 Dictamen de 22 de octubre de 2015.

de conformidad con los últimos y reiterados acuerdos de la Comisión Nacional de Policía Judicial, lo que parece razonable teniendo en cuenta la evidente dimensión internacional de sus funciones.

2. **Gestión** (ámbito más amplio, porque no se limita al crimen organizado, sino a todos los bienes embargados y decomisados y que necesitan una "gestión" para no depreciarse y, en su caso, seguir siendo productivos). Dentro de esta Subdirección General (art. 6.1, b) del RD 948/2015) el papel más relevante de esta oficina multidisciplinar no correspondería a un juez, ni a un fiscal, ni a un policía, sino a los auditores, a los contables, a los economistas (personal procedente de aduanas, del ámbito tributario, técnicos de Hacienda), ya que gestionar es mucho más que asegurar. El aspecto clave de la gestión es, como dice al art. 367 sexies (3) de la LECrim, resolver sobre las medidas de conservación de los bienes que deban ser adoptadas por la ORGA y aquí hay que tener en cuenta lo heterogéneos que pueden ser los bienes embargados y decomisados *"cualquiera que sea la naturaleza de los mismos"*: empresas de todo tipo, inmuebles, vehículos (incluidas embarcaciones y aeronaves), semovientes (e.g. cuadras de caballos), títulos valores, obras de arte, etc. En ese sentido, es ilustrativo el apartado 7.2 de la Circular n.º 4/2010 de la FGE sobre medidas cautelares de aseguramiento de los bienes.

Tanto el informe del CGPJ como el Dictamen del Consejo de Estado se hacen eco de la necesidad de establecer las funciones de la ORGA en relación con el avalúo de los bienes que sean objeto de un expediente iniciado en la ORGA y que se incluyan en su inventario, junto con datos relevantes como su naturaleza (se echa en falta también su identificación, particularmente su titularidad), tal y como se refiere el artículo 10 del RD 948/2015. Dicho el mecanismo para el avalúo de los bienes, como recuerda DEL CERRO es conveniente incluso para asegurar la eficacia futura del decomiso de valor equivalente respecto de los bienes cuyo decomiso no fue posible, debiendo tener la ORGA un papel es esta valoración en sintonía con o desarrollando la función prevista para la Subdirección General de conservación, administración y realización de bienes, en el art. 6 (1) b) 2º del RD 948/2015 cuando incluye entre sus funciones *"La elaboración de informes sobre el estado y circunstancias de los bienes gestionados, que remitirá a la autoridad competente, de oficio o cuando ésta lo solicite, a efectos de evitar situaciones antieconómicas y garantizar (...) el máximo beneficio económico"*, si bien no se prevé expresamente.

3.- Por otro lado, la realización de los bienes que comprende la actividad tendente a la venta de los bienes, efectos, ganancias e instrumentos, entregados a la ORGA de acuerdo con la resolución judicial, lo que incluye la venta anticipada de acuerdo con el 367 quater de la LECr. cuya aplicación generalizada en los supuestos legalmente previstos es otro de los retos de esta oficina.

4.- Como ya he tenido ocasión de subrayar el origen e inspiración de este novedoso organismo surge ante la necesidad de intercambiar inteligencia financiera entre los especialistas de distintos países de manera estructurada y respeto a la normativa de protección de datos. Las distintas ORGAs creadas hasta el momento tienen como base la Decisión de 2007 y la Directiva de 2014 y forman una especie de red creada en la primera a nivel de la UE. En ese sentido, es muy acertado que el artículo 12 del RD 948/2015 se dedique a la cooperación internacional, considerándose que el intercambio de inteligencia financiera es esencial para la mejora de la cooperación internacional, que además debería figurar expresamente entre las funciones de la ORGA previstas en el artículo 3. Máxime cuando en España es particularmente importante que se facilite la localización y recuperación de activos patrimoniales procedentes del delito más allá de nuestras fronteras y con ello la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales que acuerden medidas cautelares y decomisos localizados en el extranjero. Hasta ahora España es territorio prioritario de recuperación de activos para todas las AROs de la UE, a través de un intenso intercambio de inteligencia financiera coordinado por el CITCO y que se ejecuta por las autoridades judiciales, lo que debe mantenerse y mejorarse en lo posible, pero la nueva

ORGÁ debiera permitir y potenciar el impulso de un enfoque activo. Es decir, la mejora de la recuperación de activos procedentes de delitos investigados, enjuiciados y sentenciados en España allá donde se encuentren en el extranjero.

Por otro lado, la referencia al Derecho de la Unión y a los convenios internacionales vigentes, así como a la ley 23/2014, es acertada pero resulta insuficiente. En ese sentido, el art. 18 (1), d) de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust establece que un punto de contacto de la red de AROs pertenezca al Sistema de Coordinación Nacional de Eurojust (SCNE), lo que permitirá superar limitado y aislado enfoque bilateral, predominante hasta el momento en esta materia, desde el punto de vista de la cooperación internacional, y que la ORGA pueda contribuir a mejorar la coordinación de investigaciones en investigaciones paralelas complejas y multi-jurisdiccionales entre diferentes Estados miembros de la Unión Europea y a través de la red CARIN de terceros Estados, en relación con la delincuencia organizada, los casos de corrupción, y demás prioridades delictivas de la UE, lo que resulta imprescindible teniendo en cuenta la realidad globalizada del blanqueo de capitales y la recuperación de activos y que las mejoras necesarias a nivel europeo, pasan por establecer una mayor conectividad entre las oficinas nacionales que actúan estos momentos de manera aislada. Sin duda este planteamiento realmente justifica la creación de una oficina como esta de nueva planta y no la mera facilitación de solicitudes de cooperación internacional bilaterales, donde la comunicación entendimiento directo de las autoridades judiciales competentes sin intervención de entes intermedios que actúen en el ámbito de la promoción de la acción de la justicia puede estar más justificado.

vii.3.3.- Transparencia y publicidad.

Como ya se ha dejado apuntado en relación con la nueva regulación de la Comisión de Adjudicación, desde el punto de vista de política criminal, resulta imprescindible que el destino del dinero recaudado y de los activos patrimoniales intervenidos a los grupos de criminalidad organizada y su redistribución a la sociedad se organice de manera objetiva, racional, centralizada y eficaz, destinándose el mismo al servicio de la lucha contra la delincuencia organizada, la compensación a las víctimas del delito y fines de servicio público e interés social.

Por otro lado, la ORGA para conseguir sus objetivos últimos debe ser un organismo absolutamente transparente y que se dé a conocer a la sociedad el resultado de sus actividades y el destino del dinero recaudado en base a los requerimiento del manejo de fondos públicos, pero también como su mejor promoción pública. Ello es, sin duda uno de sus aspectos más positivos de este RD 948/2015, teniendo en cuenta imperiosa necesidad de publicidad en materia de recuperación de activos, hasta ahora casi inédita en nuestro país, no sólo por razones de transparencia, también por la conveniencia de visualizar los buenos resultados en la lucha contra el crimen organizado a fin de disuadir a aquellos que consideran que el crimen organizado es un buen negocio y que “sale gratis”.

Por ello, desde ese punto de vista, teniendo en cuenta la obligación de rendir cuentas, no solo al Ministerio de Justicia, también a los ciudadanos es muy acertada la previsión de comparecencia en el Congreso de los Diputados prevista en el art. 17 del RD 948/2015, si bien la misma y debiera completarse previendo que la memoria anual tenga como destinatario final al Parlamento y no al Gobierno, como establece el art. 18. Una lectura integrada de ambos artículos del RD 948/2015, debería llegar a la conclusión de que la memoria anual forma parte esencial de la comparecencia prevista y por lo tanto está destinada a ser remitida por el consejo de Ministros a las Cortes Generales como sede de la soberanía popular a fin de que los ciudadanos conozcan cómo los bienes intervenidos a los criminales revierten a la sociedad y son adjudicados a fines sociales dando a conocer una visión tan positiva como real de la actividad de la Administración de Justicia, precisamente necesitada de publicidad, al ser tan desconocida como inédita para la sociedad.

vii.3.4.- Entrada en vigor y en funcionamiento

De acuerdo con la disposición transitoria primera del RD 948/2015, la entrada en funcionamiento operativo de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos se debe determinar en una Orden del Ministro de Justicia y, en cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, es decir a partir del 7 de diciembre de 2015, y de manera progresiva, de acuerdo con el plan de acción que previamente apruebe la recién designada Directora General de la Oficina, Dª Isabel Tarazona Lafarga.

Consecuentemente, el real decreto se aplicará únicamente a bienes cuya localización, embargo o decomiso se acuerde a partir del 7 de diciembre de 2015 y que se pongan a disposición de la ORGA con su entrada en funcionamiento fijada en dicha Orden Ministerial.

No obstante se establece que la ORGA podrá, a iniciativa propia y previa autorización del juez o tribunal competente, asumir la gestión y realización de bienes ya embargados y decomisados, *“cuando así resulte conveniente en atención a la naturaleza o especiales circunstancias de los bienes.”* Con lo que una vez en funcionamiento puede en circunstancias que lo justifiquen comenzar a actuar pro-activamente en base a la información que vaya recabando por su propia iniciativa.

CONSECUENCIAS DE UNA CONDENA ANTERIOR DE OTRO ESTADO DE LA UNIÓN EUROPEA: EXCLUSIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS. REINCIDENCIA NACIONAL, EUROPEA E INTERNACIONAL. OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES DE OTROS ESTADOS

Autor: Andrés Palomo del Arco
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

RESUMEN

Entre los instrumentos de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales provenientes de Estados miembros de la Unión Europea, la Decisión marco 2008/675/JAI *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*, tiene la singularidad de no tener por objeto la ejecución en un Estado miembro de las decisiones judiciales tomadas en otro Estado miembro; quizás por ello, no ha merecido especial atención de la doctrina, a pesar de su indudable relevancia, pues introduce el principio de equivalencia, entre los efectos atribuidos a las resoluciones condenatorias pronunciadas en otros Estados miembros y los atribuidos a las resoluciones nacionales; y ello, ya se trate de la fase previa al proceso penal, del propio proceso penal y de la fase de ejecución de la condena. La extensión de la norma es pequeña pero su ámbito de aplicación e incidencia potencialmente se proyectan sobre decisiones tan diversas y de tan amplio espectro como las atinentes a la prisión provisional, dosimetría de la pena, aplicación de medidas accesorias, concesión y revocación de sustitutivos penales, concesión de indulto, e incluso configuraciones típicas cuando ejecutorias anteriores determinan tipos agravados.

Entre estas consecuencias, objeto de especial atención, serán por una parte la acumulación de condenas, en cuanto que facultativamente se permite a los Estados miembros no proyectar sobre esta institución los efectos de la condena dictada por otro Estado y nuestro legislador ha optado por esta negativa; y de otra, la reincidencia, la consecuencia que estadísticamente será más frecuente, que se analizará como resta tras la última reforma del Código Penal, en su triple variante, según el origen de la condena previa: nacional, europeo e internacional.

Por último, la consideración de la condena dictada por otro Estado, precisa conocer los antecedentes penales del acusado, lo que motiva que la última parte de este trabajo se dedique a las maneras de conocer y obtener esa información, especialmente con descripción de la normativa europea en esta materia, la Decisión marco 2009/315/JAI relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros y la Decisión 2009/316/JAI, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la anterior Decisión marco.

En todos los supuestos, con especial atención a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea que trasponen todas estas normas europeas a nuestro ordenamiento.

1. Efectos de una condena anterior en un nuevo proceso. Normativa europea

1.1. Introducción

La reincidencia exige inexcusablemente una condena anterior; pero no es la única consecuencia que de la consideración de una condena previa, en un nuevo proceso por delito diverso, puede obtenerse.

Tradicionalmente, la doctrina ha examinado la reincidencia casi exclusivamente desde la perspectiva de su naturaleza como circunstancia modificativa de la responsabilidad y aunque al examinar su fundamentación, mostraba recelos y objeciones por la posible deriva que conllevaría hacia un derecho penal de autor, no atendía a valorar de manera conjunta y sistematizada todos los efectos que la anterior condena originaba, beneficiosos en las menos de las ocasiones y de igual o mayor onerosidad punitiva que la reincidencia, en otros. Quizás debido a la escisión académica entre derecho penal sustantivo y derecho penal procesal.

Sin ánimo de exhaustividad, en nuestro ordenamiento, esta consideración de condenas anteriores, es dable encontrarla en las diversas fases de proceso: instrucción, enjuiciamiento y ejecución, para:

- a) Posibilitar la situación de prisión provisional, en delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a dos años (cifr. 503.1.1 LECr), cuando el imputado tuviera antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.
- b) Determinar la calidad y cantidad de la fianza mediante la que eludir la situación de prisión provisional (art. 531 LECr).
- c) Evitar la aplicación del criterio de oportunidad para sobreseer el proceso por delito leve [art. 963.1.1^a.a) LECr en el caso de lesiones o maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias; y art. 964.2.1^a.a) LECr en caso de cualquier otro delito leve al remitir a la anterior norma]
- d) Aplicar la agravante de reincidencia, si el anterior delito fuera de igual naturaleza y así se declarara positivamente la equivalencia de su ubicación normativa (artículo 22.8^a), con los efectos punitivos previstos en el artículo 66.1.3^a, 4^a, 5^a y 7^a.
- e) Individualizar judicialmente la pena, al integrar un elemento relevante de su personalidad (artículo 66.1.6^a CP).
- f) Cuantificar el límite de cumplimiento efectivo de pena, para no traspasar el triple de la mayor condena o el total de 20, 25, 30 ó 40 años, que fijan los diversos supuestos del artículo 76 CP.
- g) Denegar la aplicación de la suspensión de la ejecución de condena tanto la ordinaria (artículo 80.2.1^a CP); como la excepcional si el nuevo delito determina la habitualidad, (artículo 80.3 CP); como en el caso de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, si en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (artículo 80.4 CP).
- h) Posibilitar la expulsión del territorio nacional de un ciudadano de la Unión Europea, como media sustitutiva de la pena de privación de libertad, al resultar un elemento significativo de sus antecedentes¹ (artículo 89.4 CP).

¹ Indica Roig Torres, Margarita, *Cambio en la regulación de los antecedentes penales* en “Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”, Gorriz Royo, Elena y Matallín Evangelio, Angela coordinadoras, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 402, que la expresión de “antecedentes”, también utilizada en el artículo 80, no se acota en los antecedentes penales; sino que integra ex-

- i) Permitir la denegación la libertad condicional, al resultar igualmente un elemento significativo de sus “antecedentes” (artículo 90.1 CP).
- j) Posibilitar la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, donde igualmente deben ponderarse los “antecedentes” (artículo 92.1 CP).
- k) Poder acordar la medida de accesoria de toma de muestras biológicas de su persona, incluso con medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos de la policía, conforme al artículo 129 bis CP, donde uno de los elementos a ponderar son los antecedentes.
- l) Potencial demora en la cancelación de la condena si el delito anterior conlleva un plazo más largo (artículo 136.1 CP).
- m) Califica un tipo agravado en los delitos de captación o utilización de menores o personas con discapacidad en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y delitos de pornografía infantil, cualifica el tipo agravado del 189.2 h).
- n) En caso de condena ejecutoriamente al menos por tres delitos, integra un elemento del tipo agravado en el delito de hurto (art. 235.1.7º), así como de la estafa (art. 250.1.8º) y de los delitos de administración desleal y apropiación indebida (por remisión de los arts. 252 y 253).
- ñ) Dificulta gravemente la concesión del indulto (2.3º de la Ley de 18 de junio de 1870).

1.2. Consejo de Europa

Sin embargo, la consideración unitaria de estos efectos indirectos de una condena previa con motivo de un nuevo proceso penal, es tema de atención en instancias europeas, lógicamente para atender a su consideración trasnacional, es decir, al regular la incidencia en el proceso de la condena previa en otro Estado europeo.

Como tantas veces, es dentro del Consejo de Europa, la que aglutina todos los Estados europeos salvo Bielorrusia, donde se prevé inicialmente. En el artículo 56 del Convenio sobre el valor internacional de las sentencias penales del Consejo de Europa (CEVISP); hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970².

Este convenio, entró en vigor con la tercera ratificación, el 26 de julio de 1974; y son 22 los países que la han ratificado o adherido a la misma: Albania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Georgia, Islandia, Letonia, Lituania, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.

La concepción fundamental que sirve de base, de conformidad con el informe explicativo, es la asimilación de una sentencia extranjera (de cualquier Estado Parte) a las que emanan de cualesquiera Tribunales nacionales. Concepción que se aplica a tres diversas cuestiones: a) la ejecución de la sentencia, objeto principal de la norma; b) el efecto del principio *ne bis in idem*; y c) la toma en consideración de sentencias extranjeras en los llamados efectos indirectos.

A esta última cuestión dedica el artículo 56:

Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin

presión procedente del modelo del artículo 56 del Código penal alemán, donde se dispone que para conceder la suspensión se tendrán en cuenta los antecedentes vitales (*Vorleben*) del condenado, expresión que el Tribunal Supremo alemán entiende que abarca los delitos anteriores aunque no haya recaído sentencia firme, los realizados durante el proceso, e incluso la privación de libertad acordada en este tiempo en otra causa.

² Instrumento de ratificación de 2 de septiembre de 1994 (BOE 30.03.96).

de dotar a esa sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.

Y el artículo 57 en parecidos términos exhortaba a legislar para la consecución en este caso de un efecto que no denomina indirecto, sino suplementario, hacer extensivo en el propio territorio las inhabilitaciones impuestas en sentencias penales de otros Estados europeos.

La amplia permisividad en su desarrollo, sin posibilidad de control de dicha discrecionalidad, conllevó que su seguimiento no fuere relevante; pues no integraba tampoco una norma preceptiva de obligada aplicación, como refiere el propio Informe Explicativo del Consejo de Europa, de modo que la concreta determinación de estos efectos, resta al criterio de interposición legislativa nacional donde no se requiere que la ponderación de la condena del otro Estado europeo sea absoluta y se proyecte sobre todos los efectos posibles, sino que se permite a cada Estado determinar qué efectos desea ponderar; y si exclusivamente, refiere el Informe a modo de ejemplo, sólo se pondrá la condena de otro Estado europeo para un solo efecto como apreciar en su caso la reincidencia, sin ponderación de ningún otro efecto previsto en el ordenamiento interno, sería suficiente.

1.3. Unión Europea

Ya en el ámbito más estricto de la Unión Europea, estos efectos indirectos son ya objeto de atención en el desarrollo inicial de Tampere; para la consecución de sus fines, en especial un espacio europeo común de seguridad, libertad y justicia, tras un documento intermedio, de naturaleza reflexiva elaborado por la Comisión³: *Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, se aprueba un Programa de medidas⁴ donde la Comisión incorpora las orientaciones del Consejo JAI de Marsella (de 28 y 29 julio de 2000).

La medida nº 2 del referenciado programa de medidas adoptado por el Consejo en diciembre de 2000 preveía la adopción de uno o varios instrumentos que establecieran el principio en virtud del cual el juez de un Estado miembro debe estar en condiciones de tener en cuenta las resoluciones penales definitivas pronunciadas en los demás para apreciar el pasado penal del delincuente, para constatar la reincidencia y para determinar la naturaleza de las penas y las modalidades de ejecución que pueden aplicarse.

La primera aproximación en la materia deriva de especificidad en esta materia debe invocarse el *Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre las condenas penales y sus efectos en la Unión Europea*⁵, donde se establecen las líneas directrices de las condiciones de circulación y utilización de la información sobre las condenas en el territorio de la Unión sobre dos ejes fundamentales: i) la mejora de la circulación de la información sobre las condenas en otros Estados miembros y ii) garantizar que puedan surtir efectos fuera del Estado miembro de condena, tanto para prevenir nuevas infracciones como para incidir en condenas ulteriores, si llegaran a pronunciarse.

Es decir, no sólo atiende a regular el desarrollo de un instrumento adjetivo o auxiliar, como es la instauración de criterios para disponer de información actualizada de las condenas penales emitidas por otros EEMM, sino que también desarrolla un ámbito sustantivo, de gran trascendencia y escaso eco doctrinal, cual es el de los efectos de esas condenas en un nuevo proceso penal. Ambos ámbitos sustantivo e instrumental, se atendían conjuntamente en el Libro Blanco, pero en la tramitación legislativa de la Propuesta de Decisión marco⁶, se desgaja el registro de las condenas, dando lugar a instrumentos normativos muy diferenciados y no siempre cohe-

³ COM(2000) 495 final, de 26.07.2000.

⁴ DO C 12, 15.1.2001.

⁵ COM(2005) 10 final, de 25.01.2005.

⁶ COM(2005) 91 final, de 17.03.2005

sionados, con énfasis en la obligatoriedad del registro, pero con relevantes excepciones en los efectos, en especial los beneficiosos para el reo (acumulación o absorción), que a la postre determinaría en su plasmación por los diversos Estados en una mayor relevancia en los efectos peyorativos.

1.3.1. Decisión Marco 2008/675/JAI

Consiguió su concreción normativa, tras notables cambios respecto del texto inicial de la Propuesta, con la Decisión marco (DM en adelante) 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*⁷.

En el preámbulo de la DM, se afirma la necesidad para desarrollar un espacio de libertad, seguridad justicia, de poder tener en cuenta tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal, las condenas pronunciadas por otros Estados miembros (EEMM, en adelante).

Aunque delimita el ámbito de estos efectos, de modo que precisa que la Decisión no aborda:

- la cuestión del *non bis in idem*;
- ni a la ejecución de una condena en otro EM diverso del que pronuncia la pena;
- ni a la armonización de los efectos atribuidos a las condenas anteriores en cada EM;
- ni conlleva influencia en la ejecución de condenas previas;
- ni existe la obligación de la consideración de la condena si:
 - la información de la condena previa es insuficiente;
 - los hechos de la condena previa en el otro Estado, no integran delito;
 - la sanción impuesta en el otro Estado, no está prevista.

Es decir, en esta ocasión la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, simplemente supone reconocer a las condenas pronunciadas por otros EEMM el mismo valor y asignarle los mismos efectos que una condena nacional anterior. En definitiva impone un **principio de equivalencia** de la condena de otro EM a la condena nacional, dejando a las legislaciones nacionales, que obtengan las consecuencias de este principio⁸.

En las relaciones entre los EEMM, sustituye a las disposiciones del artículo 56 del Convenio de 28 de mayo de 1970 sobre la validez internacional de las sentencias penales (art. 4).

En definitiva, tiene como objeto declarado, en su artículo 1, establecer las condiciones en que los EEMM considerarán, con motivo de un nuevo proceso penal las condenas pronunciadas en otro EM por hechos diferentes. El enunciado principal de equivalencia, se contiene en el art. 3.1:

Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes... **en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos** jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional. Y se especifica que tal ponderación debe proyectarse a la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la **detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución** (art. 3.2).

⁷ DO L n° L 220 de 15.08.2008 p. 0032 - 0034; con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

⁸ Cifr. ficha de procedimiento CNS/2005/0018.

Efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional que en su expositivo, añade que comprende tantos los efectos de hecho como de derecho procesal como sustantivo.

Pero a continuación, ese artículo 3, que compendia toda la enjundia de la DM, contiene tres apartados más, donde se especifican otras tantas excepciones al principio de equivalencia. En el apartado 3, para proscribir que esta consideración de una condena anterior tuviese por efecto la existencia de *una interferencia en el Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso en condenas anteriores o en cualquier resolución relativa a su ejecución, ni una revocación o revisión de las mismas*. En el apartado 4, aunque el texto de la versión en castellano de la disposición no sea precisamente acertada, se atiende a evitar la interferencia inversa, es decir impone su inaplicación si la consideración conlleva una interferencia *en la condena anterior o en cualquier resolución relativa a su ejecución, o una revocación o revisión de la condena anterior impuesta por el otro Estado*.

Más que excepciones al principio de equivalencia, integran la delimitación de su ámbito, en específica intencionalidad de evitar su equiparación con la asunción de la ejecución o interferencias en las ejecuciones por las resoluciones adoptadas en otro Estado.

1.3.1.1. Exclusión facultativa sobre las acumulaciones de condenas

El apartado 5 del artículo 3 de la DM, sí contiene una verdadera excepción, al permitir su inaplicación en los supuestos de acumulación o absorción:

Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso.

Es decir, que si:

a) la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo;

y

b) la aplicación de la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso;

entonces,

el principio de equivalencia enunciado en los apartados 1 y 2 de artículo 3, no exige a *los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones*.

Desde su propia dicción literal, el único cuestionamiento a ese entendimiento de la norma como excepción facultativa al principio de equivalencia de las sentencias dictadas por otro EM, en el supuesto de acumulación de condenas, derivaría de negar que la expresión "limitar al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el propio proceso", abarca la determinación del tiempo máximo de cumplimiento de condena, que en nuestro ordenamiento se tramita conforme a las previsiones del artículo 988 LECr, en la fase de ejecución de sentencia, mientras que la imposición de penas es tarea propia de la individualización que se realiza en la sentencia de condena; pero tal conclusión supone de una parte, la exigencia desorbitada de que los instrumentos jurídicos de la Unión Europea, dictados para todos sus Estados miembros, deban recoger de manera expresa las denominaciones propias del ordenamiento propio español y por otra, obviar la verdadera naturaleza de la institución regulada por los trámites del artículo 988 LECr, con el recurso de su reducción denominativa.

Como indica el voto mayoritario de las SSTS 178 y 179/2015, de 24 de marzo, el artículo 988 simplemente es el instrumento procesal para la aplicación del artículo 76.2 CP; es decir, efect

tivamente la determinación del máximo de cumplimiento efectivo de condena en caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos; en definitiva, la imposición de la pena para el caso de concurso por infracciones enjuiciadas en diversos procesos; y no en vano, el artículo 76 CP, se encuentra ubicado en la sección de reglas especiales para la aplicación de las penas, dentro de capítulo dedicado a la aplicación de las penas.

Pero inclusive, tras la reforma operada por la LO 1/2015, la actual redacción del artículo 76.2, resulta redactada en muy similares términos y la paráfrasis que integra la prohibición de exceder el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable del triple y cifras previstas en el primer apartado del artículo 76, en el apartado segundo, es sintetizada como limitación:

La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto 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 hubieran sido en primer lugar.

En el derecho comparado europeo, esta tarea, aunque sea ponderando una condena impuesta en un proceso previo, frecuentemente es propia del Tribunal sentenciador cuando ya conoce la condena anterior y la realiza en la propia sentencia donde enjuicia la comisión delictiva sometida a su conocimiento; de manera que sólo resta para ejecución de sentencia, de forma subsidiaria, cuando no se ha realizado en el momento de la sentencia⁹.

Precisamente por ello, cuando en la inicial Propuesta de la Comisión, la DM que analizamos¹⁰, se proyectaba el principio de equivalencia, también para el efecto de absorciones y acumulaciones de condenas, aún sin excepción facultativa; tal acumulación de una pena anterior se incluía en la fase del propio proceso, no en la fase de ejecución; pues como hemos descrito era el supuesto más frecuente en el derecho comparado europeo, donde el criterio establecido no resulta similar al de acumulación jurídica que nosotros seguimos, sino el de absorción o de exasperación, de modo que con frecuencia al dictar la nueva sentencia se determina la pena conjunta, global o unitaria a cumplir, ponderando las condenas anteriores e incluso eventualmente anulándolas; o bien adicionando meramente una pena adicional; siendo el incidente de ejecución de sentencia a estos efectos, frecuentemente conocido también como "concurso de ejecución" o "concurso posterior", un remedio subsidiario, consecuencia de haberse omitido la determinación punitiva del concurso, enjuiciado en procesos separados, en la última sentencia impuesta.

⁹ Así el artículo 132-4 del Código penal francés, establece que cuando con ocasión de procedimientos separados, el acusado ha sido declarado culpable de varias infracciones en concurso, las penas pronunciadas se ejecutan acumulativamente con el límite del máximo legal de la más elevada. Pero además precisa, que en cualquier caso, la absorción (*confusion*) total o parcial de las penas de la misma naturaleza, puede ser acordada, en la sentencia dictada por la última jurisdicción que deba pronunciarse, o bien en las condiciones previstas por el Código de Procedimiento Penal.

En el Código Penal alemán, tras establecer las reglas para la determinación de la pena global o conjunta (*Gesamtstrafe*) en el caso de plurales infracciones en los § 53 y 54, que indican en términos generales, su fijación a través de la elevación de la pena más grave en que se ha incurrido, sin que pueda alcanzar la suma de las penas particulares, ni superar en los casos de pena privativa de la libertad temporal quince años; precisa en el § 55 que también se conforma la pena global con la condena firme anterior no cumplida, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a los de esa condena. Y el § 460 del Código Procesal, señala que cuando una persona ha sido condenada en diferentes sentencias definitivas y las disposiciones relativas a una pena global (artículo 55 del Código Penal) no se tuvieron en cuenta, las condenas se impondrán conforme a la determinación de la pena global en una decisión judicial posterior.

En Portugal, de manera procedural similar, su Código Penal establece una pena única (*pena conjunta*) para el supuesto de concurso (art. 77), si bien con límite máximo en la suma de las penas concretamente aplicadas y que no puede sobrepasar veinticinco años, cuando se trata de prisión y como límite mínimo, la más leve de aquellas penas. Pena única que igualmente pronuncia quien al sentenciar conoce la existencia de condena anterior no extinguida, cuando los hechos que enjuicia son anteriores a esa condena (art. 78.1).

En Holanda, el artículo 57 de su Código Penal, establece que en caso de concurso, se impone la pena correspondiente a la infracción más grave, que puede ser incrementada en un tercio; y en el artículo 63 que si alguien después de condenado, es enjuiciado por un crimen o un delito cometido antes de la sentencia donde obra la condena, las disposiciones sobre penas concurrentes (*gelijktijdig straf*), son igualmente aplicables; aplicación sustantiva que se fija en la sentencia última.

En Austria, en el caso de enjuiciamiento por delito cometido con anterioridad a una sentencia previa, la determinación del cumplimiento efectivo de condena para esas dos infracciones, tampoco se relega para ejecución de sentencia, sino que conforme al § 31 de su Código Penal, al enjuiciar en último lugar, se pondera la anterior condena y se impone exclusivamente una pena adicional (*Zusatzstrafe*), sin que la suma de ambas condenas pueda exceder de la que fuera imponible en caso de concurso. La misma solución que a partir de la STS núm. 751/1999, establecemos nosotros para el supuesto de diversas infracciones que integrarían delito continuado pero que por avatares procedimentales son enjuiciadas en procesos diversos.

¹⁰ COM(2005)91

A la misma conclusión llegamos a través del examen de la Propuesta de DM, con el resto de los documentos que escalonan el camino formativo de la redacción definitiva de la Decisión, que abundan en la relación directa del texto del artículo 5.3, con la resistencia de los EEMM a aceptar la obligación de proceder a acumular o a fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas, ponderando la condena dictada por otro EM. Así, pese a los deseos de la Comisión, diversos EEMM objetaron que la Decisión conllevara como consecuencia la obligación de la acumulación de condenas¹¹, lo que motivó la agregación de dos párrafos más a los iniciales 3.1 y 3.2; al tiempo que la exemplificación de la absorción y acumulación en la parte expositiva, entre los efectos de la asimilación, desaparecía. Holanda, expresó al respecto que no debería ser obligatorio, tener en cuenta la condena extranjera anterior, si de haberse tratado de una condena nacional, la pena impuesta por ésta se habría deducido de la impuesta en el nuevo proceso¹². La Comisión entendía que algunos Estados califican de maximalista dicha posición y propone una solución de compromiso: "el apartado 1 no se aplicará en la medida en que la consideración del nivel de pena impuesta por la condena anterior dé lugar a la imposición en el nuevo proceso de una pena inferior a la pena que se habría impuesto si la condena anterior hubiera sido una condena nacional"; esta redacción sigue sin ser asumible para diversos Estados, ante la preocupación por el hecho de que la valoración de condenas dictadas por otros Estados miembros pudiera limitar, en algunos supuestos, las facultades del Juez nacional para individualizar su propia condena. La exemplificación parte de la delegación holandesa, que expresó su preocupación por las posibles consecuencias de los diferentes niveles de las penas en los distintos EEMM en relación con su legislación, que conllevaría en determinadas circunstancias era que si en el Estado miembro A se ha impuesto una pena de 5 años en una condena anterior y Holanda impondría en un caso posterior, como punto de partida, 5 años, la plena aplicación del principio de equivalencia del artículo 3.1, supondría que no se podría imponer ninguna pena, en el nuevo proceso; lo que consideraba inaceptable¹³.

Y ante el fracaso de la solución de compromiso, es por lo que se introduce el apartado 5 del artículo 3, con la redacción que resultaría definitiva. Es decir, el apartado 5 del artículo 3, responde a la necesidad de limitar los efectos que la valoración de una condena impuesta por otro EM pueda tener en la determinación de la pena por el juez de otro Estado en el nuevo proceso¹⁴. De ahí su contenido, según el cual, si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que la condena dictada en otro Estado miembro fuera impuesta o ejecutada, los números 1 y 2 del artículo 3 no implicarán que los Estados tengan la obligación de valorar esta última condena, la del otro Estado de la Unión, como si hubiera sido impuesta por un juez nacional.

La consecuencia sistemática fue efectivamente exhortar a ponderar la aplicación de la acumulación o absorción de penas, para paliar en su caso la dureza desproporcionada que la consideración de la condena anterior dictada en otro Estado, pudiera generar en el nuevo proceso (considerandos (8) y (9)); precisamente porque restaba como opción facultativa; pero como mera desiderata. Así, el considerando (8) establece la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; y de manera concatenada, ante la inexigibilidad de ponderar la sentencia del otro EM a efectos de su acumulación, establece como remedio en el considerando (9), que al menos se admitiera en esos casos la posibilidad de la acumulación de condenas para lograr una minoración punitiva que evitase la desproporción observada.

Es decir, efectivamente la acumulación jurídica o la determinación del límite máximo de cumplimiento, resulta un instrumento adecuado para estos fines de minoración punitiva, limitadores

¹¹ Documento del Consejo núm. 11663/06 COPEN 79, de 18 de julio de 2006.

¹² Documento del Consejo núm. 13101/06 COPEN 100, de 26 de septiembre de 2006, página 5.

¹³ Documento del Consejo núm. 13101/01/06 REV 1; COPEN 100, de 29 de septiembre de 2006, nota 3 en la página 11.

¹⁴ Vd. documento del Consejo núm. 13101/06, COPEN 100, de 26 de septiembre.

de las sanciones que potencialmente puede resultar desproporcionadas con la ponderación de la condena de otro Estado en el nuevo proceso; pero ante la inexigibilidad de su aplicación, se limita a exhortar, al menos su aplicación en estos supuestos desproporcionales, deseo que no ha seguido ningún EM, pese a lo cual la Comisión, como a continuación exponemos, no entiende que por ello, que tales transposiciones transgredan el contenido de la Decisión.

La DM, establecía en su artículo 5 la incorporación a los ordenamientos internos, a lo más tardar el 15 de agosto de 2010; y también un informe sobre su aplicación que la Comisión debía presentar al Parlamento y al Consejo más tardar el 15 de agosto de 2011. Este informe se presenta el 2 de junio de 2014¹⁵, donde al examinar la aplicación del artículo 3, apartados 4 y 5, afirma expresamente que debe evaluarse a la luz de los principios y procedimientos del Derecho Penal nacional relativos específicamente a la imposición de penas, y ejemplifica entre paréntesis: *por ejemplo, penas acumuladas.*

En ese informe, donde se indica que "ninguna medida de ejecución de un Estado miembro ha hecho referencia al considerando 8, que prevé que es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de, que con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional"; por tanto, tampoco en su concreción facultativa de ponderar la acumulación jurídica o límite máximo de cumplimiento, como por otra parte se observa en la reducción de efectos que se prevén en las respectivas implementaciones y pese a ello, la Comisión entiende que el principio de equivalencia y sus efectos jurídicos se aborda adecuadamente en 13 Estados miembros de los 22 que a esa data habían notificado su trasposición. Siendo las medidas de ejecución que se ponderan en la implementación de los Estados miembros, conforme informe la Comisión, las siguientes:

En algunos Estados miembros, se tienen en cuenta las condenas anteriores durante la ejecución de la sentencia (DE, HR, NL y SE). Por ejemplo, es posible que las condenas anteriores se tengan en cuenta para la decisión sobre la libertad condicional (DE, SE) o la libertad anticipada condicional (DE), o cuando se revoca la suspensión de la pena o medida privativa de libertad (AT, DE). En algunos países, los tribunales también deben tener en cuenta las condenas anteriores a la hora de decidir si una persona condenada debe ingresar en un módulo de alta seguridad (SE) o un centro de reincidentes notorios (NL). A menudo se afirma que los tribunales revocan la suspensión de la pena o medida privativa de libertad si un individuo comete una infracción durante el período operativo (DE, SE). SE también tiene en cuenta las condenas anteriores en la decisión de conmutar una condena a cadena perpetua por un período fijo de privación de libertad.

En definitiva, la DM, establece el principio de equivalencia entre las condenas nacionales y las dictadas por otro EM de la UE, cuando hayan de ser ponderadas en un nuevo proceso por un delito distinto, pero establece la excepción facultativa, cuando esta asimilación haya de proyectarse sobre el instituto de la acumulación o determinación del límite de cumplimiento efectivo de pena; criterio mayoritario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS núm. 874/2014, del 27 de enero de 2015; 178/2015, de 24 de marzo; 179/2015, de 24 de marzo; 235/2015, de 23 de abril; 270/2015, de 7 de mayo; 336/2015, de 15 de mayo; y 628/2015, de 7 de octubre). Así como el propio Tribunal Supremo holandés, en su sentencia, de 19 de febrero de 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9407).

1.4. Incorporación en España de la normativa europea

1.4.1. Ley Orgánica 7/2014

Con cuatro años de retraso, se incorpora esa DM a nuestro ordenamiento interno, a través de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre *intercambio de información de antecedentes penales*

¹⁵ COM(2014) 312 final.

y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea y concreta alguna de sus manifestaciones en la modificación del Código Penal operada por la LO 1/2015.

Los principios generales en este ámbito, se contienen en la LO 7/2014, concretamente en su Título II, integrado por los artículos 14 y 15, del que anticipa el apartado IV del Preámbulo que supone la “consagración del principio de equivalencia”, entre las sentencias condenatorias anteriores dictadas por otro Estado Miembro y las dictadas por un Tribunal español, cuando deban ser consideradas en un nuevo proceso. Equivalencia que despliega sus efectos sobre todas las resoluciones que tal consideración deba tener lugar, tanto en la fase de investigación del delito, como durante el proceso mismo, como en la fase de la ejecución de la pena, por ejemplo, “cuando se resuelva sobre la prisión preventiva de un sospechoso, sobre la cuantía de su fianza, la determinación de la pena, la suspensión de la ejecución de una pena o la revocación de la misma, o la concesión de la libertad condicional”.

Enunciado general, al que añade diversas precisiones:

- La condena previa impuesta por otro Estado Miembro ha de ser firme.
- Debe pasar el tamiz de la doble tipificación; es decir, que derive de hechos que serían también punibles, de conformidad con la ley española vigente al tiempo de su comisión¹⁶.

Y del que establece tres excepciones:

- No conllevará la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución.
- Tampoco despliega sus efectos sobre condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro.
- Ni en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas.

Las dos últimas, fueron consecuencia de una ultimísima enmienda en su tramitación parlamentaria, pues en el Proyecto de Ley, el principio de equivalencia con las condenas dictadas por otros Estados, también proyectaba sus efectos, *para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento*¹⁷; y con ese texto inclusivo se aprobó inicialmente en el Congreso y se remitió al Senado¹⁸.

Las, excepciones al principio de equivalencia, anunciadas en el Preámbulo, las concreta la Ley Orgánica, en su artículo 14.2:

Las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

- a) Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.
- b) Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.
- c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b).

¹⁶ En la parte expositiva de la Decisión marco, también se excluía la obligatoriedad de su aplicación si la sanción anteriormente impuesta no estuviere prevista en el ordenamiento jurídico nacional.

¹⁷ BOCG, Serie A, núm. 88-1, de 21 de marzo de 2014.

¹⁸ BOCG, núm. 284, de 17 de julio de 2014.

La exclusión para las acumulaciones, tiene sustento en la previsión del artículo 3.5 de la DM; pues en definitiva, nuestro legislador, lo que afirma explicitado en forma paralela a la desestructuración antes realizada de la norma comunitaria, es:

- premisa a) que si el delito cometido en España, por el que se desarrolla el nuevo proceso, es de fecha anterior a la condena del otro Estado miembro;
- y
- premisa acumulativa b) de aplicarse el artículo 988 LECr, determina la inclusión de la condena del otro Estado miembro, en cuanto que conlleva que el resultado de la liquidación de condena, aunque el límite cuantitativo de cumplimiento de penas sea el mismo, posibilita que devenga en fecha más cercana;
- entonces,
- conclusión) dicha condena del otro Estado miembro que limita por ende la imposición de la pena resultante en España, no se pondera a estos efectos.

La asimetría que potenciaba la norma europea entre las consecuencias peyorativas de la consideración de la condena anterior y las beneficiosas, fue advertida prontamente¹⁹, riesgo que se concretó al posibilitar excepcionar el principio de equivalencia en el ámbito de las acumulaciones y absorciones, mientras que la proscripción de la desproporcionalidad que la consideración de la condena anterior podía originar ante la falta de armonización del contenido y consecuencias de las condenas en los diversos Estados (con independencia de que tal carencia no quebrante su adecuación al ordenamiento europeo -cfr. SSTJCE *Gözütok y Brügge*, de 11 de febrero de 2003, *Gasparini*, de 28 de septiembre de 2006; y *Advocaten voor de Wereld VZW*, de 3 de mayo de 2007-), desaparecía del texto normativo y restaba como mera recomendación en la parte expositiva.

En las resoluciones del Tribunal Supremo citadas que analizan la DM, una vez publicada la norma que la incorpora a nuestro ordenamiento, también se destaca que extraña y no complace, que la consecuencia práctica, con frecuencia sean sólo consideraciones peyorativas para el reo, como prisión provisional, reincidencia, individualización de la pena, etc.; y en idéntico sentido, lamentan que la Decisión haya incluido en la parte expositiva y no en la normativa, la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; al igual que las limitaciones al principio de proporcionalidad se incorporen por vía expositiva y no en el propio articulado.

El legislador español evita esta descompensación, a través de negar cualquier efecto a las condenas firmes de otro Estado Miembro, sea beneficioso o perjudicial “sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro”, de modo que para aquellos supuestos donde proscribe acumulación (14.2.c), también impide cualquier efecto (14.2.b).

Si bien, es un instrumento potencial y parcialmente paliativo de eventuales desproporciones, no es excesivamente respetuoso con el inciso final del artículo 3 de la Decisión, que señala que no obstante, los Estados miembros garantizarán que, en tales casos, sus órganos jurisdiccionales puedan tener en cuenta a otros efectos las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros; aunque es cierto que por contra, podría encontrar justificación en el principio que inspira los considerandos 8 y 9 de la parte expositiva de la Decisión, de evitación de la desproporcionalidad punitiva.

¹⁹ Palomo del Arco, Andrés, *Antecedentes penales (registro de condenas) en el ámbito europeo*, en “El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales”, de Hoyos Sancho, Montserrat coordinadora, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 371-399.

1.4.2. Extensión incongruente en la Ley 23/2014

No obstante, una mimética e indebida prolongación de la prohibición de acumulación de las sentencias dictadas por otro EM, se introduce en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que incorpora entre otras la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea*. Así, en el artículo 86, que regula la normativa aplicable a la ejecución de una condena privativa de libertad dictada por otro EM, indica en el primer párrafo de su apartado primero que será de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, pero en su párrafo segundo, añade:

No obstante, los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

La extensión de una excepción facultativa prevista en la Decisión Marco 2008/675, de exclusivo ámbito sobre los efectos de la consideración de condenas anteriores en *un nuevo proceso*, al incorporar a nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2008/909/JAI, referida a la ejecución de condenas privativas de libertad impuestas por otro Estado, supone un desvío de la normativa europea y consecuente conculcación de la misma.

Pues en definitiva, prohíbe también que las condenas de otros Estados miembros que se ejecuten en España, sean objeto de acumulación. Si bien el artículo 17 de la DM, indica que la ejecución de una condena se regirá por la legislación del Estado de ejecución, ello no autoriza a establecer requisitos disuasorios que cuestionen la efectividad del reconocimiento mutuo de la ejecutoria del otro Estado Miembro. Tanto menos, si se trata de condiciones específicas para la ejecución de las ejecutorias con origen en otro EM de la UE, que las hacen de peor condición no ya solo que respecto de las condenas pronunciadas por un Tribunal español, sino también, respecto de las pronunciadas por cualquier Tribunal extranjero que no fuere de EM de la UE, cuando por el Convenio de Estrasburgo o Convenio Bilateral, se ejecutaran en España.

El Convenio sobre traslado de personas condenadas (nº 112), hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, es instrumento de auxilio en la cooperación judicial penal tiene inicialmente por objeto el traslado de extranjeros hacia su país de origen para el cumplimiento de una condena privativa de libertad, a través de un procedimiento simple y rápido; en miras de favorecer su reinserción social; además de consideraciones humanitarias ante las dificultades de comunicación, barreras lingüísticas y ausencia de contacto con la familia

Es aplicado con una cierta asiduidad entre los Estados parte, habiendo sido ratificada (o prestado adhesión) por varios países ajenos al Consejo de Europa; así en la actualidad es de aplicación en Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la ex República yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países-Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania, además de Australia, Bahamas, Bolivia, Canadá, Chile, Corea, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Honduras, Israel, Japón, Mauricio, México, Panamá, Tonga, Trinidad y Tobago, y Venezuela.

Es decir, 64 Estados, luego 36 no pertenecientes a la Unión Europea; encontrando la doctrina, las razones de su en:

- a) La previsión de un procedimiento simplificado que aligera notablemente el periodo de traslado.
- b) El traslado puede ser solicitado tanto por el Estado donde la condena se ha pronunciado, como por el Estado de la nacionalidad del condenado (Estado de la ejecución).
- c) El traslado se condiciona al consentimiento del condenado²⁰.
- d) Este convenio se limita a proporcionar el procedimiento de traslado; pero no implica ninguna obligación para los Estados contratantes de acceder al traslado; circunstancia que determina que no se regulen las causas de denegación, ni la obligación de motivarlas.

En cuanto a Convenios Bilaterales para la ejecución de sentencias privativas de libertad impuestas por otros Estados a españoles o en su caso residentes con arraigo en España, se han celebrado 31 con países terceros a la Unión Europea: Arabia Saudí; Argentina; Bolivia; Brasil; Cabo Verde; China; Colombia; Costa Rica; Cuba; Dominica; Ecuador; Egipto; El Salvador; Emiratos Árabes Unidos; Federación Rusa; Filipinas; Guatemala; Honduras; Hong Kong; Hungría; Kazajstán; Marruecos; Mauritania; México; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; Tailandia; Uruguay; Venezuela; y Yemen²¹.

Siendo la jurisprudencia pacífica en la procedencia de incluir estas condenas, en las eventuales acumulaciones a practicar si cumplimentasen los requisitos del artículo 76 CP; así:

- a) La STS 1129/2000, de 27 junio (ECLI:ES:TS: 2000: 5235); donde se acepta la acumulación de condenas impuestas por tribunales extranjeros, cuyo cumplimiento tiene lugar en España en virtud del *Tratado Hispano-Thailandés* cuyo art. 5, establece que "la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor..." ,
- b) La STS 926/2005, de 30 de junio (ECLI:ES:TS: 2005: 4387), también en relación con una sentencia tailandesa
- c) La STS 368/2013, de 17 de abril (ECLI:ES:TS: 2013: 2477), ejecutoria núm. 21/2007 procedía de una sentencia dictada por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra y se ejecutaba en España como consecuencia aplicativa del Convenio de Traslado de Personas Condenadas del Consejo de Europa, cuyo artículo 9.3 establece que seguirán a partir del traslado las reglas de ejecución imperantes en el Estado de cumplimiento).

Es cierto, que el artículo 26.1 de la DM 2008/909/JAI, establece que sustituirá, a partir del 5 de diciembre de 2011 las disposiciones correspondientes de los siguientes convenios aplicables en las relaciones entre los Estados miembros, entre los que cita el Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas de 1983, pero precisamente porque se normativiza de modo que facilita los procedimientos de ejecución de condenas, pues de otro modo se abre la puerta, a la posibilidad de que sea invocado ex artículo 26.2²² como de mejor condición y de aplicación preferente el Convenio del Consejo de Europa de 1983, conclusión inadmisible desde la necesaria efectividad del derecho europeo²³.

²⁰ Aunque este principio cuenta con excepciones en su Protocolo Adicional de 18 de diciembre de 1997 y en los artículos 67 a del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

²¹ A los que deberá pronto adicionarse Vietnam, donde el instrumento de ratificación del Convenio de traslado de personas condenadas ha sido autorizado por las Cortes, pero no ha sido publicado aún en el BOE.

²² Los Estados miembros podrán seguir aplicando los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en vigor después del 27 de noviembre de 2008, en la medida en que estos permitan ir más allá de los objetivos de la misma y contribuyan a simplificar o facilitar en mayor medida los procedimientos de ejecución de condenas.

²³ Otra disposición que sustituye es el *Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas*. Bruselas, 25 de mayo de 1987, vigente entre Bélgica, Dinamarca, España, Italia e Islandia, en virtud del cual, España, acepta el traslado a nuestro país para cumplimiento de penas privativas de libertad, de nacionales españoles o también de residentes, cuando se trata de ciudadanos de países de la Unión Europea parte del Acuerdo.

1.4.3. Limitación temporal

La regulación sobre esta materia en la LO 7/2014, se completa con su Disposición Adicional Única, que establece que en ningún caso serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010. Esa es la fecha en la que finaliza el plazo de incorporación a los ordenamientos nacionales; y en la medida que al vedarse la acumulación de las mismas, los potenciales efectos que restan derivados de una condena previa, serían peyorativos, resulta justificada.

En cualquier caso, aún cuando se ponderara exclusivamente la disposición adicional sobre eventuales acumulaciones, resulta por una parte, que mientras se estuviese ejecutando la condena anterior en el otro estado miembro, no sería viable la acumulación, pues supondría la injerencia prohibida en el artículo 3.4 de la Decisión; y si ya estuviere ejecutada denegar la proyección de la consideración sobre la misma, no se trataría de irretroactividad desfavorable, sino de inaplicación de retroactividad favorable en el nuevo proceso, que al margen de la extensión que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH otorgan a esa institución, existe conformidad en la exclusión del principio de retroactividad favorable sobre las penas totalmente ejecutadas; como sucede en la Disposición Transitoria Sexta del actual Código Penal de 1995, limitación que no encuentra óbice en la doctrina de la Sala Segunda (STS 290/2013, de 16 de abril -ECLI:ES:TS:2013:1622-; 538/2012, de 25 de junio-ECLI:ES:TS:2012:4559-, etc.).

Un problema específico en relación al derecho transitorio en relación con las situaciones generadas antes de la implementación, era la expectativa que hubiera creado la STS 186/2014, de 13 de marzo, que en interpretación conforme *praeter legem* a la luz de la Directiva Marco 2008/675, permitió la acumulación de condena cumplida en Francia, cuando aún no existía transposición y el ordenamiento español, no recogía la excepción facultativa prevista en el artículo 3.5 DM; pero como sucedía en *Kafkaris c. Chipre* (STEDH de 12 de febrero de 2008), en modo alguno la legislación española en su conjunto, incluida la jurisprudencia al respecto, había sido formulada con precisión suficiente para permitir entender la interpretación del recurrido, la procedencia del cómputo de la condena impuesta y cumplida en Francia para adelantar la fecha de cumplimiento de las condenas impuestas en España, como asentada e inequívoca, cuando la doctrina jurisprudencial que contenía sobre esta materia, residía exclusivamente en dos resoluciones que integraban ejemplos contrarios y el que posibilitaba su aplicación derivada del instrumento jurídico europeo, conllevaba la existencia de un **ordenamiento ontológicamente incompleto**, a expensas de la necesaria implementación de la DM, con la previsión de la excepción explicitada²⁴.

1.4.4. Desarrollo en el Código Penal

Alguna concreción o desarrollo de las prescripciones de esta LO 7/2014, las encontramos en la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Esta norma, indica expresamente en el apartado VI del Preámbulo que la nueva regulación equipara los antecedentes penales españoles a los correspondientes a condenas impuestas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea, a los efectos de resolver sobre la concurrencia de la agravante de reincidencia o la suspensión de la ejecución de la pena, conforme a la DM 2008/675/JAI, o su posible revocación, que se concreta en:

- a) La modificación del artículo 22.8 que regula la reincidencia.
- b) La introducción del artículo 94 bis que se proyecta sobre todo el Capítulo II del Libro I: *a los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jue-*

²⁴ Más detalladamente, en el FJ 3º de la STS 179/2015. El criterio minoritario en contra, se encuentra desarrollado en los votos particulares de la sentencia del Pleno Jurisdiccional 874/2014, de 27 de enero.

ces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español.

El artículo 2 de la DM 2008/675/JAI, define «condena» como toda resolución definitiva de un órgano jurisdiccional penal por la que se establece la culpabilidad de una persona por una infracción penal.

Si bien el contenido del art. 94 bis, aparenta una fórmula más extensiva que la anunciada en el Preámbulo, no es así, dada a nueva redacción de los artículos 80 a 94, donde la libertad condicional para ser una modalidad de la suspensión de la ejecución de la pena. Norma de especial relevancia que proyecta la ponderación de las condenas previa no canceladas de otro Estado Miembro de la Unión Europea, **tanto para la concesión como para la revocación** de las formas sustitutivas allí contempladas.

2. Reincidencia

La principal consecuencia, de la ponderación de la anterior condena de otro Estado de la Unión Europea, es la posibilidad de la reincidencia europea; de modo que adicionada a la normativa anterior, respecto de esta agravante, la procedencia geográfica de la condena, determina una triple variante: a) nacional; b) europea; y c) internacional o universal, si bien en este último caso, respecto de muy precisos delitos.

2.1. Reincidencia Nacional

Hay reincidencia, indica el artículo 22.8º CP, cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

2.1.1. Constitucionalidad

Esta agravante, es muy cuestionada por la doctrina, si bien su subsunción constitucional, quedó resuelta con la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 150/1991, de 4 de julio, donde aún cuando admite su controvertida naturaleza, desde una perspectiva general se niega la contradicción de la normativa que la regula, con: a) los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena; b) los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad; c) el derecho a la igualdad; d) la prohibición de trato degradante; d) los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes; y e) la prohibición del bis in idem.

En la STC núm. 152/1992, con remisión a la anterior, niega que conculque el principio de igualdad de trato del recurrente respecto de los demás condenados en la causa en quienes no concurría dicha agravante pese a que todos ellos tuvieron idéntica conducta; como tampoco vulnera el principio *non bis in idem*, en cuanto implica tomar en consideración unos hechos, por los que ya fue juzgado y condenado; cuestión que reitera en la STC 188/2005, de 4 de julio, con cita de la inicial 150/1991:

(...) es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su siguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer.

2.1.2. Fundamento

Declarada su constitucionalidad, persiste la discusión sobre su verdadero fundamento y la conveniencia de su mantenimiento. De hecho el Anteproyecto inicial de la reforma del CP, que

daría lugar a la LO 1/2015 la convertía en una circunstancia de apreciación facultativa, si bien tal opción fue descartada en las sucesivas redacciones de su iter legislativo. En nuestros códigos históricos, se preveía como facultativa en el Código de 1928, donde la toma en consideración se hacía depender de las circunstancias personales del infractor, la naturaleza de las infracciones y el tiempo transcurrido entre su ejecución o bien el tiempo que el delincuente perseveró en el delito, si éste fuere continuo; pero recupera su carácter obligatorio en el Código de 1932, que retoma de manera prácticamente literal la regulación del Código de 1870.

No obstante, la diferencia esencial, con los textos históricos, desde la reforma de 1983, es la desaparición como agravante de la reincidencia genérica, más conocida como reiteración, que atendía exclusivamente a la existencia de una condena anterior, sin exigencia alguna de identidad ni siquiera similitud entre el delito objeto de condena anterior y el enjuiciado en el nuevo proceso, ni tampoco ubicación sistemática coincidente de los mismos²⁵.

En cuanto a su fundamento²⁶, la jurisprudencia indica la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación. Es decir, que la reincidencia no se corresponde con la idea de que hay que castigar más por haber cometido antes otro delito u otros muchos delitos, sino con la de que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos. (STS núm. 1020/2006, de 5 de octubre, con cita de algún precedente).

Por su parte la STS núm. 535/2008, de 18 de septiembre, compila y especifica los criterios de fundamentación:

El fundamento de la agravación de la medida de la pena a causa de la reincidencia es cuestionable en cuanto pueda superar la culpabilidad del autor por el hecho concreto imputado. Son muy numerosos los criterios seguidos para identificarlo, entre ellos, como se recordaba en la STC nº 150/1991, que declaró la constitucionalidad de la agravante, los que se detienen en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad, bien por la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al Ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina reconoce en cualquier caso la dificultad de prescindir de un incremento de la reacción social frente a quienes incumplen de modo reiterado los mandatos jurídicos referidos a aspectos esenciales, cuya protección se orienta a garantizar una convivencia basada en el respeto y en la vigencia efectiva de los derechos de todos. Desde esta perspectiva, la agravación de la pena en estos casos se relaciona con las funciones de prevención, no solo especial, sino también general y no solo negativa, en cuanto que aumenta la intimidación con una mayor extensión de pena, sino también positiva, ya que reconoce que para determinados casos es necesaria una mayor afirmación de la vigencia y valor del Derecho.

2.1.3. Naturaleza

Eminentemente personal, de conformidad con el artículo 65 CP, no resulta comunicable al resto de partícipes del delito, de modo que solo agrava la responsabilidad de la persona en quien concurra.

Por otra parte resulta compatible con cualesquiera otra circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Aunque responde a similar fundamento, debe distinguirse de la habitualidad criminal; instituto que viene definido en el artículo 94 CP en relación a los sustitutivos de la pena, al describir como reos habituales a quienes hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en

²⁵ El único requisito entonces exigido era haber sido condenado el culpable por delito al que la Ley señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquélla señale pena menor.

²⁶ Un compendio sobre el fundamento de esta agravante puede encontrarse en Vaello Esquerdo, Esperanza, *Aspectos problemáticos de la reincidencia*, <<Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam">>, Nieto Martín, Adán, coordinador, Vol. 1, Cuenca, 2001, pp. 1359-1374.

un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Cuestión también diversa al delito habitual (violencia habitual del artículo 173.2, sobre las personas allí enumeradas; o la dedicación habitual en el tipo agravado de uso de información privilegiada del artículo 285.2.1^a).

2.1.4. Requisitos normativos

- a) Condena ejecutoria por delito. Con dicha expresión se exige que la condena conste en sentencia firme, sin que fuere preciso que la misma se hubiere ejecutado.
 - i) En cuanto al delito previo, no computan los delitos leves. Aunque dada la omisión de restricción alguna, el criterio general conlleva que el antecedente por delito grave o menos grave, si se cumplen el resto de los requisitos, determina la agravante de reincidencia en el nuevo proceso por delito leve.
 - ii) Por su parte, los delitos imprudentes, si bien no están excluidos del ámbito de la agravante, las reglas dosimétricas del artículo 66, no resultan de observación.
 - iii) No existe impedimento a su apreciación en relación con delitos previstos en leyes penales especiales, dada la aplicación supletoria de las disposiciones del Código, conforme establece el artículo 9 CP²⁷.
- b) Cronológico: la condena ha de ser anterior al momento de comisión del delito objeto de enjuiciamiento. Requisito cronológico que solo plantea dudas cuando el nuevo proceso sea por delito permanente o continuado, en cuyo caso, resulta de aplicación cuando la condena recae durante la ejecución del delito permanente o alguno de los ilícitos que integran el *continuum*, es ulterior a la condena firme (STS núm. 180/2007, de 6 de marzo).
- c) El delito previo y el enjuiciado, requieren una doble identidad:
 - i) Deben estar comprendidos en el mismo título; requisito de fácil constatación, pero criticado por su estricta consideración formalista, pues la diversa ubicación sistemática de conductas ilícitas idénticas por la ponderación adicional de una cualidad personal del sujeto activo, o por una especial cualificación del sujeto pasivo, o la especial finalidad, privan por ejemplo, por esa exigencia, el aplicar la agravante de reincidencia al condenado por muerte terrorista o por homicidio de Jefe del Estado, si ulteriormente comete un homicidio común; y.
 - ii) Han de ser de la misma naturaleza. La jurisprudencia entiende, a partir de la Disposición transitoria séptima del CP²⁸, que concurre esta exigencia valorativa, cuando media identidad de bien jurídico protegido en los dos delitos y, además, identidad en la forma de ataque al mismo, en cuanto ello revela una misma tendencia criminológica. (STS núm. 971/2010, de 12 noviembre). Afirma también esta resolución que para determinar la "misma naturaleza" puede ser un criterio orientador el de la homogeneidad o heterogeneidad de los delitos, conforme a la jurisprudencia elaborada en torno al principio acusatorio.

La casuística es compleja y profusa, si bien por su reiteración criminológica destacan:

- El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 6 de octubre de 2000 que considera de la misma naturaleza: robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas.

²⁷ La STS núm. 330/2006, de 10 de marzo, contempla una condena por delito de contrabando concurriendo reincidencia, cuestión que no es objeto del recurso, aunque resulta relevante que nadie cuestione la procedencia de la agravante.

²⁸ Disposición transitoria séptima: *A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataque en el mismo modo a idéntico bien jurídico*. La Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de mayo de 1996, señala de esta norma que lo esencial en la misma es la identidad de objeto de protección y forma de ataque, debiendo interpretarse la similitud de denominación en un sentido laxo y más conceptual que puramente gramatical.

- En la otra conducta típica de mayor frecuencia, el tráfico de drogas, se ha considerado que media diversa forma de atacar el bien jurídico tutelado, entre la conducta prevista en la figura básica del artículo 368 y al menos alguna de las formas agravadas:

“En el caso enjuiciado, el delito contra la salud pública en su tipo básico (tenencia preordenada al tráfico de drogas) y el subtipo agravado del art. 369.1 del Código penal (cuando “las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en establecimientos penitenciarios”) tienen la misma denominación y atacan idéntico bien jurídico protegido, y en cuanto a la misma naturaleza, no puede dejar de declararse que si algún delito es de la misma naturaleza es precisamente la relación que existe entre el tipo básico y el subtipo agravado pues parten de la misma acción, atacan el mismo bien jurídico, si bien contemplan características adicionales que, sin variar la esencia de la infracción ni su naturaleza, comportan una mayor gravedad y, por consiguiente, una mayor dosificación punitiva. Ni siquiera el criterio del distinto modo de agresión al bien jurídico protegido puede ser sostenible en este caso, pues la difusión de la droga (tráfico ilícito, en definitiva) es la esencia de la estructura misma de la acción, y lo accesorio el lugar de dicha difusión; ahora bien, el legislador ha considerado que tal difusión en el interior de centros docentes, o en centros, establecimientos y unidades militares, o en establecimientos penitenciarios o en centros asistenciales, suponían una mayor gravedad de la acción y, por consiguiente, una más intensa antijuridicidad material, lo que hace acreedores a sus autores de una mayor graduación punitiva, siempre contemplándose ambos comportamientos de la misma naturaleza. No es la reiteración del mismo delito (tipo delictivo) lo que fundamenta la reincidencia, como parece entender la Sala sentenciadora, sino de una infracción delictiva situada en el mismo rubro legal (título, en el caso del art. 22.8 del Código penal) y de la misma naturaleza, en los términos expuestos” (STS 2133/2002 de 16 de diciembre).

- Por su parte la STS núm. 1078/1998, de 17 de octubre, indica que la naturaleza del delito a los fines de la reincidencia depende por un lado del bien jurídico protegido y, por otro, de las características del ataque al mismo reveladoras de la tendencia criminológica del autor. Por regla serán los medios empleados para vulnerar el interés social protegido los que permitan inferir esta tendencia criminológica del autor. Desde este punto de vista no cabe considerar que un delito que requiere fuerza, como el robo, sea de la misma naturaleza que un delito que se comete mediante engaño, como es el caso de la estafa.
- d) La inscripción de los antecedentes penales debe estar vigente, es decir resulta preciso que no hayan sido cancelados o hubieran debido serlo.

2.1.5. Exigencias jurisprudenciales sobre la constancia de la ausencia de cancelación

Con carácter general, la Sala Segunda, en relación a la concurrencia de la circunstancia de reincidencia viene exigiendo con claridad y contundencia que todos los elementos fácticos de la sentencia precedente en la que se quiere fundar la reincidencia deben de hacerse constar en la propia resolución, y que la falta de tales datos objetivos lleva inexorablemente a la eliminación de tal circunstancia de agravación (STS núm. 529/2015, de 22 de septiembre, entre otras muchas).

Así, la STS núm. 547/2014, de 4 de julio (con cita de otras precedentes), tras recordar que la doctrina de esta Sala en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia, parte del dato legislativo de que el art. 22.8 CP después de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, indica que resulta necesario para su estimación que:

1º) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega estén tan acreditadas como el hecho delictivo mismo.

2) En los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación.

3) En la sentencia de instancia consten todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECr pues ello supondría incorporar nuevos datos fácticos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede emplearse en casos de recurso por infracción de ley para perjudicar directa o indirectamente al reo.

4) Para apreciar la reincidencia consten en el *factum*: i) fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias; ii) el delito por el que se dictó la condena; iii) la pena o penas impuestas; y iv) la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

5) Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición, expresando la STC 80/1992, de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de cancelación (art. 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (doctrina resumida en la STS 4/2013, de 22 de enero y STS núm. 313/2013, de 23 de abril).

Es especialmente rigurosa la jurisprudencia en la exigencia de la constancia de estos datos; y así en la STS 435/2015, de 9 de julio, ante la falta de la indicación de la pena recaída en la anterior condena, estima el recurso y desestima la agravante:

(..) carecemos del dato de la pena o penas impuestas y la fecha en que las dejó efectivamente extinguidas; y si bien en principio, aunque la pena fuere la mínima imponible por delito, incluso multa y la hubiera dejado extinguida (prisión preventiva igual o superior, indulto...), el mismo día en que resta firme 24 de septiembre de 2004, aún no habían transcurrido dos años el 15 de septiembre de 2006, de modo que parece inviable que dichos antecedentes por delito de lesiones, hubiera podido ser cancelados dados los plazos establecidos en el artículo 136 CP; sin embargo, como argumenta el propio recurrente, si hubiera sido de aplicación el artículo 801.2 LECr o hubiera procedido degradación por las diversas causas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro I del Código Penal (tentativa, complicidad, eximente incompleta, atenuante muy cualificada, varias atenuantes, etc.), proyectadas sobre el 147, especialmente si se hubiera aplicado el artículo 147.2, dicha cancelación, aunque resulta improbable, hubiera podido acaecer, lo que determina, dada la interpretación en esta materia favorable al reo, la estimación de este motivo.

Además, los datos exigidos para comprobar que los antecedentes no han sido cancelados o que hubieran podido cancelarse, deben obrar en la narración de hechos probados, no basta la referencia al folio de la causa donde se encuentren, ni que se recojan en la fundamentación; como recuerda la anterior resolución, con cita a su vez de la STS núm. 211/2015, está lógica y radicalmente prohibida una consulta de los autos cuando lo que se busca es un complemento del hecho probado en contra del reo; menos aún cuando nos movemos en el marco del art. 849.1º LECr en que en rigor y según la técnica casacional clásica ni siquiera tendríamos la disponibilidad de la causa (sería totalmente rechazable aprovechar que la causa se ha remitido como consecuencia de estar entablados otros motivos -vulneración de precepto constitucional- para resolver el motivo por infracción de ley del art. 849.1 a espaldas de lo que exige la disciplina casacional). Por ello, las elucubraciones antes efectuadas sobre la cancelabilidad, aunque resultaran desdichas con el simple contraste con la hoja de antecedentes penales, devienen necesarias en cuanto exigencias irrenunciables de la técnica casacional y los principios penales.

En este sentido la STS 313/2013, de 23 de abril, afirma: en el relato fáctico se declara expresamente que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Estima el Ministerio Fiscal que se trata de un error material como se deduce del fundamento jurídico quinto de la sentencia, que se refiere a una condena firme de 9 de diciembre de 2004, y que el propio acusado reconoció que tenía antecedentes en su declaración ante el Juzgado obrante en las actuaciones, pero lo cierto es que, si se trataba de un error material, debió solicitarse su subsanación en tiempo y forma ante el Tribunal sentenciador, siendo necesario en este trámite respetar los hechos probados.

2.1.6. Consecuencias punitivas de la reincidencia

Desaparecidas ya la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, así como el incremento en un cincuenta por ciento del tiempo preciso sin delinquir para la obtención de la cancelación de antecedentes penales, en la actualidad, son:

a) Como agravante genérica para las personas físicas:

- i. Cuando concurra sin atenuantes, las previstas en el artículo 66.1.3^a, la aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.
- ii. Cuando concurra con dos o más atenuantes o una sola o varias muy cualificadas, impide la degradación vinculante de la pena prevista en el artículo 66.1.2^a.
- iii. Si concurre con otras dos agravantes y ningún atenuante, podrá aplicarse la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior (66.1.4^a).
- iv. Si los delitos objeto de condena previa respecto de los que puede predicarse la reincidencia, son al menos tres, tiene naturaleza “cualificada” y podrá aplicarse la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate (66.1.5^a). Denominada habitualmente multirreincidencia, es institución que aparece y desaparece en nuestros textos codificados penales cual si Guadiana se tratase²⁹. El texto hace depender tal exasperación punitiva del resultado del resultado del examen las condenas precedentes, así como de la gravedad del nuevo delito cometido.

b) Como agravante genérica para las personas jurídicas;

- i. La regla 1^a del artículo 66 bis. indica que resultan de aplicación de las reglas antes citadas del artículo 66.1, la 2^a, 3^a y 4^a.
- ii. La regla 2^a del artículo 66 bis, señala por su parte que si la persona jurídica fuera reincidente, las sanciones previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33³⁰, podrán imponerse por un plazo superior a dos años.
- iii. Esta regla 2^a, también prevé que en caso de multirreincidencia (incursa en el supuesto del 66.1.5^a), podrán imponerse con carácter permanente las sanciones previstas en las le-

²⁹ Aparece por vez primera con carácter general en el Código de 1928; desaparece en el de 1932; recobra vigencia con el Código de 1944; la reforma operada por la LO 8/1983 la suprime; en la redacción inicial del Código actual de 1995 no aparece; pero es introducida de nuevo por la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003.

³⁰ Artículo 33.7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica....
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

tras b) y e), y por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33.

- c) Dificulta notablemente la concesión del indulto a tenor del artículo 2.3º de la Ley de 18 de junio de 1870, que lo veda en caso de reincidencia, salvo que, a juicio del Tribunal sentenciador hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.
- d) En los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia, posibilita la aplicación del decomiso ampliado de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a la persona condenada cuando el Juez o Tribunal resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito, en los términos del art. 127 bis.
- e) Como agravante específica en los delitos de captación o utilización de menores o personas con discapacidad en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y delitos de pornografía infantil, cualifica el tipo agravado del 189.2 h), determina una exasperación de pena prevista de 1 a 5 años de prisión de los tipos básicos a la pena de 5 a 9 años de prisión.
- f) Asimismo la multirreincidencia innominada determina un tipo agravado en el delito de hurto (art. 235.1.7º). El hecho de que no se mencione en el tipo la expresión reincidencia, avoca a entender que no rigen las restricciones del 22.8º, y las condenas por delitos leves que no hayan sido canceladas o fueren cancelables sirvan para alcanzar el cómputo de las tres condenas previas³¹. Aunque se preveía en relación con los delitos de “este capítulo”, es decir el dedicado exclusivamente a los hurtos, al final se hizo constar “este título”, es decir, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, lo que dificultará con frecuencia concluir la necesaria identidad de naturaleza, difícilmente predictable en los delitos contra el orden socioeconómico.
- g) Previsión de agravación que también se contiene para la estafa en el art. 250.1.8º y para los delitos de administración desleal y apropiación indebida por remisión de los arts. 252 y 253 CP, cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este “Capítulo”. Tal restricción de título a capítulo, evita al intérprete hallar cuales fueren los delitos de igual naturaleza, al venir determinados en la norma: estafa, administración desleal y apropiación indebida, cuando en el nuevo proceso sea por cualesquiera de esos tres delitos. De igual modo computarían las condenas por delitos leves no canceladas.

Por el contrario, en la actualidad, aunque dificulta notablemente, no impide de manera absoluta:

- a) La concesión de la suspensión de la ejecución de la pena. Por una parte aunque el artículo 80.2 exige que el condenado haya delinquido por primera vez, además de excluir a estos efectos la consideración de las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves y los antecedentes penales cancelados o cancelables, expresa que *tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.*

También de manera excepcional, aunque no se trate de delincuente primario, podrá otorgarse la suspensión, si no se trata de reos habituales para condenas que no superen los dos años de prisión (artículo 80.3); hasta condenas de cinco años de prisión en los supuestos de comisión motivacional por dependencia a sustancias señaladas en el 20.2º (artículo 80.5); y para cualquier condena en el caso enfermedad muy grave con padecimientos in-

³¹ En este mismo sentido la Circular 1/2015 FGE, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

curables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (artículo 80.4).

- b) La aplicación del tipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368 CP; así la STS núm. 724/2014, de 13 de noviembre, con cita de la 1359/2011, de 15 de diciembre señala que la agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado (del párrafo segundo del artículo 368), en supuestos en que nos encontramos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo. Y ello para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo. En igual sentido la STS núm. 969/2013, de 18 de diciembre.

2.2. Reincidencia europea

Consecuencia de la Decisión Marco 2008/675/JAI, la LO 1/2015, adiciona un párrafo a la regulación de la circunstancia agravante octava en el artículo 22:

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

Ya indicamos, que la incorporación general de la DM, se realizó a través de la LO 7/2014, de modo que la regulación de la reincidencia europea, en cuanto específica *consideración de las resoluciones condenatorias entre los EEMM de la UE con motivo de un nuevo proceso penal*, no sólo se haya comprendida en el Código Penal, sino también en la LO 7/2014 y en su aplicación, en ambos casos debe tenerse presente la Decisión Marco 2008/675/JAI, en cuanto al interpretar el derecho nacional, resulta obligado hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la DM, para alcanzar el resultado a que se refiere la norma europea (cifr. Sentencia del Tribunal de Justicia -Gran Sala-, de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, caso *Pupino*).

Consecuentemente, los requisitos de su aplicación son:

- a) Sentencia firme impuesta por otro Estado de la Unión Europea (art. 22.8 CP).
- b) Cronológicos:
- i) Ejecutoria que debe ser de fecha anterior a la comisión del delito. Expresamente se indica que no cabe cuando el proceso español sea anterior a la condena del otro Estado [art. 14.2.a) de la LO 7/2014] el nuevo proceso sea por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro [art. 14.2.b) de la LO 7/2014].
 - ii) En ningún caso, cuando las condenas dictadas por el Tribunal del otro Estado miembro fueren anteriores al 15 de agosto de 2010. Ello es consecuencia del principio de irretroactividad de las normas desfavorables, al ser esa la fecha límite en que conforme al artículo 5.1 de la DM, los EEMM deberán haber tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma.
- c) Materiales:
- i) Los hechos objeto de condena por el otro Estado, también han de ser punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión [art. 14.1.a) de la LO 7/2014]. Requisito de doble incriminación o doble tipificación, que no precisa la identidad del delito imputado (*nomen juris*) ni de la calificación jurídica del hecho; basta la coincidencia en la descripción del hecho naturalístico y su calificación en ambos casos como delito, sujeto consecuentemente a una sanción de tipo penal. A estos efectos, resulta de utilidad la jurisprudencia sobre extradición y otros instrumentos de cooperación judicial.

- ii) Pero también de igual naturaleza, aunque lógicamente no resten previstos en el mismo título; es decir que coincidan en el bien jurídico protegido y en las características del ataque al mismo.
- iii) En el caso de que la condena del otro Estado imponga una sanción no prevista en el ordenamiento jurídico nacional, tampoco debería operar la reincidencia. Al margen de que el considerando sexto de la DM, es uno de los supuestos exemplificados a los que no obliga, dado que el principio de equivalencia que impone la Decisión, conlleva que se atribuyan a las condenas de los otros Estados, los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional (art. 3), en la medida que dicha condena anterior no hubiera podido existir en nuestro ordenamiento, el principio de equivalencia no resultaría quebrantado.
- iv) Cuestión similar, sería que esa clase de sanción sí estuviera prevista en nuestro ordenamiento, pero no en la dimensión impuesta por el otro Estado, al exceder los máximos legales de nuestro ordenamiento; cuestión que inicialmente habría que derivar hacia postulados de proporcionalidad. El considerando octavo de la Decisión aconseja la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que la consideración de la condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional. En su consecuencia, en el considerando siguiente, posibilita que en casos de dureza desproporcionada, el órgano jurisdiccional nacional reduzca en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales.

Pero nuestro sistema de limitación del máximo punitivo para el caso de diversas infracciones, resulta poco flexible, parte como toda la parte dosimétrica de una desconfianza hacia el poder judicial, pese a la asistemática correlación punitiva existente entre los tipos penales, cada vez más irregular, de modo que no existiría remedio desde esta perspectiva, tanto menor cuando se ha optado por denegar la posibilidad de acumulación jurídica a estas condenas en uso de la excepción facultativa que preveía el artículo 5.3 de la DM.

Por ello, también en este caso, la solución es igualmente entender que tal condena con penas que exceden nuestros límites máximos, no son aptas para ser ponderadas en un nuevo proceso en nuestro país, en cuanto en el derecho nacional no podrían existir, de manera que no se desconoce el principio de equivalencia impuesto. De otra parte, la falta de estimación de la reincidencia, desde una perspectiva de justicia material interna, resultaría en algún modo compensada con el exceso punitivo en la condena anterior.

- d) Condena vigente; es decir que el antecedente penal haya sido cancelado o fuera cancelable con arreglo al Derecho español. Rige por tanto el plazo más corto de cancelación, ya fuere el del Estado de condena, o el previsto en la normativa española. Es cierto que no se indica expresamente que acaece si en el Estado de condena el antecedente fuera cancelable pero no se ha acordado la cancelación o no sea recibido en nuestro Registro Central de Penados la notificación de esa cancelación, pero en la medida que existe la obligación de comunicar sin demora las cancelaciones (art. 4.3 Decisión Marco 2009/315/JAI), debiera entenderse equiparados los términos cancelado y cancelable.
- e) Información suficiente sobre dichas condenas para ponderar la concurrencia de los anteriores requisitos. Tal información se puede conseguir a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, cuestión objeto de la última parte de la ponencia; si bien conviene advertir que no bastar el mero listado o certificado de antecedentes, sino que generalmente se precisará además copia o testimonio de la ejecutoria.
- f) Además, como en el caso de condena anterior de tribunales nacionales, también deberán constar en el relato de la sentencia, todos los elementos y datos precisos que posibilitan su estimación.

Un problema de no fácil solución, en el momento de apreciar la reincidencia europea, es considerar cuando la condena proveniente de otro EM, tiene su origen o no, en la comisión de un delito leve, dado que los mismos no computan en las reglas dosimétricas. Para su concreción, aunque resulte indicativo, no bastará en ocasiones atender a la entidad de la pena impuesta, ni al testimonio de la ejecutoria, sino que será preciso examinar el sistema de clasificación de infracciones penales y catálogo de penas del otro Estado. En todo caso, salvo que la equiparación del delito objeto de condena sea posible sin resquicio a duda alguna, con un delito de nuestro ordenamiento menos grave o grave, no será posible estimar la agravante.

2.3. Reincidencia internacional

Por reincidencia internacional, se entiende el reconocimiento por la jurisdicción penal de un Estado, de las sentencias de condena extranjeras, a efectos de apreciar la agravante de reincidencia.

Ya, a finales del siglo XIX, en el Congreso penitenciario internacional de París de 1895, se defendía que debían gozar de una cierta autoridad, como era evitar la imposición de un nueva pena, por delitos ya castigados en el extranjero; y ya en el Congreso penitenciario internacional de Washington (1910), se propuso que este efecto reflejo se extendiera a la ponderar las sentencias extranjeras, para cuya efectividad se recomendaba poner en conocimiento de los diversos países, las condenas impuestas en el extranjero a sus nacionales³².

Así, el aún vigente Código Penal italiano de 1930³³ ó el Código Penal suizo de 1937³⁴ en la redacción que mantuvo hasta 2007, atienden a este criterio. Fuera de Europa cabe citar, el CP Panamá de 1922³⁵, el CP federal mexicano de 1931³⁶, el CP uruguayo de 1933³⁷, el CP argentino³⁸, el CP brasileño de 1940³⁹; y de igual forma el art. 70 de nuestro CP de 1928 establecía que para la aplicación de las circunstancias de reiteración, reincidencia y delincuencia habitual se ten-

³² Cifr. CUELLO, CALÓN, E., *Derecho Penal*, rev. CAMARGO HERNÁNDEZ, C., Tomo I, Volumen II, 17^a ed., Barcelona, pp. 596-597.

³³ Art. 12 Riconoscimento delle sentenze penali straniere

Alla sentenza penale straniera pronunciata per un delitto puo' essere dato riconoscimento:

1) per stabilire la recidiva o un altro effetto penale della condanna, ovvero per dichiarare l'abitudine o la professionalita' nel reato o la tendenza a delinquere;

2) quando la condanna importerebbe, secondo la legge italiana, una pena accessoria;

3) quando, secondo la legge italiana, si dovrebbe sottoporre la persona condannata o prosciolta, che si trova nel territorio dello Stato, a misure di sicurezza personali;

4) quando la sentenza straniera porta condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno, ovvero deve, comunque, esser fatta valere in giudizio nel territorio dello Stato, agli effetti delle restituzioni o del risarcimento del danno, o ad altri effetti civili.

Per farsi luogo al riconoscimento, la sentenza deve essere stata pronunciata dall'Autorita' giudiziaria di uno Stato estero col quale esiste trattato di estradizione. Se questo non esiste, la sentenza estera puo' essere ugualmente ammessa a riconoscimento nello Stato qualora il Ministro della giustizia ne faccia richiesta. Tale richiesta non occorre se viene fatta istanza per il riconoscimento agli effetti indicati nel n. 4.

³⁴ El texto del art. 67.2 disponía: *Est assimilée à l'exécution en Suisse, l'exécution à l'étranger de peines et mesures analogues à celles que prévoit le présent code, si le jugement n'est pas contraire à l'ordre public suisse.*

³⁵ Art. 11, aún vigente.-. La sentencia penal extranjera absolutoria tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales. La condenatoria lo tendrá para determinar la calidad de reincidencia o habitualidad del reo, siempre que se trate de delitos previstos en la ley panameña.

³⁶ El texto del art. 20 establece: *Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometiera un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.*

³⁷ El art. 48.1º define así la agravante de reincidencia: *Se entiende por tal, el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena, cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena.*

³⁸ El artículo 50 establece: *Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.*

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

³⁹ Art. 63 - *Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitado em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.*

drían en cuenta las penas impuestas por los Tribunales de Guerra y Marina y por los extranjeros de jurisdicción ordinaria.

En época más reciente, el CP costarricense de 1970⁴⁰, guatemalteco de 1973⁴¹, hondureño de 1983⁴², regulan la reincidencia internacional con carácter general; y aún más próximos en el tiempo, el CP de Portugal de 1995⁴³, o el CP colombiano de 2000⁴⁴.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, la reincidencia internacional, no se prevé con carácter general, sino ocasional, en seguimiento de exigencias o recomendaciones de Tratados internacionales, donde se generalmente se preveían como consecuencia accesoria o de efectividad de la persecución universal o a menos regional, de determinados delitos. Así en relación a los delitos de falsificación de moneda, en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda; el delito de prostitución, en el Convenio y Protocolo final para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950; el delito de tráfico de estupefacientes y precursores en el Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas, hecho en Viena, el 20 de diciembre de 1988 y respecto de la falsificación de medicamentos, el Convenio del Consejo de Europa sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011⁴⁵; o el delito de trata en el previamente citado de Lake Success y en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia, el 16 de mayo de 2005.

A su vez, por LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, su artículo 2.3 otorga efectos a las Sentencias de Tribunales extranjeros sobre “delitos de igual entidad” a los previstos en la Ley para la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia; habiendo sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la STC 199/987, de 16 de diciembre:

Este Tribunal ha venido reconociendo la transcendencia constitucional del principio de legalidad penal y, por ende, la relevancia constitucional de la prohibición de la analogía. Sin embargo, no puede decirse que el art. 2.3 impugnado imponga y suponga el uso de la analogía, en el sentido técnico del término. Se trata más bien, de establecer si existe una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente enjuiciado en un ordenamiento extranjero. Ello puede generar dificultades en ciertos casos, dadas las grandes diferencias existentes al respecto entre las legislaciones penales comparadas, pero el elemento fundamental a tomar en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas, existiendo instrumentos internacionales, muy en particular el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 ratificado por España («Boletín Oficial del Estado» de 8 de octubre de 1980) que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo. De modo que esta llamada «reincidencia internacional» -ya contemplada en nuestro Código en los arts. 289 (falsificación de moneda), 344 (cultivo y tráfico de drogas) y 452 bis f) (prostitución)-, no presupone una

⁴⁰ Art. 39.- *Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición.*

⁴¹ Art. 27. 23.- *Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.*

⁴² Art. 28.- *Es reincidente el que incurre en un nuevo delito antes de transcurridos cinco años desde la condena por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya cumplido la pena o no. No se computará en el indicado plazo de cinco años el tiempo en que el agente permaneciere privado de libertad, por detención preventiva o por la pena.*

⁴³ Art. 75.3.- *As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa.*

⁴⁴ Artículo 17. Sentencia extranjera.- *La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales.*

⁴⁵ El apartado I del Preámbulo de la LO 1/2015, erróneamente atribuye a este Convenio la fecha de 28 de abril de 2014. Convenio que entra en vigor, el 1 de enero de 2016, el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de tres meses desde la consecución de su ratificación por cinco signatarios, al menos tres pertenecientes al Consejo de Europa (España, Hungría, Moldavia, Ucrania y Guinea).

extensión analógica del precepto penal, sino una precisa previsión legal que identifica la agravación de reiteración en un hecho perfectamente tipificable mediante la valoración, para la apreciación de reincidencia, de la similitud entre dos delitos en razón a su igual naturaleza o entidad, lo que es conceptualmente inherente a la propia naturaleza de esta circunstancia modificativa. En consecuencia, ha de rechazarse que el art. 2.3 de la Ley impugnada esté en contradicción con el art. 25.1 de la Constitución

En definitiva, en la redacción del Código Penal actual, se prevén para los delitos de trata de seres humanos; prostitución, explotación sexual y corrupción de menores; contra la salud pública; falsificación de moneda; y terrorismo; en los términos establecidos en los artículos:

- 1) Trata de seres humanos. Artículo 177 bis.10: *Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*
- 2) Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores. Artículo 190: *La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.*
- 3) Contra la salud pública. Artículo 375: *Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*
- 4) Falsificación de moneda. Artículo 388: *La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español.*
- 5) Terrorismo. Artículo 580: *En todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.*

Pese a su asistemática regulación, de la doctrina antes expuesta del Tribunal Constitucional y del contenido de la previsión general de la reincidencia en el artículo 22.8^a, cabe concluir como requisitos de la reincidencia internacional:

- a) La condena anterior pronunciada por un Tribunal extranjero, debe ser firme.
- b) Anterior al momento de la comisión del delito que se enjuicia en el nuevo proceso.
- c) Es preciso que es necesario que exista “una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma” entre el delito que se enjuicia y la condena extranjera previa.
- d) Los antecedentes penales extranjeros no deben estar cancelados ni tampoco ser susceptibles de cancelación, conforme al derecho español, pues aunque expresamente no se recoja en todos los supuestos esta delimitación negativa, al establecerse una “equiparación”, con una condena previa española, resulta exigible.
- e) Al igual que respecto a la reincidencia nacional, todos los elementos esenciales que acrediten la falta de cancelabilidad, debe obrar en el relato de la sentencia.
- f) Igualmente es exigible que se trate de delitos de la misma naturaleza; tarea que generalmente vendrá facilitada al tratarse de concretas tipificaciones con origen en una norma convencional internacional; no obstante, en el caso de los delitos contra la salud pública, debe prestarse especial atención al venir dado el ámbito de la norma por figuras típicas de

diversa índole; así la STS núm. 1320/2003, de 17 de octubre, con cita de varios precedentes, ya advertía en el ámbito interno:

Entre los delitos contra la salud pública que aparecen en el capítulo III del título XVII de nuestro CP, los hay de diferentes clases, como son, además de estos de los arts. 368 y ss. relativos al tráfico de drogas, otros -art. 359 y ss- que se refieren, por ejemplo al despacho de medicamentos deteriorados o caducados, o de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos por las leyes, o con aditivos no autorizados que pueden causar daño a la salud, o al envenenamiento o adulteración con sustancias infecciosas de las aguas potables o sustancias alimenticias. Entendemos que, a efectos de la reincidencia que estamos examinando, no son de la misma naturaleza todas estas infracciones criminales comprendidas en este capítulo III.

Efectivamente, mientras los delitos regulados entre los artículos 361 a 367 resultan relacionados el Convenio del Consejo de Europa sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares de 2011, cuyo art. 14 aboga por prever la posibilidad de tener en consideración, en la determinación de la pena, las condenas firmes dictadas en otra Parte por delitos de la misma naturaleza; los artículos 368 y siguientes tienen su origen en el Convenio de Viena de de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1998.

También, en materia de tráfico de estupefacientes, resulta de interés recordar la jurisprudencia del TEJUE⁴⁶, en relación a la aplicación del artículo 54 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen⁴⁷, que prohíbe el *non bis in idem*; de especial relevancia pro cuanto partíamos del texto de los artículos, art. 36.2. a), i) del Convenio Único sobre Estupefacientes 1961: *cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto*; y del art. 22.2. a), i) del Convenio psicotrópicos 1971: *si se ha cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1, cada uno de esos actos será considerado como un delito distinto*; que conllevaban en la práctica habitual, en operaciones de transporte, no sólo pronunciar la condena en ambos Estados, sino con frecuencia, en el segundo país se aplicaba la agravante de reincidencia, de conformidad con los arts 36.2. a), iii) del Convenio de 1961 y 22.2. a), iii) del Convenio de 1971⁴⁸.

Pues bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concluye que el criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido; de modo que los hechos punibles consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes deben considerarse, en principio, como «los mismos hechos» en el sentido del referido artículo 54, aunque la apreciación definitiva a este respecto corresponde a las instancias nacionales competentes; de donde con anterioridad la condena previa en otro Estado cuando se refería a la circulación de la droga por su territorio determinaba la agravante de reincidencia cuando se juzgaba por la circulación de esa misma droga en otro Estado, en la actualidad integra un supuesto de *non bis in idem* que determina la inviabilidad de la condena en el segundo Estado.

⁴⁶ Casos acumulados Gözütok y Brügge, C-187/01 y C-385/01, sentencia de 11.02.03; caso Miraglia C-469-03, sentencia de 10.03.05; caso Van Esbroeck C-436/04, sentencia de 09.3.06; caso Gasparini C-467/04, sentencia de 28.09.2006; caso Van Estraten C-150/05, sentencia de 28.09.2006; caso Kretzinger C-288/05, sentencia de 18.07.2007; o caso Kraaijenbrink C-367/05, sentencia de 18.07.2007; caso M. C-398/12, sentencia de 5.06.2014.

⁴⁷ Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

⁴⁸ Además el artículo 71 CAAS, expresamente establece que por lo que se refiere a la cesión directa o indirecta de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, así como a la tenencia de dichos productos y sustancias a efectos de cesión o exportación, las Partes contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con los convenios existentes de las Naciones Unidas, todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

3. Obtención de información de las condenas de otro estado miembro

Lógicamente, para poder estimar la agravante de reincidencia o la toma de consideración de las condenas anteriores para cualquier otro efecto, resulta requisito imprescindible su conocimiento previo. Los mecanismos de la obtención de este conocimiento, es el objeto ahora analizado.

Para su estimación, cuando fueren conocidas las circunstancias de la sentencia condenatoria, aunque fuere parcialmente, pero susceptibles de permitir su identificación por el Tribunal que la dictó, la solicitud de su copia o testimonio se puede solicitar a través de una comisión rogatoria a este órgano judicial. Pero si en vez de los términos de una concreta condena, lo que deseamos conocer son los antecedentes penales completos de una determinada persona la búsqueda puede resultar más compleja; especialmente con la utilización de los Convenios tradicionales, situación que los instrumentos de la Unión Europea, tienden a solucionar, con la instauración de un mecanismo operativo que facilita su obtención.

3.1. Propuesta de decisión marco de 17 de marzo de 2005

3.1.- La Propuesta de Decisión marco del Consejo *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*⁴⁹, inicialmente tenía como objeto declarado, en su artículo 1, además de establecer las condiciones en que los EEMM considerarán, con motivo de un nuevo proceso penal las condenas pronunciadas en otro EM por hechos diferentes; las circunstancias en que procederían a la inscripción de estas condenas en su registro de penados.

Aunque no se obligaba a realizar su inscripción, en el caso que se hiciera, imponía un criterio de “transparencia”, por el cual, la pena inscrita debe corresponder a la pena pronunciada en el EM de condena, aunque el importe de la pena no sea conforme a las normas del Estado de inscripción; salvo el supuesto de que dicha pena haya sido objeto de conversión, como se efectúa, por ejemplo, para su ejecución en este Estado.

Si bien establecía el principio de que la inscripción en el registro nacional de penados de una condena pronunciada en otro EM no debía suponer para la persona un trato más desfavorable que si la condena se hubiera pronunciado a nivel nacional, enunciado que luego no sería desarrollado. Aunque si prosperaría una de sus concreciones, cual es el trato más favorable en orden a la cancelación, de modo que si el Estado de condena la cancela, así deberá recogerse en el Registro del otro Estado, salvo que le hubiere sido aplicada la legislación más favorable en el Estado de su nacionalidad o residencia.

El Parlamento Europeo, en el informe de consulta obligatoria, aprobado el 8 de septiembre de 2006, entre otras consideraciones entendió que el apartado referido a las condiciones de inscripción en el Registro, debían ser reguladas con exclusividad en otro instrumento europeo en trámite, la Propuesta de Decisión marco *relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*⁵⁰, lo que motivaría como antes indicamos, la trámite disociada entre la normativa sobre la ponderación de los efectos de la condena previa y las condiciones de inscripción de esa condena en el Estado de la nacionalidad o en su caso residencia.

3.2. Instrumentos tradicionales

La obtención del conocimiento de condenas penales extranjeras, fundamentalmente se obtenía a través del Convenio del Consejo de Europa nº 30, sobre asistencia judicial en materia penal, de 1959⁵¹.

⁴⁹ COM(2005) 91 final, de 17.03.2005.

⁵⁰ COM(2005) 690.

⁵¹ Convenio ratificado por todos los 47 Estados miembros del Consejo de Europa; y además, también lo han ratificado Chile, Corea e Israel.

Su Título IV, lleva por rúbrica antecedentes penales y se íntegra exclusivamente con el artículo 13:

1. Toda Parte requerida comunicará, en la medida en que sus propias autoridades judiciales puedan obtenerlos en casos semejantes, los extractos o información relativa a antecedentes penales que soliciten las autoridades judiciales de una Parte Contratante y sean necesarios en una causa penal.

2. En todos los casos no incluidos en el párrafo 1 del presente artículo, se accederá a una solicitud semejante en las condiciones establecidas por la legislación, los reglamentos o la práctica de la Parte requerida.

Es decir, establece una obligación de comunicación a requerimiento de otro Estado, cuando de un procedimiento penal se trate; mientras que remite en su párrafo segundo a la normativa o la práctica interna, cuando la información haya de incorporarse a un procedimiento no penal, es decir, civil o administrativo.

Pero además de esta comunicación a requerimiento en un proceso determinado, regula el Convenio en su Título VI, el intercambio de información sobre condenas judiciales; concretado en el artículo 22:

Cada una de las Partes Contratantes informará a cualquier otra parte interesada de las sentencias penales y medidas posteriores que afecten a los nacionales de esta última y que hayan sido objeto de inscripción en el Registro de Antecedentes Penales. Los Ministerios de Justicia se comunicarán recíprocamente esta información por lo menos una vez al año. Si la persona de que se trate está considerada como nacional de dos o más Partes Contratantes, dicha información se comunicará a cada una de las Partes interesadas, salvo que la mencionada persona posea la nacionalidad de la Parte en cuyo territorio ha sido condenada.

De forma que impone la obligación de comunicación de las sentencias penales que tengan acceso a su registro, a los Estados de donde el condenado sea nacional; así como las vicisitudes ulteriores de la misma, especialmente la cancelación o rehabilitación; al menos, una vez al año.

Los cuestionarios preparatorios del Libro Banco *relativo al intercambio de información sobre condenas penales y al efecto de éstas en la Unión Europea*, enviados por la Comisión de la Unión Europea, también solicitaban información sobre la cumplimentación de esta obligación, habida cuenta que los entonces 25 EEMM de la UE, también eran Parte del Convenio de 1959; respuestas que adquieran mayor relevancia que la habitual remisión burocrática sobre la propia observancia de la normativa internacional por parte de los diferentes Estados, pues no sólo se limitaban a preguntar sobre la propia actividad, sino especialmente si los demás Estados cumplían con su obligación de intercambio, remitiendo las condenas de los respectivos nacionales o residentes a los demás Estados Parte. El resultado, revelaba un cierto grado de cumplimiento, aunque sin existir medios de control efectivos, por lo que dista de ser integral; sólo Bélgica, Estonia, Hungría, Irlanda y Letonia, admiten que no realizan la obligada remisión; aunque en mayor o menor medida, todos reciben comunicaciones de otros Estados.

A destacar que mientras, Bélgica, Hungría, Irlanda, habían manifestado reservas a este artículo 22, de índole operativo, no material, también lo hicieron Finlandia, Francia, Luxemburgo y Países Bajos⁵², que cumplimentan en lo posible dicha norma, si bien en algún caso, las reservas fundamentalmente atañían a la falta de recursos técnicos que permitieran comunicar el seguimiento y evolución de la condena, en especial en caso de medidas de gracia.

El Protocolo Adicional de 1978 al Convenio de 1959, a través de su artículo 4 añadió un segundo párrafo a este artículo 22:

Asimismo, cualquier Parte Contratante que haya facilitado la información anteriormente mencionada comunicará a la parte interesada, a petición de la misma, en casos particulares, copia

⁵² Y entre los Estados no integrantes de la UE, la Federación Rusa y Andorra.

de las condenas y medidas de que se trate así como cualquier otra información correspondiente, para permitirle examinar si requieren medidas a nivel nacional. Dicha comunicación tendrá lugar entre los Ministerios de Justicia interesados.

Sólo Irlanda y Reino Unido, entre los Estados que ratificaron el Protocolo⁵³, formularon reservas a este artículo 4; si bien la ausencia de formulación no era garantía de debido cumplimiento.

Con ámbito restringido a la Unión europea, el Convenio 2000, sobre asistencia judicial en materia penal entre sus EEMM⁵⁴, en su artículo 6.8 mantuvo la vía de las autoridades centrales para la comunicaciones relativas a la información sobre condenas judiciales contemplada en el artículo 22 del Convenio de 1959, pero permite que las copias de las condenas y medidas previstas en el artículo 4 del Protocolo Adicional de 1978, puedan dirigirse directamente a las autoridades competentes.

Además de esta información sobre la observancia parcial de las obligaciones del Convenio del 59, destaca el Libro Blanco, la existencia, fundamentalmente de tres tipos de dificultades en la información sobre condenas penales:

- a) dificultad de identificar rápidamente los EEMM en los que una persona ya ha sido objeto de condena; obviamente respecto a los países no signatarios del Convenio de 1959, pero también respecto de los Estados parte, porque si bien el Convenio obliga a los Estados partes del Convenio a transmitir las condenas pronunciadas contra ciudadanos extranjeros, no impone a los Estados de nacionalidad la obligación de inscribir estas condenas en sus registros nacionales, de modo que con frecuencia no se registra, o se hace de forma restrictiva;
- b) dificultad de obtener la información rápidamente y según un procedimiento sencillo; pues al utilizarse la vía de las autoridades centrales, no resulta precisamente célere; y.
- c) dificultad de comprender la información eventualmente transmitida, por la diversidad de sistemas jurídicos y de la diversidad de contenido e información que contienen las inscripciones en los registros en cada Estado.

Para superar estas dificultades y lograr en plazos razonables la instauración de un mecanismo eficaz de intercambio de información sobre condenas penales, se analizan dos alternativas::

- a) crear un fichero europeo o *índice europeo de personas que hayan sido objeto de condena* donde obre exclusivamente los elementos que permitan identificar a la persona (apellidos, nombre, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad, etc.) y el EM en el que ya haya sido condenada; y
- b) poner en *red los registros nacionales*, cuya implantación implicaría dos fases; inicialmente, la instauración de un sistema de determinación de los EEMM en los que una persona tenga antecedentes penales y de la infraestructura técnica y electrónica que permita el intercambio rápido y seguro de información sobre condenas penales; y ulteriormente, en una segunda fase, la elaboración de un formato europeo estandarizado de intercambios que permita al usuario final obtener una información comprensible y utilizable.

⁵³ Todos los Estados Parte del Consejo de Europa, salvo Andorra, Bosnia-Herzegovina, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

⁵⁴ DO C 197, de 12.07.2000, pp.1-23; en la actualidad en vigor en 24 de los 28 EEMM de la Unión europea: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Lituania, Letonia, Luxemburgo, Holanda, Malta, Portugal, Polonia, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia; es decir todos salvo Croacia, Grecia, Irlanda e Italia (<http://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2000023>).

3.3. Decisión 2005/876/JAI, de 21 de noviembre de 2005

En la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21.11.2005, *relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales y su desarrollo*⁵⁵, la opción elegida fue la última enunciada pero con especial atención a la mejora de los mecanismos de transmisión de información sobre condenas, para lograr un doble objetivo:

- a) que las condenas impuestas en un EM a los nacionales de otro EM sean conocidas cuanto antes por este último EM; y
- b) que cada EM pueda obtener, en un plazo muy breve, la información contenida en los registros nacionales de antecedentes penales que precise.

Así, el EM que condene a un ciudadano que no sea nacional de dicho Estado resulta obligado a enviar inmediatamente información, incluidas las correspondientes actualizaciones, sobre esta condena al EM de la nacionalidad del condenado; de modo que se convierte en el depositario de todas las condenas pronunciadas contra dicha persona. Resulta obligado a almacenar y actualizar toda la información recibida, así como a remitir toda la información cuando así se le solicite. De manera que cada EM estará en condiciones de aportar una información exhaustiva, actualizada y completa sobre los antecedentes penales de sus nacionales cuando así se le solicite por otro EM, con independencia de dónde se hayan pronunciado dichas condenas.

El núcleo fundamental por tanto del sistema elegido y por tanto de la normativa de la Decisión, es la atinente a la información de oficio de las condenas al Estado de la nacionalidad y a la atención diligente de las solicitudes de información que le sean formuladas.

La diferencia esencial con el Convenio de 1959, estriba en que allí, sólo existía obligación de remitir esa información de forma globalizada, una vez al año, ahora la comunicación debe hacerse en cuanto accede la condena al Registro del Estado que la pronuncia. En los casos en que la persona condenada fuere nacional de dos o más Estados, la información deberá transmitirse a todos ellos, salvo que la persona fuere también nacional del Estado que le condena.

Esta Decisión, cuyo plazo límite de aplicación por los EEMM era el 21 de mayo de 2006, completa y facilita la aplicación de las disposiciones de los artículos 13 y 22 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 y de sus Protocolos adicionales, así como del Convenio *relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, de 29 de mayo de 2000 y de su Protocolo. Y conlleva, la renuncia de acogerse entre los EEMM de la UE; de las reservas que hubieran formulado al artículo 13 del Convenio de 1959, no así las reservas formuladas al artículo 22. Si bien no afectara a la aplicación de acuerdos bilaterales o multilaterales más favorables⁵⁶.

Por tanto, en nada afecta esta Decisión, a la petición del testimonio o copia de una concreta sentencia, que puede solicitarse directamente entre autoridades judiciales (cifr. art. 6.1 Convenio 2000).

⁵⁵ DO L 322, de 9.12.2005, pp. 33-37.

⁵⁶ En desarrollo e implementación de esta Decisión, la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, comunicó en forma circular, ya en enero de 2006, dando noticia de su existencia, a la vez que destacaba de dicha resolución, los siguientes principios:

- Existencia de una autoridad central en cada Estado, que en el caso español se corresponde con el Registro Central de Penados y Rebeldes.
- Centralización de los intercambios de información a través de esa autoridad central.
- Racionalización de los intercambios mediante modelos normalizados de utilización común.

E indicaba que para dar cumplimiento a lo previsto en la misma, los juzgados y tribunales españoles que en razón a los procedimientos que tramiten, requieran información sobre los antecedentes penales existentes en el país de origen de ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea, deberían solicitarlo en un concreto modelo que adjuntaba; formulario que una vez completando con los datos correspondientes de cada caso debían enviar exclusivamente por fax al concreto número que indicaba. Si bien el método de difusión no fue excesivamente eficaz.

Una vez recibida esta solicitud, por el Registro Central de Penados y Rebeldes cursa la petición a la autoridad central del país de que se trata en el modelo oficial previsto en la Decisión y tan pronto como obtenga respuesta la comunica al juzgado o tribunal que la haya solicitado a los efectos oportunos.

3.4. Decisión marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009

Sucedía, no obstante, que la Decisión no obligaba a los EEMM a consignar en su registro de antecedentes penales condenas o información relativa a asuntos penales distintas de las que estuvieren obligados a registrar a tenor de sus legislaciones nacionales. Limitación que motivó la sustitución de esta norma por la Decisión Marco 2009/325/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 *relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*⁵⁷.

En relación con la anterior Decisión 2005/876/JAI, no modifica sustancialmente los mecanismos tradicionales de comunicación de condenas; igualmente tiene por objeto garantizar que el EM de nacionalidad esté en condiciones de dar una respuesta correcta y exhaustiva a las solicitudes de antecedentes penales referidas a sus nacionales que reciba; así como establecer el marco que permitirá concebir y desarrollar un sistema informatizado de intercambio de información sobre las condenas penales, basado en la utilización de un “formato europeo estándar” que haga posible intercambiar esta información de manera homogénea, informatizada y de fácil traducción mediante mecanismos automatizados.

Así, aunque la estructura es similar a la Decisión vigente, cualitativamente difiere, en cuanto no resulta limitada la comunicación y registro a lo establecido en cada legislación nacional, sino que establece ya la obligatoriedad de cada EM de comunicar a los demás EEMM, las condenas impuestas a sus nacionales, así como la obligación de los recepcionarios de registrar dichas condenas, conservarlas e incluirlas en las correspondientes notificaciones cuando le sea solicitado por cualquier otro EM.

En concreto, la obligación que deben trasmitir los Estados de la nacionalidad en respuesta a las correspondientes solicitudes para su ulterior incorporación a un procedimiento penal, abarca:

- a) condenas nacionales;
- b) condenas pronunciadas en otros EEMM, que le hayan sido transmitidas⁵⁸;
- c) condenas pronunciadas por terceros países que le hayan sido transmitidas⁵⁹.

La información, solicitudes de información y respuestas se realizarán a través de la Autoridad Central o Autoridades Centrales de los EEMM.

En orden a su coordinación y actualización establece que toda modificación o cancelación de una anotación en el EM de condena conllevará idéntica modificación o cancelación en la información obtenida en el EM de nacionalidad por comunicación de aquel. De modo que la autoridad central del EM de condena debe comunicar sin demora a la autoridad central del EM de nacionalidad las posteriores modificaciones o cancelaciones de la información que conste en el registro de antecedentes penales.

También resulta obligado el Estado de condena, cuando le fuere solicitado, en relación con casos particulares, copia de las condenas y medidas subsiguientes, así como cualquier otra información conexa pertinente, para permitirle examinar si es necesario aplicar alguna medida a nivel nacional.

Como es habitual y con mayor justificación en esta materia, se adiciona un específico formulario a utilizar; que será remitido en una de las lenguas oficiales del Estado requerido.

⁵⁷ En el DOUE, L-2009-80622 de fecha 7 de abril de 2009, el año de la Decisión Marco, apareció como 2008.

⁵⁸ Aquí obliga a diferenciar según el régimen de la Decisión con que se incorporaron; como consecuencia de la obligación de la Propuesta, diferenciadora de la Decisión vigente, de la conservación íntegra de las remisiones de otros Estados (en su caso con las modificaciones que le Estado remisor notifique).

⁵⁹ Respecto de España, indicar que conforme al Convenio de Lisboa, de 12 de octubre de 1984, deberíamos intercambiar información sobre condenas de narcotráfico con Argentina, Cuba, Chile y Ecuador; y además gestionamos el Registro de Condenas por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas dictadas por los tribunales de los Países Hispano-Luso-Americanos, regulado por RD 1176/1992 (BOE nº 238, de 3.10.1992), de desconocida operatividad.

Con carácter general distingue tres niveles de información que deben transmitirse:

a) información obligatoria:

- i. información sobre el condenado (nombre completo, fecha, y lugar de nacimiento (ciudad y Estado), sexo, nacionalidad y, en su caso, nombres anteriores),
- ii. información sobre el carácter de la condena (fecha de la condena, designación del órgano jurisdiccional, fecha en la que la resolución pasó a ser definitiva),
- iii. información sobre el delito que dio lugar a la condena (fecha del delito subyacente a la condena, y nombre o tipificación jurídica del delito, así como referencia a las disposiciones jurídicas aplicables),
- iv. información sobre el contenido de la condena (en particular la pena y posibles penas accesorias, medidas de seguridad y resoluciones posteriores que modifiquen la ejecución de la pena);

b) información optativa, en realidad obligatoria si tales datos obran en el Registro:

- i. el nombre completo de los padres del condenado;
- ii. el número de referencia de la condena;
- iii. el lugar del delito;
- iv. inhabilitaciones derivadas de la condena.

c) información complementaria si la autoridad central dispone de ella:

- i. el número de identidad del condenado o el tipo y número de su documento de identidad,
- ii. impresiones dactilares obtenidas del condenado,
- iii. si los tiene, seudónimos y alias.

Tal determinación, resulta obligada, ante la diversidad de datos que recogen los diferentes Registros Centrales de Antecedentes; donde la información viene referida pues a la identificación de los delincuentes de una manera amplia, los delitos cometidos y las penas impuestas; sin perjuicio de que además el Estado de condena podrá remitir al Estado de la nacionalidad, cualquier otro dato que obre en el Registro.

Aunque aumenta las garantías de uso de los datos de carácter personal, se han previsto, aún resultan muy deficitarias, especialmente en relación con su utilización para procedimientos no penales. El propio Supervisor Europeo de Protección de Datos, aún reconociendo las mejoras de la Propuesta sobre la Decisión vigente, reprocha⁶⁰:

- el excesivo ámbito, en cuanto se autoriza respecto de fines ajenos al proceso penal⁶¹;
- escasa salvaguardia en la remisión a terceros países;
- además de entender que en observancia del principio de proporcionalidad, debería limitarse sólo a condenas graves.

En todo caso, los datos de carácter personal comunicados para su uso en un procedimiento penal solo podrán ser utilizados por el EM requirente en el marco del procedimiento penal para el cual se solicitaron. En el caso de su petición para su uso fuera de un procedimiento penal

⁶⁰ Vd su informe en DO C 313, 20.12.2006, pp. 26 y ss.

⁶¹ La razón emotiva de esta expansión, se encuentra en el asunto Fourniret, ciudadano francés, inculpado en 2004 de la muerte de siete jóvenes, que había logrado trabajo en una cantina escolar, a pesar de que había sido condenado en Francia como autor de una agresión sexual de menores en 1987, pero las autoridades belgas ignorantes de esa circunstancia, le concedieron un certificado de buena conducta para desempeñar el empleo.

solo podrán ser utilizados por el EM requirente, con arreglo a su Derecho nacional, para los fines para los que los haya solicitado y dentro de los límites especificados por el EM requerido. En todo caso no rigen esas limitaciones de uso, en caso de “resultar necesario para evitar una amenaza inminente y grave para la seguridad pública”.

Los plazos de respuesta que establece son muy breves, en realidad impone que sea “inmediata”; y en cualquier caso que no exceda de 10 días hábiles desde la fecha de la recepción; y 20 días si la solicitud proviene de un ciudadano sobre sus propios antecedentes.

En relación con otros instrumentos jurídicos:

- a) Para los EEMM completa las disposiciones del artículo 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y de sus Protocolos adicionales de 17 de marzo de 1978 y 8 de noviembre de 2001, así como del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y de su Protocolo de 16 de octubre de 2001.
- b) Las reservas al artículo 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, se entienden renunciadas entre los EEMM.
- c) Sustituye entre los EEMM a lo dispuesto en el artículo 22 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, completado por artículo 4 del Protocolo adicional de 17 de marzo de 1978.
- d) Deroga la Decisión 2005/876/JAI.

Por su parte el artículo 4.3 de la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, excluye de su ámbito “el intercambio de información sobre condenas penales extraída del registro de antecedentes penales”, remitiendo a esta normativa específica; contenido correlativamente incorporado en el artículo 187.3 de la Ley 23/2014: los antecedentes penales tendrán un régimen específico de transmisión, quedando fuera del ámbito del exhorto europeo de obtención de pruebas.

Aunque debía implementarse antes del 26 de marzo de 2012, España no lo hace hasta la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales...

3.5. ECRIS

Tales siglas corresponden al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, cuyo embrión se genera en 2003, cuando Francia y Alemania inician el proyecto de interconexión que cobra impulso con el compromiso adoptado por los jefes de Estado francés y alemán, con motivo del 40 aniversario del Tratado del Elíseo, que también fue desarrollado con participación de Bélgica y España y en un breve período de prueba, se hizo efectivo entre los cuatro Estados, el 31 de marzo de 2006. Tras la reunión de Bratislava, en junio de 2007 et Southampton, en diciembre de 2007, nuevos Estados, se incorporaron al proyecto, si bien con diversos plazos de integración para su interconexión técnica a la “Red de Registros Judiciales”. Se unieron al proyecto Luxemburgo, Polonia y la República Checa en 2008; Eslovaquia y Bulgaria en 2009; Italia en 2010; el Reino Unido en 2011, seguido de Portugal, los Países Bajos, Lituania, Suecia y Eslovenia.

Desde el punto de vista jurídico, su fundamentación en los artículos 13 y 22 del Convenio del 59, complementados por el Convenio 2000 entre EEMM de la UE y la Decisión 2005/876/JAI, resultaba diáfana, por lo que no precisaba modificación de la legislación española.

Los problemas, eran de índole técnica, fundamentalmente con la traducción, que se pretende respetuosa en sus equivalencias jurídicas; y además que se realice de forma automatizada. Para ello se elaboraron unas tablas homologadas donde obran las reiteradas 32 categorías de

delitos exentos de la doble incriminación en los instrumentos de reconocimiento y mutuo y además de los delitos considerados más habituales. La transmisión de datos se realizará a través de la red europea TESTA (*Trans European Services for Telematics between Administration*).

La automatización de la traducción, aunque operativa, lleva como consecuencia que previamente a cualquier consecuencia que se pretenda inferir de estas notas registrales, debería ser contrastada con la sentencia de referencia que provoca la inscripción. Baste indicar que las traducciones parten de unas tablas de equivalencia de delitos y penas, con la obvia dificultad ante la diferencia de tipicidades y sanciones existentes. La tabla de delitos parte en su inicio de un acuerdo en la definición de 45 familias comunes de delitos que se subdividen en 178 subcategorías; las penas y medidas de seguridad parece que ofrecen menos problemas y se atiende a la configuración de una tercera tabla, que informará sobre la estructura de los órganos judiciales de cada EM⁶².

El desarrollo y los resultados obtenidos por este proyecto, en particular la infraestructura propia de tecnología de la información y las tablas de referencia, fueron la fuente de inspiración fundamental del sistema ECRIS, regulado por la Decisión 2009/316/JAI del Consejo de 6 de abril de 2009 *por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI*, que implicaba ya a todos los EEMM⁶³.

Los objetivos explícitos de ECRIS son:

- i) crear la arquitectura general para el intercambio electrónico de información extraída de los registros de antecedentes penales mediante un software de interconexión que permite el intercambio de información entre las bases de datos nacionales y la existencia de una infraestructura de comunicación común, que inicialmente será la S-TESTA
- ii) fijar el formato europeo estandarizado de transmisión de información sobre condenas, a cuyo fin elabora tablas de referencia de categorías de delitos y de categorías de penas, que permitan la comprensión mutua de la información que se transmite mediante un sistema de códigos.

Estas tablas de referencia deben revisarse y actualizar periódicamente en el entendimiento de que no integran equivalencias jurídicas, sino que se trata de un instrumento destinado al destinatario a tener mejor comprensión de la información de condena transmitida.

En todo caso referidas a condenas penales, pues ni esta Decisión 2009/316 ni la Decisión marco 2009/315 que la sustenta, contiene obligación alguna de transmitir sentencias no penales.

Lógicamente, en esta materia además de la protesta habitual de respeto a los derechos fundamentales, también se expresa la formal observancia de la normativa sobre protección de datos.

El consenso mínimo para su puesta en desarrollo impide a las Autoridades centrales de los EEMM acceso directo en línea a las bases de datos de antecedentes penales de otros EEMM; y además son quienes responden del programa informático de interconexión y de las bases de datos que almacenen, envíen y reciban. La Comisión sólo responde de la infraestructura común

⁶² La @. Registros Penales On Line; en Revista “Escritura Pública” nº 49, Enero-Febrero 2008, disponible en <http://www.notariado.org/publicaciones/escritura/numeros/49/06.htm>,

⁶³ Con arreglo al derecho recogido en el protocolo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reino Unido decidió confirmar su participación en la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93 de 7.4.2009, p. 23); y en la . Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI (DO L 93 de 7.4.2009, p. 33), a partir del 1 de diciembre de 2014 (Decisión 2014/858/UE de la Comisión, de 1 de diciembre de 2014, DO L 345 de 1.12.2014, pp. 6-9). Por su parte, Irlanda, nada ha notificado.

de comunicación, la red S-TESTA. También objeto de algún recelo, dado que su gestión ha sido encomendada a una empresa privada: Orange Business Service - HP⁶⁴.

Como trabajo de futuro, además de la formulación de una tercera tabla sobre organismos judiciales y una imbricación con la interconexión automática que ya opera entre diversos EEMM; se plantea la cuestión de si ECRIS ha de complementarse en el futuro con un índice europeo de nacionales de terceros países condenados, en todos los EEMM de la UE, ámbito en la actualidad desprovisto de atención.

La Comisión, a través del grupo de Cooperación en materia Penal (COPEN), edita desde el 9 de marzo de 2011, un *Manual no vinculante para profesionales ECRIS*⁶⁵, que constantemente actualiza, cuyos destinatarios son usuarios finales del ECRIS, no sólo los pertenecientes a las autoridades centrales de todos los EEMM, sino también, profesionales del Derecho, personal judicial y autoridades administrativas, al entenderse de gran utilidad que adquieran conocimiento de cómo funciona esta arquitectura informática descentralizada, donde los datos sobre antecedentes penales se almacenan únicamente en bases de datos nacionales y se intercambian electrónicamente entre las autoridades centrales de los países de la UE a través de un modelo normalizado de conformidad con los principios generales reglados en la Decisión Marco 2009/315/JAI y en la Decisión 2009/316/JAI. Atiende especialmente a solventar los problemas prácticos detectados en su utilización.

En España es la red SARA⁶⁶ (Sistema compuesto de Aplicaciones y Redes que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, pone a disposición de todas las Administraciones Públicas) la que interconecta las redes de las Administraciones Públicas Españolas y las de estas con las Europeas. Para la red TESTA (ahora sTESTA) de la Comisión Europea, la red SARA es la “*National Network*” de España, con un punto único de acceso al Eurodomain. Así entre otros, la NJR, Red de intercambio de información de registros de antecedentes penales Ministerio de Justicia⁶⁷.

Desde la vertiente operativa, lo que supone en definitiva, dada la obligación que tienen los EEMM de la UE, de remitir las condenas que impongan a los nacionales de otros Estados Miembros de trasmitirles a estos esa información y los Estados recipientes de inscribirlas, basta solicitar los antecedentes penales al Estado de la nacionalidad del investigado, para conocer todas las condenas impuestas en la UE a ese ciudadano; y además la conexión entre los Registros Centrales de casa Estado, se realiza (una vez incorporado el sistema) de manera automatizada a través de una red segura que proporciona la propia UE.

⁶⁴ Vd. pregunta formulada a la Comisión E 4470/2010 efectuada por el parlamentario portugués Carlos Coelho (PPE).

⁶⁵ Que no debe confundirse con el ECRIS Technical Specifications Business Analysis (Análisis funcional y operativo de las especificaciones técnicas del ECRIS), que ofrece información técnica más detallada sobre el ECRIS y cuyo contenido sí vincula.

⁶⁶ El artículo 13 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, *por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica*, titulado *Red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas* establece:

1. Al objeto de satisfacer lo previsto en el artículo 43 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, las Administraciones públicas utilizarán preferentemente la Red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas para comunicarse entre sí, para lo cual conectarán a la misma, bien sus respectivas redes, bien sus nodos de interoperabilidad, de forma que se facilite el intercambio de información y de servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados miembros. La Red SARA prestará la citada Red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas.

2. Para la conexión a la Red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas serán de aplicación los requisitos previstos en la disposición adicional primera.

⁶⁷ Recuérdese que el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) que tiene como objeto servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales e impulsar su modernización contribuir a la conexión del Sistema de registros con los Registros de otros países UE conforme a la normativa de la UE. REGISTROS DEL SISTEMA:

RCP Registro Central de Penados

RCMC Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, del que dependerá su vez un Fondo Documental de Requisitorias.

RCVD Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

RCRC Registro Central de Rebeldes Civiles.

RCSM Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.

3.6. Incorporación a nuestro ordenamiento

Como se indicó anteriormente, la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre *intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, incorpora esta materia en la legislación española. Expresamente reseña en su Preámbulo, que con esta norma, se procura una mayor seguridad jurídica, en el marco de la cooperación judicial de la Unión Europea, que ya desarrollaba el *Registro Central de Penados* del Ministerio de Justicia, a quien expresamente se designa autoridad central competente para remitir y recibir la información de las notas de condena de antecedentes penales, así como para realizar consultas sobre los mismo y responder a las que evacuen otras Autoridades centrales.

El procedimiento de intercambio establecido como vía principal es el electrónica, en consonancia con los protocolos con base en ECRIS y de forma subsidiaria si ello no fuera posible a través de la transmisión del correspondiente formulario que obra como Anexo en por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan establecer su autenticidad.

En congruencia con la normativa europea, establece como obligaciones en cuanto a las condenas pronunciadas en España a nacionales de otro EM:

- Comunicar lo antes posible y como máximo en el plazo de dos meses contados a partir del momento en que hayan sido remitidas al Registro Central de Penados cualquier condena que conste en su registro de antecedentes penales al Estado o EEMM de nacionalidad de dicha persona (art. 6.1 y art. 8).
- En la comunicación debe acompañarse la advertencia de que tal información no podrá ser retransmitida para su utilización fuera de un proceso penal (inciso final del art. 6.1).
- El contenido de dicha información relativa al condenado, al carácter de la condena, al delito y al contenido de la condena se corresponde con los datos obligatorios, optativos y complementarios descritos en la DM (cifr. art. 7).
- Las modificaciones o cancelaciones que efectúe posteriormente el EM de condena se transmitirán inmediatamente al Estado o EEMM de nacionalidad (art. 6.2).

Las obligaciones en relación a las notas de condena impuestas a españoles por otro EM que se recibiesen, son:

- Su inscripción en el Registro Central del Penados, siempre que fueren condenas firmes y se refiriesen persona con nacionalidad española, salvo que dicha persona hubiera sido condenada en España con anterioridad, fuera o hubiera sido residente en España o hubiera tenido la nacionalidad española (art. 5.1).
- También se inscribirán las notas de condena referidas a menores de edad, pero sólo se tendrán en cuenta a efectos de su transmisión a otros EEMM, de acuerdo con la legislación del Estado de condena o la legislación nacional (art. 5.2 párrafo primero).
- Modificar o cancelar dichas inscripciones cuando así lo comunique el Estado de condena; cancelación que puede integrar la destrucción física si ello se indica (art. 5.2 párrafo segundo)

En relación con las peticiones de información, el contenido que suministra, conforme al art. 9, es:

El que consta en el Registro Central de Penados, con exclusión de las notas canceladas, si bien como consecuencia de la interconexión:

Si se trata de nacionales de otros EEMM o personas que hayan tenido residencia o nacionalidad en los mismos, la información comprenderá además las anotaciones que constan en los registros nacionales correspondientes.

Si se trata de nacionales de terceros países, o personas que hayan tenido residencia o nacionalidad en los mismos, la información comprenderá además las anotaciones sobre condenas remitidas por las autoridades correspondientes, en virtud de Convenio.

Para ello, se posibilita que consulte a la autoridad central de otro EM sobre antecedentes penales relativos a una persona cuando se requieran en el marco de un proceso penal o con cualquier otro fin válido en el ordenamiento jurídico español (art. 10); e inclusive si es un ciudadano interesado el que solicita un certificado de antecedentes penales en España, deberá hacer constar si tiene o ha tenido nacionalidad o residencia en otro EM. Los datos personales incluidos en la respuesta enviadas por otro EM sobre los antecedentes penales de una persona, sólo podrán ser utilizados para los fines con que fueron solicitados, salvo si fueran precisos para la protección del orden público o de la seguridad nacional en casos de amenaza inminente y grave (art. 13).

Y correlativamente resulta obligado a responder a consultas formuladas por la autoridad central de otros EEMM, que:

Incluirán, las notas de condena dictadas por Tribunales españoles y las dictadas por Tribunales extranjeros; con exclusión de las canceladas (art. 11).

El plazo de respuesta es de 10 días hábiles si lo solicita otro EM y 20 si lo interesa un particular (art. 12).

Concluye la norma, correlacionando la solicitud de antecedentes penales de otros Estados para su consideración en un nuevo proceso penal, e impone que cuando el investigado se trate de nacionales de otros EEMM de la UE o ciudadanos que hayan tenido residencia o nacionalidad en otro Estado, o nacionales de otros Estados con los que se haya suscrito el correspondiente Convenio de cooperación, el Juez o Tribunal o el Ministerio Fiscal “recabarán de oficio los antecedentes penales de los imputados”; ello, por cuanto el sistema de intercambio permite dar una respuesta global sobre sus antecedentes; aunque faculta también al Juez o Tribunal o el Ministerio Fiscal obtener la información relativa a las resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados mediante el intercambio de información sobre antecedentes penales o a través de los instrumentos de asistencia judicial vigente.

Parece aludir al artículo 4.4 de la DM, donde se indica que cualquier EM que haya facilitado la información sobre los antecedentes penales comunicará a la autoridad central del EM de nacionalidad, a petición de este, en relación con casos particulares, copia de las condenas y medidas subsiguientes, así como cualquier otra información conexa pertinente, para permitirle examinar si es necesario aplicar alguna medida a nivel nacional. Aunque lo ordinario es que la Autoridad o Registro Central, no disponga de las resoluciones de condena; y dado que la ejecutoria será precisa obtenerla, pues difícilmente ante la diversidad de ordenamientos y sin relato de los hechos objeto de condena, puede utilizarse motivadamente, a los efectos del artículo 22.8º ó 94 bis CP, habrá que acudir a las previsiones de la asistencia judicial penal clásica para su obtención, es decir, conocidas las circunstancias de la sentencia condenatoria susceptibles de permitir su identificación por el Tribunal que la dictó, la solicitud de su copia o testimonio se puede interesar a través de una comisión rogatoria a este órgano judicial, bien con invocación del artículo 3.3 del *Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal* del Consejo de Europa de 1959, con utilización de la vía del Ministerio de Justicia, salvo caso de urgencia que podrá enviarse a través de INTERPOL; bien para los países de la Unión Europea (salvo Irlanda y Reino Unido) por comunicación directa entre autoridades judiciales con invocación del artículo 53.1 del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*; comunicación directa que permite igualmente el artículo 6.1º del *Convenio 2000 sobre asistencia judicial penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*.

LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. Referencias a violencia de género. MODIFICACIONES L.O. 2015.

Autor: Javier Muñoz Cuesta. Fiscal del Tribunal Supremo.

RESUMEN

Dos instituciones tan relevantes en los últimos años en la práctica diaria de los Tribunales han sido profundamente reformadas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, como son la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de ésta, modificaciones que dan lugar a que el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad pueda quedar reducido por la aplicación de ambas.

La suspensión de condena se estructura de forma que la previa comisión de uno o varios delitos no impide que se pueda aplicar, fundándose ello en que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la futura comisión de hechos delictivos, concediendo relevancia a este factor sobre que el delincuente sea primario. Igualmente la revocación de la suspensión no acontecerá cuando se perpetre un delito en el plazo de garantía que se ha fijado por el órgano judicial, siempre que ello no ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión no puede ser mantenida.

Por otro lado el pago de la responsabilidad civil adquiere especial importancia al determinarse como imperativo para otorgar la suspensión, siempre con algún grado de flexibilidad en función de la capacidad del penado, relevancia de la reparación civil que se extiende hasta el límite que al hacerse totalmente posibilita la suspensión por varias penas que individualmente no superen los dos años de prisión, aunque si rebasen esa cuantía de forma conjunta.

Destacan dentro de la suspensión la imposición de prestaciones o medidas consistentes en una multa o trabajos en beneficio de la comunidad como condición de la suspensión, prestaciones que en caso alguno son sustitutivas de la pena, sino que tienen la función de garantizar de manera, más simbólica que real, que el penado está sometido al orden legal, las que pudiendo imponerse de manera simultánea entre ellas con prohibiciones y deberes, pueden hacer en exceso gravosa la suspensión.

Por último la sustitución de la pena se ha limitado después de la reforma a la expulsión de extranjeros de España, sin diferenciar entre los que se encuentran legalmente en territorio nacional de los que no lo están, privándose a Jueces y Tribunales de una herramienta de sustitución de penas privativas de libertad que funcionaba correctamente y era muy usada por éstos, apareciendo en la actual sustitución la posibilidad de expulsar a ciudadanos de la Unión Europea, lo que debe hacerse con todas las cautelas posibles por las razones que se detallan en el texto legal, ello con la finalidad de no atentar a los tratados de la Unión que regulan este particular.

1. Introducción

Dentro de las numerosas modificaciones que se han llevado a cabo en el Código Penal como consecuencia de la LO 1/2015, de 30 de marzo, sin duda una de las de mayor relevancia ha sido el régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme a los responsables de un hecho delictivo. Hay un cambio radical en la suspensión de la ejecución de las penas, adoptándose un único régimen con diversas variantes, en el que se incluyen además unas prestaciones que en realidad son penas, como parte de la aplicación que condiciona la suspensión, quedando la sustitución exclusivamente para los extran-

jerros que delinquen en España, derogándose a tal efecto el art. 88 CP, que tan repetidamente se había utilizado por nuestros Tribunales penales.

En la suspensión de las penas privativas de libertad hay que partir de una idea esencial, que éstas serán objeto de aplicación siempre que no sea necesaria su ejecución para evitar la futura comisión de delitos, evidentemente cuando se trate de penas cortas, en los términos que se prevé en el art. 80 CP. Por tanto el criterio que se debe seguir, cuando las otras condiciones concurren, será el aplicar la suspensión de condena porque ésta no va a aportar nada en cuanto a evitar la nueva perpetración de hechos delictivos, en atención a que por las circunstancias que se valoran por el órgano sentenciador no hay previsión de que ello acontezca.

Esta idea que preside la suspensión de las penas en su actual regulación, la falta de necesidad de la ejecución para evitar la futura comisión de hechos delictivos, dice URBANO CASTRILLO¹, rompe con la clásica función de esta institución en que no tengan relación en centros penitenciarios los denominados delincuentes primarios con aquellos que ya tienen un largo historial delictivo, por los perjuicios que ello causaría a los primeros en su rehabilitación, o precisamente porque no necesitan una resocialización y la ejecución de la pena no tiene para ellos finalidad alguna.

En definitiva la suspensión de condena tiene su objeto en la falta de peligrosidad del sujeto, como se decía en el derogado art. 80 CP, o en la ineficacia de la ejecución de la pena para que el agente se abstenga de realizar hechos criminales, alejándonos de la idea de que la ejecución de la pena puede perjudicar al reo en su rehabilitación social.

Destacan abiertamente dos cuestiones en la nueva regulación de la suspensión de la pena, por una parte que la existencia de condenas anteriores no impedirá su aplicación, ni la comisión de delito durante el plazo de suspensión de la pena motivará automáticamente la revocación de la suspensión. Así, el que el condenado no sea delincuente primario no impide la apreciación de la suspensión, porque las condenas anteriores no influyen en el pronóstico que se hace sobre la no comisión de delitos en el futuro.

Por otra parte destaca el papel que representa el abono de la responsabilidad civil nacida del delito, su cumplimiento o el compromiso de hacerlo supone un dato de especial relevancia en la postura que tomará el juzgador para su concesión, teniendo ésta un tinte evidente de protección de la víctima del delito, puesto que quien oculta sus bienes o no facilita el pago de la responsabilidad civil, no es merecedor de un trato privilegiado como la no ejecución de la pena.

El arbitrio judicial, que no en caso alguno la arbitrariedad, se convierten en ejes de la nueva regulación de la suspensión de condena en sus diferentes modalidades, abriendo la discrecionalidad del juzgador al obligarle a hacer una predicción sobre el devenir del comportamiento delictivo o no del condenado y esto lleva consigo un riesgo de error, que a pesar de las circunstancias o datos que pueda valorar puede dar lugar a un pronóstico equivocado.

Dice el Preámbulo de la LO 1/2015, que la modificación de la suspensión de la pena privativa de libertad tiene como finalidad esencial dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión, lo que se pretende conseguir con la incorporación de la sustitución a la suspensión, la discrecionalidad al juzgador de otorgarla a pesar de estar sin cancelar condenas anteriores del penado, flexibilidad que alcanza a que no sea revocada la suspensión incluso cuando se comete delito en el plazo de interrupción de la ejecución de la pena.

Por otro lado la sustitución de la pena de prisión ha sido relegada de manera genuina a la expulsión de extranjeros del territorio nacional conforme al reformado art. 89 CP, abarcando a delitos cometidos por un ciudadano europeo, haciéndose con carácter excepcional, siempre

¹ URBANO CASTRILLO, Eduardo. *La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad*. Revista Aranzadi Doc-trinal num.7/2015 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015. Pag.1.

que su autor represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, lo que deberá valorarse por la autoridad judicial para no atentar a los derechos de libre circulación por el territorio de la Unión Europea a todos sus ciudadanos.

2. La suspensión de la ejecución de las penas

Partiendo de las consideraciones generales antes expuestas vamos a tratar en este apartado las diferentes modalidades de suspensión de la ejecución cuando no concurren circunstancias o situaciones personales del penado o cuando éstas aparecen, motivando ello que las condiciones para la aplicación de la suspensión sean diferentes precisamente por tal causa. Así, debemos distinguir una suspensión ordinaria, de otras en que es relevante la actitud del condenado ante la víctima, su estado de salud o su adicción a sustancias, dando lugar ello a que las condiciones para conceder la suspensión varíen, lo que entendemos razonable en atención a que las normas han de aplicarse a todos por igual y de forma diferenciada cuando hay causas que lo justifiquen.

2.1. Suspensión ordinaria

La suspensión de condena no es una institución de aplicación forzosa para el Juez, más al contrario lo primeramente obligado es la ejecución de las penas que se han impuesto por sentencia en el proceso penal y más específicamente las penas privativas de libertad, que en nuestro derecho penal positivo son, art. 35 CP modificado por LO 1/2015, la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, por tanto la suspensión es una excepción al cumplimiento de las penas y lo que justifica la suspensión de la pena son primero unas circunstancias que pronostiquen que su cumplimiento no es necesario para evitar la futura comisión de delitos y además unas condiciones específicas, recogiéndose las primeras en el art. 80.1 CP y las segundas en el mismo artículo en su número 2, suponiendo que a pesar de que concurren las condiciones específicas, podrá denegarse la suspensión de condena por el peligro que manifiesta el reo que se plasmaría en la posible comisión de nuevos hechos delictivos, téngase en cuenta que la apreciación de la suspensión es una facultad reglada del Tribunal en todo caso, como lo afirma la STC 5/2002, de 14 de enero.

Dice el art. 80.1 CP que *se podrá dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*. Esta es la premisa imprescindible para aplicar la que denominamos suspensión ordinaria, que por el Juez o Tribunal se haga una predicción sobre que la no ejecución de la pena no es un obstáculo para que el penado se abstenga de perpetrar hechos delictivos, que como todo pronóstico está sujeto a error, *a sensu contrario*, si el ingreso en prisión es la única forma de impedir la futura comisión de delitos, el órgano judicial denegara la suspensión de la pena, equivocación en el pronóstico, dice RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE², que nunca se conocerá si se ha producido cuando no se suspende la ejecución de la pena.

Para hacer la predicción que nos ocupa con el porcentaje lo más alto posible de acierto el propio legislador, art. 80.1 párrafo 2º CP, ha establecido unas pautas enunciadas de manera exhaustiva, a tener en cuenta para hallar la razonabilidad de la necesidad del cumplimiento de la pena y así evitar nuevos delitos, aspectos a tener en cuenta que lógicamente decantará la postura del Juez para aplicar la suspensión de condena en su caso, los que apreciamos no pueden considerarse como los únicos a considerar, que aunque la norma citada no establezca una cláusula abierta, es evidente que si aparecen otros datos o información de utilidad para adoptar la decisión que se pretende, se deberán tener en cuenta junto con los previstos en el mencio-

² MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015. Pag. 68

nado artículo, el no hacerlo sólo manifestaría que la resolución adoptada es incompleta y puede incurrir en el error que se quiere evitar.

Las pautas que el legislador ha apreciado como imprescindibles para resolver sobre la suspensión y consecuentemente que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar futuros delitos son las siguientes: *las circunstancias del delito*, no es igualmente valorable que en la perpetración del hecho delictivo se haya utilizado violencia, intimidación o una fuerza material relevante, abusado de la inferioridad de la víctima, que lo haya sido sin esas formas, lo que manifiesta o no una peligrosidad en el delincuente; *las circunstancias personales del penado*, se refieren a si es una persona estable psíquicamente, tiene una situación familiar y laboral que le permiten tener una vida ordenada o incluso si es consumidor de sustancias que motiven que ésta pueda alterarse; *sus antecedentes*, aquí se deberán examinar no solo los antecedentes penales vigentes, no cancelados o que debieran haberlo sido, los procesos pendientes que pudiera tener el penado y también los antecedentes policiales que se pudieran recabar, valorando éstos con todas las cautelas posibles, puesto que lo que pueda aparecer en un archivo policial como actuación preliminar de un proceso penal, o en su caso como antecedente de una sanción administrativa por vía de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sin conocerse la resolución definitiva motivada por la intervención policial, es sólo una información incompleta que puede crear un equívoco respecto a la conducta anterior del sujeto; *su conducta posterior al hecho*, que habrá que referirla, no en un sentido general, si ha cometido otros delitos o ha actuado violando normas vigentes, aunque lo sean de tipo administrativo sancionador, sino a la postura de colaboración que haya adoptado con las autoridades, sin perjuicio que haya sido valorada como una atenuante, y sobre todo la actitud de respeto a la víctima y especialmente, como dice el propio artículo, el esfuerzo realizado para reparar el daño causado, que puede ser una reparación material o moral, solicitando el perdón de la víctima; *sus circunstancias familiares y sociales*, son también relevantes para pronosticar que no se cometerán nuevos delitos, puesto que si el penado tiene una situación familiar estable, con un trabajo que le es suficiente para mantener una vida ordenada, se tendrá en cuenta para suspender la pena y por último se valorarán *los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*, esto no es más que el resumen de la predicción que hace el Juez o Tribunal, pues con los datos anteriores concluirá que espera que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la perpetración de nuevos delitos y también que esa suspensión será un factor de rehabilitación del penado, que le hará reflexionar sobre su conducta anterior y optará por su integración social.

2.1.1. Condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena

Los que podemos llamar requisitos o condiciones que deben concurrir para que sea de aplicación la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena se hallan en el art. 80.2 CP, siguiendo la estructura marcada por el derogado art. 81 del mismo texto legal, a las que hay que añadir, sin duda, las ya recogidas en el número 1 del art. 80 citado, como son que la pena no supere los dos años, que se vuelve a repetir en la segunda condición que ahora trataremos y que se refiera sólo a penas privativas de libertad, además de la predicción a que nos hemos referido en el apartado anterior.

Así, las condiciones son las siguientes:

1º *Que el condenado haya delinquido por primera vez*. Este es el primer requisito que se establece para aplicar la suspensión en el art. 80.2 CP, el que en una parte es interpretado de forma auténtica por la propia norma, es decir por el legislador, y en otra parte habrá que hacer un esfuerzo hermenéutico para determinar que se entiende por haber delinquido por primera vez en cuanto a la determinación del momento en que ello debe apreciarse, o cuando los antecedentes carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

No afectará para apreciar que el penado ha delinquido por primera vez el que lo haya sido por delitos imprudentes o por delitos leves, ni el que los antecedentes penales hayan sido cancelados.

lados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 CP. La novedad introducida por la LO 1/2015 en esta cuestión se encuentra en que no impedirán la suspensión la comisión previa de delitos leves, que establece el art. 13.3 CP que serán los que estén castigados con penas leves, remisión que hay que hacer al art. 33.4 CP donde se relacionan los que tienen esa categoría, pero fijémonos que en el citado art. 13.4 inciso segundo se dispone que *cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*, lo que conlleva que determinados delitos que participan de esa doble conceptuación, serán leves a todos los efectos y no impedirán por esta vía la suspensión de la pena, como por ejemplo la falsificación de certificados que tiene pena de multa asignada de tres a doce meses, por tanto pena leve de tres meses, que marca esa consideración de delito leve.

Creemos que esta no era la intención del legislador, sino la de excluir los delitos leves que por la reforma mencionada dejaban de ser faltas y pasaban a delitos leves en equivalencia con aquéllas, pero no estas conductas delictivas que por propia naturaleza no constituyen delitos leves, aunque si lo sean por la vía del art. 13.4 inciso segundo CP, pero esa, a nuestro juicio imprevisión, no impedirá que un delito leve por el mecanismo indicado, automáticamente dejará de ser un antecedente a los efectos de este requisito.

No por ser una cuestión ya suscitada antes de la reforma de la suspensión, debemos de dejar de exponer nuestro criterio sobre en qué momento hay que apreciar si se ha delinquido por primera vez, ¿cuándo se cometieron los hechos del delito que pretendemos aplicar la suspensión o en el momento de decidir sobre su aplicación?, al tiempo de comprobar la concurrencia de las demás condiciones. Este dilema era esencial antes de la reforma por LO 1/2015, ahora lo es de menor entidad ante la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena a pesar de que el condenado tenga antecedentes penales no cancelables, pudiendo ser irrelevantes para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

Nuestra postura, sin menospreciar los argumentos en contra, es que el momento de determinar si el penado ha delinquido por primera vez es cuando se va a resolver sobre la aplicación de la suspensión, la razón esencial es que una vez firme la sentencia condenatoria es cuando hay que apreciar la peligrosidad del sujeto, es decir, en ese momento es cuando hay que resolver si la ejecución de la pena no será necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. De nada nos vale meses o años después de cometido el delito el saber que el penado había sido condenado antes de perpetrar el hecho criminal cuya pena se pretende suspender, el ser o no delincuente primario no hay que determinarlo con esa perspectiva tan alejada, debemos conocer esa cuestión tan relevante cuando hay que decidir sobre el cumplimiento o no de la pena. Podrá ocurrir que después de cometido el delito cuya pena es objeto suspensión, que el delincuente llevará a cabo múltiples hechos delictivos y sin embargo tendríamos que afirmar, de apreciar la primera de las posturas citadas, que es un delincuente primario y que ha delinquido por primera vez, lo que nos parece una apreciación absurda y casi grotesca.

En sentido contrario a lo expuesto se encuentra la STS nº 1196/2000, de 17 de julio, que aprecia que el requisito de que el reo haya delinquido por primera vez se interpreta que al cometer los hechos del delito al que se pretende suspender la pena no haya una sentencia firme condenatoria, Postura similar aprecia la Consulta FGE 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, que afirma que el sujeto, en los diversos hechos que cometió antes de que existiera una condena firme, tendrá la consideración de delincuente primario.

Pero realmente lo novedoso aportado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, es lo previsto en el art. 80.2 condición 1º último inciso CP, al afirmar que *tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros*, esto significa simplemente que se obviarán ciertos antecedentes penales no cancelados o cancelables, diferentes a los causados por delitos imprudentes y leves para apreciar la suspensión de condena.

El legislador en el preámbulo de la LO 1/2015, dice que se introduce un régimen que permite a los Jueces y Tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para juzgar su posible peligrosidad y si es posible concederle o no el beneficio de la suspensión, ello también justificado por la validez de los antecedentes penales que se tuvieran por condenas dictadas en países de la Unión Europea, por la trasposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI, mediante la LO 7/2014, de 12 de noviembre, de *Intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*.

Lo verdaderamente importante para resolver si los antecedentes penales que tuviere el penado impiden o no la suspensión de la ejecución de la pena es determinar si carecen de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros, es decir, si el delito o delitos cometidos anteriormente, el texto de la norma se expresa en plural, por su naturaleza y circunstancias no van a impedir que se aprecie por el Juez o Tribunal que ello no es obstáculo para la aplicación de la suspensión de condena. El cometido de los órganos judiciales se limitará a contemplar la naturaleza del delito y circunstancias de los hechos que dieron lugar a la condena o condenas anteriores y evaluar si con ello existe una probabilidad de comisión de futuros delitos, si así fuere se denegaría la suspensión, en caso contrario, los delitos anteriores no ofrecen ese riesgo de perpetración de nuevas infracciones criminales, se otorgará la suspensión.

Dos son los criterios que nos marca el art. 80.1 condición 1^a CP para declarar la irrelevancia de los delitos precedentes, su naturaleza y circunstancias. Respecto a la naturaleza podría servirnos, con todo tipo de precauciones, la doctrina consolidada del TS sobre la agravante de reincidencia, no así la gravedad de la infracción anterior, pudiendo acontecer que el delito previo sea grave, pero no es de la misma naturaleza y ello implica que tal gravedad es irrelevante para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. Por otro lado de la condena anterior hay que conocer sus circunstancias, puesto que el cómo se ha llevado a cabo el hecho delictivo nos dará luz para el fin pretendido. Por circunstancias no hay que tener tanto en cuenta las que lo sean de agravación o atenuación, arts. 21 a 23 CP, ni siquiera las específicas del delito perpetrado, sin duda hay que conocerlas, sino el contexto y la actitud del condenado que revelen su peligrosidad, para tal fin, dice acertadamente GOYENA HUERTA³, no será suficiente el tener a la vista la hoja histórico penal del reo, sino que será precisa la sentencia o sentencias condenatorias anteriores con sus hechos probados, de los que obtendremos si las circunstancias del delito son relevantes o no para apreciar lo que podrá hacer el penado en caso de aplicársele la suspensión de la condena.

2^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. Nada de extraordinario presenta la interpretación de esta condición, ya que la pena impuesta es la de dos años individualmente considerada o la suma de ellas, no incluyéndose para su rebaja el tiempo de prisión preventiva, porque ello no supone en caso alguno una parte de la pena impuesta, aunque si sea deducible del tiempo de cumplimiento. Si lo es por el contrario deducible de esa pena que supera los dos años la concesión del indulto parcial, que conlleva la inexistencia de la porción de pena objeto del derecho de gracia.

¿Qué acontecerá con la responsabilidad personal en caso de impago de multa?. El que no se compute para sobrepasar en su caso la cifra de dos años, habiendo sido imposible obtener su cobro ante la insolvencia del penado, no impide que sea también objeto de la suspensión de su ejecución, quedando sometida al mismo régimen de revocación en el supuesto de comisión de delito en el plazo de suspensión. Por otro lado, como apunta SANCHEZ GARCIA DE PAZ⁴, la pena de localización permanente no está excluida de la suma de las penas privativas de libertad, por tanto si la pena de prisión no alcanza los dos años pero añadida la de localización permanente se supera esa cifra, no concurriría esta segunda condición.

³ GOYENA HUERTA. Jaime. *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal num.38/2015 Editorial Aranzadi. Pamplona 2015. Pág. 5.

⁴ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. 2^a Edición. Valladolid 2010. Pág. 390.

3^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 CP. Se pretende con esta norma forzar en todo lo posible el pago de la responsabilidad civil, en protección de la víctima del delito, alejándose en parte de la situación, ya superada, en que el pago de una deuda jamás motiva un ingreso en prisión, porque en definitiva la responsabilidad civil es la obligación nacida del delito y su impago, concurriendo los requisitos anteriores, motivaría el ingreso en prisión del penado que no la satisface.

Lo más llamativo de este tercer requisito, art. 80.2 condición 3^a CP, es el carácter imperativo que tiene el que el penado haya cumplido con la responsabilidad civil que le fue impuesta en sentencia para beneficiarse de la ejecución, a diferencia de la legislación anterior, en que el derogado art. 81.3º CP disponía, que esta exigencia quedaba salvada cuando el Juez o Tribunal, oídos a los interesados y al Ministerio Fiscal, declaraba la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a ella.

La primera consecuencia de la nueva regulación es que, se sea insolvente o no, total o parcial, si no hace efectiva el penado la responsabilidad civil, no cumplirá con esta condición, por tanto su situación de insolvenza no impediría la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena. Para suavizar esta situación el legislador ha previsto en el párrafo 2º del artículo antes citado que: *este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el Juez o Tribunal determine*. Esta, que podemos llamar excepción, lleva consigo que el penado se compromete a hacer efectiva en un tiempo futuro la responsabilidad civil, porque evidentemente no tiene medios actualmente para hacer frente a ella, y se supone que sí puede tenerlos pasado un periodo temporal en el que pueda mejorar su situación económica o tiene previstos ingresos.

Pero la cuestión que en la realidad de los Tribunales se va a presentar es que todos los penados se van a comprometer a hacer efectiva la responsabilidad civil para eludir su ingreso en prisión. En tal sentido el penado que carece de capacidad económica o es insignificante y para evitar el efectivo cumplimiento de la pena se va a comprometer a abonar cantidades que es inviable que llegue a pagarlas, o por el contrario se va a comprometer, en estos supuestos de insolvenza actual, a hacer efectivas cantidades simbólicas que sí podría abonar pero que en caso alguno daría lugar al pago total de la responsabilidad civil.

Ante la primera situación el legislador, parece que es claro, si se compromete el penado a hacer efectiva la responsabilidad civil de manera que está en desacuerdo con su capacidad económica, el Juez rechazaría el compromiso y ejecutaría la pena, tras hacer la valoración pertinente. En el segundo caso también creemos que está claro pero en sentido opuesto, si se compromete el penado, ante su escasa o nula capacidad económica, a hacer pagos periódicos que jamás darían lugar al pago total de lo debido, al disponer la norma citada que el compromiso se asume en función de la capacidad económica del condenado, el Juez no tendrá otra alternativa que establecer un periodo tan amplio como sea necesario para ello, el que por las circunstancias concurrentes, podríamos decir que es el prudencial para el pago pretendido, llegando a ser esta solución no más que una admisión de insolvenza del penado que genera de hecho el cumplimiento de la condición que nos ocupa.

Los efectos del incumplimiento de lo acordado se difieren a la revocación de la suspensión que serán realizados por el Juez o Tribunal, donde se prevé que no se dejará sin efecto la suspensión en los supuestos de falta de capacidad económica, art.86.1 d) CP, solución lógica que se podría adoptar para acordar la suspensión, pero no se hace para, como decíamos antes, forzar el pago de la responsabilidad civil ante la inminencia del ingreso en prisión.

El no facilitar el decomiso acordado conforme al art. 127 CP, también puede impedir la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuestión que no será fácil determinar en

ese momento procesal en el que se debe valorar, pero que habrá que intentarlo antes de decidir sobre la suspensión y en función de su resultado se tendrá información suficiente para decidir sobre la suspensión.

Finalmente el art. 80.2 condición 3^a CP, dispone que *el Juez o Tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento*. Parece lógico que se soliciten garantías para asegurar el cumplimiento del compromiso de pago que ha asumido el penado, ello cuando el órgano judicial no tenga la confianza necesaria en su cumplimiento, pero se condiciona de manera conjunta y no alternativa a dos factores, el alcance de la responsabilidad civil, es decir a su cuantía, que será elevada para justificar la adopción de garantías y además al impacto social del delito, lo que significa que éste haya sido mediático, con publicidad notoria, y para dar la imagen o satisfacción social de que el penado en libertad lo está porque va cumplir los efectos civiles de la infracción criminal, devolver lo que ha tenido ilícitamente, se justifican así las garantías impuestas, fundamento en definitiva de alcance más popular que jurídico, pero que siempre vendrán bien esas garantías para que se abone la responsabilidad civil.

Llama la atención la utilización del concepto de impacto social, lo que no significa más que alarma social, expresión que ya estaba denostada por la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales, cuya traducción es sumamente incierta y el que ahora renazca con el fin indicado nos parece inadecuado y exclusivamente con la finalidad de dar satisfacción a la opinión pública, para así justificar la suspensión de condena en un delito que ha sido conocido socialmente y en el que aún no se han satisfecho sus efectos civiles.

2.2. Suspensión por el esfuerzo en reparar el daño

Dentro de las que podemos llamar suspensión extraordinaria se encuentra la que se otorga por el esfuerzo realizado por el condenado de reparar el daño causado o por la indemnización de perjuicios causados por el delito a quienes los han padecido, suspensión extraordinaria que se encuentra con las llamadas suspensión por enfermedad incurable y por dependencia a sustancias.

Establece el art. 80.3 párrafo 1º CP que *excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen*.

Se caracteriza por la especial valoración que se hace del esfuerzo del penado para reparar el daño causado, sin duda tiene su fundamento en la protección de la víctima del delito y en obligar a aquél a satisfacer el contenido de la responsabilidad civil, que de otra forma sería menos probable que aconteciese, por ello se rebajan notablemente las condiciones que se exigen en la suspensión ordinaria en atención a lograr ese objetivo.

De esta manera es intrascendente que el penado haya sido condenado con anterioridad, a pesar, por tanto, de no ser el primer delito cometido e incluso ante la existencia de numerosos antecedentes penales, puede beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena, es más aunque se aprecie por su naturaleza o circunstancias que las condenas anteriores son relevantes para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros, es decir apreciándose la posibilidad de que el penado pueda cometer nuevos delitos al examinar sus antecedentes penales, ello no será obstáculo para apreciar la suspensión, porque al afirmar el precepto que se apreciará la suspensión a pesar de que no concurre la condición 1^a del art. 80.2 CP se está refiriendo a la totalidad de su contenido y en él se encuentra el pronóstico sobre la comisión de delitos futuros.

Por otra parte el límite de dos años tampoco es exigible, se sustituye por otro cual es que las penas de prisión individualmente no excedan de dos años, por ello podrá haber sido condenado

el reo por un número indeterminado de delitos, cuatro ilícitos penales de robo, detenciones ilegales u otros, en principio sin límite y ello no impedirá la suspensión de la pena, o delitos fiscales, en lo que quizás estuviese pensando el legislador al establecer esta suspensión extraordinaria. Se condiciona todo lo anterior a que no se trate de reos habituales, los que serán, según lo previsto en el art. 94 CP, quienes hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. A esto hay que unir como presupuestos previos a accordar la suspensión, la valoración de las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, conceptos a los que ya nos hemos referido al tratar la suspensión ordinaria.

Si lo anterior resultase contrastado, dice el art. 80.3 párrafo 2º inciso 1º CP, *la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84*. Tres son las condiciones, que de forma alternativa, deben concurrir: la reparación efectiva del daño significa que ésta deberá completa, sin limitaciones, ni parcial, no dejando margen a otra interpretación; la indemnización de perjuicios si las admite en función de posibilidades físicas y económicas del condenado, creando cierta confusión con el término físicas, que parece referirse, no a las condiciones personales del penado, sino más bien a la efectividad material del cumplimiento de la obligación; por último será preciso que se cumpla el acuerdo de medicación que haya existido entre el partícipe en el delito y su víctima o el perjudicado.

No acaban con esto los condicionantes para aplicar esta modalidad de suspensión extraordinaria, se añade otra obligación al penado que impone el órgano judicial y que lastrará aquélla, prevista en el 2º inciso del citado art. 80.3 párrafo 2º, consistente siempre en una de las medidas a que se refieren los numerales 2.º o 3.º del art. 84 CP, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta. Se trata de las derogadas penas sustitutivas, multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las que se impondrán al menos una de forma obligada en un veinte por ciento respecto de cada una de las penas impuestas que no superen los dos años, así respecto de cada una de éstas se hará la conversión correspondiente y se otorgará la suspensión de condena con esa obligación, multa o trabajos en beneficio de la comunidad, que no habrán de ser cumplidas antes de la concesión de la suspensión, sino que quedará fijado su cumplimiento en el tiempo, plazo de garantía, que señale el Juez o Tribunal sentenciador en la misma resolución que acuerda la suspensión de la ejecución de las penas de prisión.

2.3 Suspensión por enfermedad incurable

Otra forma ya prevista con anterioridad a la reforma CP por LO 1/2015, en el mismo art. 80.4 de ese texto legal, se encuentra la suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad incurable del penado, disponiendo esa norma en su primera parte que los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, situación en la que se encuentra la salud del condenado que entiende el legislador que es merecedora y hasta necesaria la suspensión de la pena, fundada en que una persona en esas circunstancias es más que probable que no vuelva acometer nuevos delitos, no teniendo efectividad alguna en ese pronóstico que se pueda hacer la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad.

La primera cuestión que debemos aseverar es que el otorgamiento de la suspensión no es obligado para el órgano judicial que la resuelve, ello se desprende de dos razones, una de la literalidad del precepto, que dispone que los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión, es decir se trata de una facultad, no de un mandato para cuando existe la enfermedad incurable y por otro lado hay que tener en cuenta el sentido último de la suspensión de la pena, cual es

que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, si por el contrario, a pesar de la enfermedad la pena adquiere esa necesidad en atención a todo lo que rodea al delito y circunstancias que se valoren al respecto, no se otorgará la suspensión, porque la ejecución de la pena es necesaria para impedir nuevos delitos. El carácter discrecional de la suspensión de condena se recoge, entre otras, en la STS 1038/2009, de 3 noviembre y en la STS 918/1995, de 26 septiembre.

Esta suspensión extraordinaria no requiere para su aplicación las condiciones de haber delinquido el penado por primera vez, que la pena por los delitos no supere en su conjunto la de dos años de privación de libertad, ni que se haya satisfecho la responsabilidad civil nacida del delito, sólo es imprescindible la enfermedad grave con padecimientos incurables del penado que, sin perjuicio de ser certificada por los servicios médicos públicos o privados que traten al paciente, deberá ser corroborada o informada por el médico forense, como integrante en la Administración de Justicia y cuya imparcialidad es indiscutible.

La única limitación expresa que de forma automática impediría la suspensión de condena extraordinaria que tratamos es que en el momento de la comisión del delito al que se pretende apreciar la suspensión, el penado tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Esta restricción es del todo punto lógica, puesto que si se otorgó la suspensión al penado por la comisión de otro delito motivada por la enfermedad incurable y en el plazo de suspensión ha cometido este nuevo delito, ello no es más que la demostración palpable de que el cumplimiento de la pena es necesario para evitar futuras infracciones criminales, procediendo la ejecución de la pena, que podrá hacerse en el propio domicilio, en centro hospitalario adecuado a los padecimientos del reo o en centro penitenciario de forma que pueda ser tratado de su enfermedad.

2.4 Suspensión por dependencia a sustancias

La última de las formas extraordinarias de la suspensión de la ejecución de la pena se encuentra prevista en el art. 80.5 CP y está motivada porque la comisión del delito lo fue a causa de la dependencia del sujeto a alguna de las sustancias señaladas en el art. 20.2º CP, es decir por la ingesta de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siendo esta dependencia lo que impulsa al autor a la comisión del ilícito penal, lo que es valorado por el legislador como una causa que merece que no se ejecute la pena privativa de libertad, siempre que concurran las circunstancias que se recogen en la primera norma citada.

La acreditación de que el delito se perpetró a causa de la dependencia a las sustancias relacionadas debe establecerse en la sentencia condenatoria, si se dispusiese lo contrario habría que denegar la suspensión por esta vía, ya que contradecir el contenido de la sentencia para aplicar un beneficio al condenado sería del todo punto atentatorio a la verdad judicial que en ella se recoge, en cambio si no se hiciese mención a tal cuestión en la sentencia, no vemos inconveniente para que se aporte la documentación al caso y el Juez o Tribunal, una vez ha existido un principio de prueba sobre ello, recabar la información que necesite, que lo será de centro habilitado para ello o al médico forense. Apreciaciones similares se contienen en la Consulta FGE 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 suspensión por la adicción a las sustancias aludidas no exige que concurran las condiciones 1º y 2º del art. 80.1 CP, que el delincuente sea primario, en la forma que ya hemos expuesto al tratar la suspensión ordinaria de la pena y por otro lado el límite relativo a que las penas individual o conjuntamente no superen los dos años de privación de libertad se sustituye por la fórmula que se podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años, no dejando zanjada la cuestión si se refiere a la suma de las penas impuestas en la sentencia sobre la que recae la suspensión o si se considera que las penas, cualquiera que sea su número, ninguna de ellas individualmente supere los cinco años de pri-

vación de libertad, ante estas dos posibilidades nos inclinamos por la primera, puesto que al no hacerse un pronunciamiento expreso sobre esto habrá que estar a la norma general de la suspensión ordinaria, que se refiere a una pena o suma de ellas hasta un límite, que en este caso es de cinco años.

En el derogado art. 87 CP se establecía una limitación para los delincuentes reincidentes, que suponía una valoración del Juez o Tribunal sobre la conveniencia de la suspensión, referencia a la reincidencia que se elimina en la nueva redacción que se hace de esta materia, lo que no tendría sentido mantenerla al poder otorgarse la suspensión ordinaria a aquéllos.

Por otra parte es necesario que el condenado se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. Esta condición es lógica, para que se beneficie el anterior de la suspensión tiene que haber garantías de que la causa que dio lugar a la comisión del delito ha desaparecido, que no se tiene ya la adicción a sustancias, o está en vías de desaparición mediante el sometimiento a un tratamiento con tal fin, siendo evidente que las dos opciones deben de estar contrastadas por el órgano judicial, por lo que será necesario que ello se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin que sea necesario, como decía el derogado art. 87 CP, que informe al respecto el médico forense, aunque no hay obstáculo legal para ello, que además será lo propio, por la vía prevista en el párrafo 2º del art. 80.5 CP, que faculta al Juez o Tribunal a ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, la deshabitación o el sometimiento a tratamiento para alcanzar ésta.

Se impone otro requisito a la suspensión que tratamos en el párrafo 3º del art. 80.5 CP, cuando dispone que *en el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización*. Parece algo legítimo que se exija al condenado un esfuerzo en el seguimiento de la rehabilitación, si éste no está dispuesto a ello, carecería de sentido el concederle un beneficio con el riesgo evidente de la nueva comisión de delitos. A lo anterior hay que añadir, dice el mismo párrafo mencionado que *no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación*. Así, esta manera de entender que las recaídas no son abandono nos parece muy positivo, porque en realidad no tienen por qué suponer un apartamiento definitivo del tratamiento, ni una vuelta a la situación de drogadicción que motivó el delito, dejando de esta manera abierta la posibilidad a que el penado se recupere completamente.

3. Prohibiciones, deberes, prestaciones y medidas que pueden condicionar la suspensión de condena

Además de todas las cautelas o comprobaciones que previamente lleva a cabo el Juez o Tribunal cuando otorga la suspensión de condena, el legislador, antes de la reforma CP por LO 1/2015 y ahora de manera más exhaustiva, establece en los arts. 83 y 84 CP una serie de prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas para evitar, en lo posible que durante el plazo de suspensión de la ejecución de la pena, el condenado no cometa nuevos delitos, disminuyendo así el riesgo de perpetración de hechos delictivos.

Las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas serán aplicadas tanto a la suspensión ordinaria, como a las extraordinarias, al no distinguirse en los artículos citados la posibilidad de discriminar su imposición según los supuestos que se prevén en el art. 80 CP. Por otra parte no serán de obligada imposición, salvo en los supuestos de violencia de género sólo algunas de las prohibiciones o deberes y no podrá ser impuesta la multa en suspensiones en hechos sobre violencia doméstica cuando ello pueda afectar al cumplimiento de obligaciones pecuniarias pendientes entre los sujetos afectados.

También hay que destacar el carácter no definitivo de todas estas cautelas que se pueden imponer para evitar el riesgo de comisión de delitos futuros, puesto que si durante su ejecución

aparecen como no necesarias o pueden ser sustituidas por otras menos gravosas, así lo hará el órgano judicial que las acordó.

3.1 Prohibiciones y deberes

Dice el art. 83.1 CP que el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. La razón de ser de la imposición de los deberes y prohibiciones está sin duda en reforzar la idea esencial de esta institución, tanto al acordar la suspensión como durante el desarrollo del plazo a que está sometida, y no otra que la de evitar el peligro de la futura comisión de delitos, por tanto si ese peligro o riesgo no se evidencie al evaluarse esa posibilidad, las prohibiciones y deberes no será necesario que se acuerden, salvo en los supuestos de violencia sobre la mujer.

Al adoptarse la prohibición o medida se valorará también que éstas no sean excesivas o desproporcionadas para el fin pretendido, puesto que si se acordase un número elevado de medidas y con obligaciones que supusiesen una sujeción para el condenado que se asemejasen, aunque sea en parte a la pena impuesta, el carácter beneficioso de la suspensión perdería al menos parte de su sentido, de ahí la necesidad de hacer la opción de las prohibiciones o deberes con suma cautela y siempre en una relación directa con el penado y la naturaleza y circunstancias del delito cometido.

Las prohibiciones y deberes se hallan enumerados en el art. 83.1 CP, siendo algunos reproducción mejorada de las existentes antes de la reforma por la LO 1/2015 y otras de nueva planta, con el fin siempre de agotar las vías para que el penado en suspensión de condena no perpetre nuevos delitos. Las prohibiciones y deberes son los siguientes:

1ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. En función del delito cometido esta prohibición tendrá sentido o carecerá de él, si se trata de delitos contra bienes jurídicos personales, o aquellos que manifiestan un enfrentamiento abierto entre el condenado y su víctima, esta medida será del todo punto útil para frenar la posible comisión de delitos, por el contrario un robo con fuerza con perjudicado elegido al azar, no motivaría la necesidad de su imposición. La redacción citada es más completa que la prevista antes de la reforma, ensanchándose el número de lugares a los que se refiere la prohibición. No establece la norma las distancias que han de respetarse en el alejamiento de las personas allí señaladas, las que deberá marcar el Juez o Tribunal, siempre teniendo en cuenta los intereses del condenado en cuanto a su lugar de trabajo y domicilio.

Se completa esta prohibición con la afirmación tajante de que ésta será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada. El sentido de esta obligación dirigida al órgano sentenciador se encuentra, entendemos, en que la víctima o sus allegados conozcan esta prohibición y puedan comunicar su quebranto a las autoridades policiales o judiciales, además por pura cortesía de aquél para que tengan conocimiento de una medida que les afecta, aunque sea de forma indirecta, al no ir dirigida a ellos.

2ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. Esta prohibición es nueva respecto a las que se acogían anteriormente, estando justificada por el enfrentamiento entre bandas, grupos étnicos o incluso de matiz religioso, cuya mera relación, físico o través de medios tecnológicos, puede dar origen a agresiones u otro tipo de acciones violentas entre el penado y algún miembro del grupo, enfrentamientos que habrán sido el precedente o motivo del delito ya cometido y que ahora justifica la prohibición. Lo habitual para poner en práctica

esta medida será identificar al grupo y sobre él establecer la prohibición, sin perjuicio que puedan nominarse los individuos del grupo a los que les afecta ésta.

3^a *Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal.* Aunque ya existía esta prohibición se ha completado hoy con mantener la residencia, lo que conlleva un plus en la obligación de limitarse a vivir en un espacio determinado, entendiéndose por lugar de residencia una concreta localidad o una importante parte de una ciudad, no creemos que pueda ser un domicilio sin más, puesto que se estaría aplicando una pena de localización permanente, que no es la finalidad que persigue el legislador con tal prohibición.

4^a *Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.* Esta medida no se hallaba contemplada entre las que se preveían antes de la reforma del CP por LO 1/2015, estableciendo la prohibición de residir o visitar un determinado lugar condicionada a que en tales espacios existe un riesgo de comisión de nuevos delitos, al encontrarse allí personas con las que existe una enemistad o intención de revancha en función del delito cometido previamente.

5^a *Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.* Este deber ya se hallaba regulado y ahora se amplía a dependencias policías, teniendo la única finalidad de tener un control sobre qué actividades desarrolla el penado que pudieran motivar la perpetración de delitos futuros, cuyo conocimiento por los órganos que cita el precepto daría lugar a que éstos impidiesen su comisión.

6^a *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.* Se prevén como nuevos programas los de igualdad de trato y no discriminación, teniendo todos ellos una función de conocimiento y mentalización del condenado sobre el delito cometido y el respeto a los valores o bienes jurídicos que con su tipificación se pretenden preservar.

7^a *Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.* Igual finalidad se pretende con estos programas en relación a la influencia que esas sustancias puedan tener en el comportamiento del penado.

8^a *Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicione su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.* Esta medida es novedosa y está referida exclusivamente a los condenados por delitos contra la seguridad vial, no consistiendo en una privación del permiso de conducir sino en una limitación para pilotar vehículos de motor que no dispongan de los dispositivos citados, partiéndose de que el penado condenado por un delito de esa naturaleza ya cumplió la pena de prohibición de conducir, pero la pena privativa de libertad impuesta es objeto de suspensión. Quedan al margen los ciclomotores, los que no se incluyen en la prohibición, posiblemente por la dificultad de integrar en ellos los dispositivos que condicione su puesta en marcha y por su escasa potencialidad, pudiendo también ser, sin más, una omisión involuntaria del legislador

Finalmente como condición novena se incluye una cláusula de cierre por la que se podrán imponer otras prohibiciones o deberes para evitar la futura comisión de delitos, con la única restricción que no atenten a la dignidad del condenado.

3.2. Control del cumplimiento de las prohibiciones y deberes

La imposición de las prohibiciones y deberes sin un seguimiento o control de su cumplimiento de poco serviría para conocer la conducta del penado en orden a su inclinación a la futura comisión de delitos, teniendo un escaso valor la contenida en el derogado art. 82.2 CP por su ambigüedad a la hora de concretar qué órganos deben hacer el control y cómo debe ser la respuesta ante su incumplimiento.

El vigente art. 83.3 dispone que *la imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.^a, 2.^a, 3.^a, o 4.^a del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento*. Esta norma crea una doble obligación, por una parte el comunicar a efectivos policiales que se han impuesto esas reglas de conducta, por tanto el Juez o Tribunal sentenciador así actuará remitiendo toda la información necesaria para tal fin, remisión que no debe limitarse a las policías estatales, sino también a las autonómicas y locales cuando ello fuere necesario o de mayor efectividad. Por otra parte los efectivos policiales deben realizar una conducta activa de comprobación del cumplimiento de las reglas citadas, lo cual, ante el volumen de trabajo de éstos, se debería destacar por los órganos judiciales los supuestos en los que se requiere una mayor atención.

La consecuencia del control ejercido por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se encuentra regulado en el citado artículo en su inciso segundo, estableciendo que *cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al Juez o Tribunal de ejecución*, con ello sólo se pretende tener viva la línea central de la suspensión de condena en cuanto a que se mantiene siempre que no haya riesgo por el penado de comisión de nuevos delitos, lo que se evitará con la información que pueda suministrar la policía al Fiscal o a las autoridades judiciales, los que actuarán en función del contenido de lo conocido y el nivel de peligrosidad que revela la conducta del penado.

En sintonía con lo anterior el art. 83.4 párrafo 1º inciso 1º CP establece que *el control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.^a, 7.^a y 8.^a del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria*, siendo el órgano adecuado para ese control en función del contenido de los deberes regulados en esas reglas, los que informarán al Juez o Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.^a y 8.^a, y semestral, en el caso de la 7.^a y, en todo caso, a su conclusión, lo que estimamos adecuado en aras a que se haga un seguimiento efectivo del cumplimiento de las reglas y dejar la posibilidad de reacción al órgano judicial de ejecución, por otra parte parece más idóneo que sean las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en materia de seguridad vial lo que controlen el uso de vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicione su encendido o funcionamiento.

Los servicios de gestión de penas y medidas citadas informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo, ello con la finalidad ya mencionada respecto a las prohibiciones de conducta.

3.3. Prestaciones y medidas

De manera simultánea a las prohibiciones y deberes examinados en el apartado anterior el Juez o Tribunal puede imponer al penado unas prestaciones o medidas enumeradas en el art. 84 CP, las que no son incompatibles con las anteriores, porque entendemos que tienen distinta finalidad. Así, las primeras tendrán el objetivo de evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, en cambio las prestaciones y medidas no creemos que sean útiles para ello, sino para acreditar la voluntad del penado de sometimiento al orden legal, como medio de reparación del delito co-

metido y como compensación por haberle sido otorgada la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en sentido coloquial diríamos, como el penado se ha beneficiado de la suspensión, pues ahora se le va imponer un prestación o una pena, no olvidemos que la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad están en el catálogo de penas del art. 33 CP.

Es evidente, a nuestro juicio, que no son formas de sustitución de la pena privativa de libertad, sin que compartamos el criterio de GOYENA HUERTA⁵ que aprecia que en puridad se trata de sustituir la primigenia pena de prisión. Esta no es sustituida en caso alguno, está suspendida y vuelve a tener plena actualidad en cuando concurren las causas que se prevén para su revocación en el art. 86 CP, por tanto pudiera acontecer que el cumplimiento de las medidas o prestaciones se ha llevado a cabo satisfactoriamente y por otras causas se revoca la suspensión, ello sin perjuicio de los efectos que puedan producir en el cumplimiento efectivo de la pena la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad que se realizaron por el penado conforme al art. 86.3 CP.

Las prestaciones y medidas previstas en el art. 84 CP son las siguientes:

1^a *El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.*

No hay en la actualidad normas que regulen la mediación penal, excepto la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea sin trasposición al derecho español, pero si es cierto que en las Fiscalías existen miembros del Ministerio Fiscal especializados en ella y hay funcionarios expertos que actúan como mediadores, por tanto la mediación penal existe y el legislador le otorga carta de naturaleza al tenerla como prestación complementaria que condiciona la ejecución de la condena. Bien es cierto que el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, prevé lo que denomina justicia restaurativa, conteniendo normas básicas sobre una mediación penal, que puede servir de respaldo legal para dar viabilidad a un acuerdo de mediación que sea su cumplimiento condición para no ejecutarse la pena privativa de libertad.

El cumplimiento del acuerdo de mediación no puede referirse a la responsabilidad civil nacida del delito puesto que ello es ya una condición para la concesión de la suspensión de la ejecución, es decir, se halla en un estadio anterior a la imposición complementaria de tal prestación, por tanto se debe referir ese acuerdo a la satisfacción moral que se le deba dar a la víctima del delito u otro de cualquier naturaleza que no sea la reparación del daño o la indemnización de perjuicios.

2^a *El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso.* El que se acuerde una multa, sanción pecuniaria con categoría de pena cuando se impone en un proceso penal, tiene la finalidad que antes hemos expuesto y con su cumplimiento por el penado se quiere que adquiera solvencia y solidez la decisión de otorgar la suspensión de la ejecución de la pena y su extensión lo será según las circunstancias que concurren en el caso, es decir una vez decidido por el Juez que se va a imponer la multa, su montante se fijará aplicando las reglas generales para ello, en especial las previstas en el art. 50.4 CP, en todo caso la cuantía de la multa no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3^a *La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.* Aquí sí nos dice el legislador qué sentido tiene la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad, es forma de reparación simbólica, no van a ser eficaces para prevenir el riesgo de futura comisión de delitos, son sin más una contraprestación que ha ideado el legislador, en definitiva una pena, para que no olvide el condenado que disfruta de un beneficio que se le ha

⁵ GOYENA HUERTA, Jaime. *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015.* Ob. cit. Pág. 15.

otorgado y que de alguna manera tiene que retribuir al Estado el mal que ha causado con la infracción criminal.

La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración, con ello se establece un criterio claro para conocer hasta dónde puede llegar la medida que se impone, límite que opera para no gravar en exceso al penado. Teniendo en cuenta que le pueden ser impuestas prohibiciones y más de una prestación y medida, lo que motivará en algún caso que el condenado, vistos los condicionantes que se le imponen vía art. 83 y 84 CP, entienda que hubiera sido preferible el cumplimiento de la pena, lo que no afirmamos en tono irónico, sino como una posible realidad.

3.4. Supuestos de violencia de género y violencia doméstica

Las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas para evitar, en lo posible que durante el plazo de suspensión de la ejecución de la pena, el condenado no cometa nuevos delitos tienen cierta especialidad cuando se trata de violencia de género, sobre la mujer o de violencia doméstica, ello motivado por las características de este tipo de conductas delictivas, por lo que en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena hay que eliminar el riesgo de su repetición, que como la experiencia enseña, es alto.

En cuanto a las prohibiciones y deberes que se establecen en el art. 83 CP, su aplicación a los delitos de violencia de género, dispone su apartado 2, que cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del apartado anterior. Así las dos primeras tienen la finalidad de evitar una relación directa con la víctima, que de no existir tales prohibiciones a buen seguro la probabilidad de nueva comisión de delitos de la misma naturaleza sería preocupante y la tercera es de carácter formativo, puesto que concienciando al penado del respeto que debe existir por la mujer que se haya en su entorno o tiene las relaciones citadas, desaparece prácticamente el peligro sobre los delitos que se pretenden prevenir con estas prohibiciones.

No podemos olvidar que el art. 57.2 CP establece para estos delitos una obligada pena accesoria para cuya determinación se remite al art. 48.2 de ese texto legal, la que se refiere a la prohibición de acercamiento a la víctima y familiares, a su domicilio u otros lugares, con lo que nos encontramos en la suspensión de la ejecución de penas por los delitos mencionados que ya existe tal pena accesoria y además es también ineludible imponer las prohibiciones y deber citado, situación ante la que no cabe otra opción que la aplicación simultánea de la pena accesoria y las condiciones de la suspensión, como así lo estima la Circular FGE 1/2005, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte).

Por lo que se refiere a las prestaciones y medidas, tanto para violencia de género, como violencia doméstica, se establece una limitación en el art. 84.2 CP, el que dice: *si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.^a del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.*

El sentido de esta restricción es evidente, si existen obligaciones pecuniarias o económicas a las que está obligado el condenado en virtud de las relaciones que se detallan en la norma, ajenas en su causa al delito perpetrado cuya pena se suspende, no es prudente, ni adecuado establecer una condición a la suspensión como el pago de una multa, lo que iría en detrimento de las expectativas de cobro que legítimamente tienen las personas en virtud de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común, la multa que ya de por sí carece de sentido como prestación en la suspensión, mucho más lo sería en el caso de que existiesen esas obligaciones pendientes por el acusado.

3.5. Modificación de las prohibiciones, deberes, prestaciones y medidas

La previsión que se hace en los arts. 83 y 84 CP para la imposición de las reglas o condiciones a cumplir durante el plazo que se ha establecido de suspensión de la pena, también llamado de garantía, no es definitivo, en tanto que sí las condiciones que se valoraron para su imposición han mejorado en función del cumplimiento de aquéllas y en el condenado se ha rebajado la previsión de comisión de futuros delitos, dispone el nuevo art. 85 CP, se podrá modificar la decisión que anteriormente se hubiera adoptado y acordar el alzamiento de todas o algunas de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas

Fijémonos que esta alteración de las reglas o prestaciones inicialmente impuestas sólo puede hacerse uso de ella para beneficiar al penado, la imposición al condenado de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas que le sean más gravosas sólo lo será cuando el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, conforme a lo previsto en el art. 86.2 CP, que comentaremos al ocuparnos de la revocación de la suspensión.

Esta novedosa fórmula hay que acogerla como beneficiosa para el funcionamiento de la institución que tratamos, no tendría sentido establecer un régimen inflexible sobre el cumplimiento de las prohibiciones, deberes o prestaciones cuando éstas ya no tienen utilidad para garantizar que el penado se abstenga de cometer delitos, al haber sustancialmente mejorado las condiciones que aconsejaron su imposición. Las posibilidades que se ofrecen son amplias, pueden suprimirse las reglas o medidas, puede modificarse su contenido, en tiempo, lugares u otra forma de cumplimiento que en ella se contenga y por último pueden sustituirse por otras cuya ejecución sea menos pesada para el condenado.

4. Revocación de la suspensión y remisión de la pena

Una vez otorgada la suspensión de la ejecución de la pena e impuestas en su caso las reglas o medidas que van a condicionar tal suspensión, la finalización de esta situación sólo podrá concluir mediante la revocación de la suspensión o por la remisión de la pena, la suspensión de la ejecución es una situación, por naturaleza, temporal, no ya por las razones propias de la necesaria terminación del procedimiento penal o seguridad jurídica, sino por el derecho del penado de no hallarse en una situación de incertidumbre, *sine díe*, de terminación del proceso al que fue sometido. Sin perjuicio de lo anterior, hay una situación intermedia, en cuanto que se puede prorrogar el plazo de suspensión si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, ampliación del plazo que lógicamente abocará en cualquier caso en la revocación o remisión de la pena en suspenso.

4.1. Revocación de la suspensión

La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena ha sufrido importantes modificaciones recogidas en la LO 1/2015, de 30 de marzo, ello necesariamente en consonancia con los requisitos que se establecen en el art. 80.1 CP para que pueda otorgarse, tanto en lo relativo a la existencia de antecedentes penales no cancelados ni cancelables que pueden no impedir la sus-

pensión y en cuenta al cumplimiento de la responsabilidad civil o compromiso de hacerlo, situaciones que se reflejan a la hora de la revocación de la suspensión, como enseguida veremos.

4.1.1. Supuestos que motivan la revocación

El art. 86.1 dispone cuáles son las causas que dan lugar a la revocación de la suspensión, las que vamos a estudiar separadamente.

a) *El penado sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida*, redacción que se diferencia de la regulación anterior a la LO 1/2015, en que se sustituye que el sujeto delinquiere durante el plazo de suspensión, por el que *sea condenado*, además de añadirse que tal delito puede no ser suficiente para la revocación al no ponerse en peligro la expectativa en que se fundó la decisión de suspensión.

Las cuestiones problemáticas que sugiere la nueva redacción son las siguientes:

1º Respecto al delito cometido durante el plazo de suspensión debe dictarse sentencia firme en tal periodo de garantía, si así no fuese procedería la remisión de la pena. Para la revocación, según la literalidad de la norma, se exige no sólo que en el periodo de suspensión el sujeto haya cometido un delito, sino que en ese tiempo debe ser condenado, condena que no existirá en caso alguno mientras no haya adquirido firmeza la sentencia que se dictó al efecto. Esta afirmación la hacemos desde la perspectiva de la nueva redacción, ya que delinquir durante el plazo de suspensión, no puede ser interpretado de la misma manera que ser condenado por delito cometido durante el plazo de suspensión, de significar lo mismo no tendría sentido la modificación de tal norma.

La Circular FGE 1/2005, de 31 de marzo, ya citada, haciendo una interpretación sobre haber delinquido en el plazo de suspensión, aprecia que ello supone que el sujeto cometa el delito en ese periodo, aunque la firmeza de la sentencia sea posterior al plazo de suspensión, procediendo la revocación incluso si se había dictado ya la remisión de la pena, lo que era avalado por STS 1567/2004, de 27 diciembre. Pero con la nueva redacción, dice GARCIA ALBERO⁶, puede sustentarse la interpretación que se ha expuesto sobre la necesidad de cometer delito y dictarse sentencia firme en el plazo de suspensión, ello además fundado en las vicisitudes parlamentarias respecto a esta interpretación, previas a la aprobación de la LO 1/2015.

Cuestión en definitiva que sigue siendo de difícil interpretación, razones de seguridad jurídica motivarían la interpretación que proponemos, pero sin desdeñarse las razones que se utilizan respecto a la que se viene haciendo por la FGE y el TS en el sentido expuesto.

2º Lo realmente de interés en la reforma de la revocación de la suspensión por la comisión de un delito en el plazo de suspensión es que el ilícito penal perpetrado *ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida*. Esta fórmula será aplicable, en su caso, cuando se haya cometido un único delito en el plazo de suspensión, si se cometieren varios no tendríamos que plantearnos si se pone en riesgo o no la expectativa que motivó la suspensión.

Así, cometido el delito en el periodo de garantía habrá que discernir si ello frustra la expectativa o por el contrario, a pesar del delito perpetrado, se sigue manteniendo que, no es otra la expectativa, que el ingreso en prisión o que la ejecución de la pena privativa de libertad no era necesaria para evitar la comisión de un nuevo delito. De esta manera, si el delito cometido en el plazo señalado de garantía no tiene connotaciones con el delito anterior, o es de carácter formal, careciendo de una manifestación de peligrosidad por el condenado, no se habrá frustrado con ello el pronóstico que se hizo al acordar la suspensión y por tanto no motivaría la revocación de la suspensión.

⁶ GARCIA ALBERO, Ramón. *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Editorial Aranzadi, Pamplona 2015, Pág. 167.

3º La validez de las sentencias dictadas en un Estado de la Unión en el periodo de suspensión contra el penado a diferencia a lo que decíamos al tratar de su trascendencia para impedir la concesión de la suspensión de condena, al tener la misma relevancia que las dictadas en España en aplicación de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, de Intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, no lo tienen en el tema que tratamos, al así poder interpretarse del art. 14.2 a) de esa norma, que dice que no tendrán eficacia sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los jueces o tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas, es decir que como ya se ha adoptado una resolución sobre la suspensión de condena, las vicisitudes de esa resolución quedan al margen de la eficacia que pueda tener en España la sentencia dictada en el ámbito de la Unión.

b) *Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.* Dos son las causas que motivan en este apartado la revocación de la suspensión, en un primer lugar el incumplimiento grave o reiterado de las reglas del art. 83 CP ya examinado, esto supone que un solo incumplimiento grave es suficiente para la revocación de la suspensión, por tanto en función del tipo de medida y sobre todo por el riesgo que conlleve la infracción de la prohibición o la omisión del deber en la futura comisión de delitos, será causa grave o no que motive la revocación. El incumplimiento no grave, ni reiterado dará lugar a la modificación de las condiciones, como veremos a continuación. Por otro lado el no someterse al control del órgano oficial de gestión en cuanto al cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.^a, 7.^a y 8.^a del apartado 1 del art. 83 CP será la otra causa de revocación.

c) *Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 CP.* La aplicación de esta forma de revocación es similar a la prevista en el apartado anterior en cuanto a lo expuesto sobre el incumplimiento grave o reiterado, en este caso de las condiciones previstas en el art. 84 CP.

d) El último supuesto de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena se compone de tres partes, concurriendo alguna de ellas será suficiente para aplicarla, teniendo en común un contenido económico que si concurriese perjudicaría los intereses del Estado o los de la víctima.

La primera causa consiste en *facilitar información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado*, decomiso que ya se encuentra como causa para otorgar la suspensión y cuando durante el plazo de suspensión se dificulta el hacerlo efectivo por una falta de colaboración manifiesta del penado, ello supone que no merece el beneficio de la suspensión por su actitud contraria al cumplimiento de su obligación de facilitar esa consecuencia accesoria del delito, razón que nos parece del todo punto acertada y que podrá hacer reflexionar al condenado sobre la conveniencia de esa conducta de obstrucción al decomiso.

La segunda se refiere a que *no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello*. De nuevo se nos presenta que una condición para otorgar la suspensión si no se cumple motiva su revocación, por tanto el compromiso de pago que se adquirió para tal fin se vuelve como determinante para dejar sin efecto la suspensión, ello condicionado a que el penado por su débil o inexistente capacidad económica pueda hacer frente a tal obligación, cuestión que lógicamente habrá de acreditarse por el condenado, salvo en los supuestos ab initio, cuando se otorgó la suspensión y se admitió el compromiso de pago ya se conocía, al estar acreditado, que el penado no tenía capacidad de pago, pero a pesar de ello se concedió la suspensión, aunque no estará de más que se vuelva indagar en el patrimonio de aquél por si hubiera cambiado su fortuna.

La tercera causa que da lugar a la revocación se concreta en que se *facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Este artículo en su apartado 2 dispone el requerimiento que se hace al ejecutado para que manifieste relación de sus bienes y los efectos en caso de que no presente relación, 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, conducta obstrucciónista que motiva la revocación de la suspensión y que puede dar lugar a responsabilidades penales conforme al nuevo art. 258.1 CP, introducido por LO 1/2015, como una modalidad de las infracciones criminales contenidas en el epígrafe de frustración de la ejecución⁷.

4.1.2. Modificación de medidas o prórroga de la suspensión

Ya hemos señalado que las medidas, reglas de conducta o prestaciones pueden ser alzadas o modificadas por otras menos gravosas cuando ya no tienen utilidad para garantizar que el penado se abstenga de cometer delitos, pero en sentido inverso pueden también modificarse o sustituirse aquéllas cuando, dice el art. 86.2 CP, su incumplimiento no hubiera tenido carácter grave o reiterado, ya que el carácter grave o reiterado motiva directamente la revocación de la suspensión. Ante ello el Juez o Tribunal tiene la opción de imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, o en su caso prorrogar el plazo de suspensión.

Así, queda abierta la interpretación de qué se entiende por incumplimiento no grave, que habrá que determinarlo, como dijimos anteriormente, en función del tipo de medida y sobre todo por el riesgo que conlleve la infracción de la prohibición, la omisión del deber o la negativa a la prestación en la futura comisión de delitos por el suspenso, si ello no fuese así lo apreciaríamos como no grave y el no reiterado se podría concretar hasta tres incumplimientos, a partir de esa cifra ya lo consideraríamos como reiterado, puesto que con tres veces ya se manifiesta la voluntad del penado contraria al sometimiento de las reglas o prestaciones que condicionan la suspensión.

La otra posibilidad es prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado. Nos parece que esto no es más que una segunda oportunidad para el condenado de demostrar su inequívoca voluntad de cumplir las prohibiciones, deberes o condiciones impuestas y por otra parte también es una forma de asegurarse de que el cumplimiento de la pena no es necesario para evitar la futura comisión de delitos, que es el pronóstico que se hizo cuando se otorgó la suspensión.

4.1.3. Efectos de la revocación

El efecto esencial de la revocación es la ejecución de la pena en suspenso, como así lo expresa el art. 86.1 CP, diciendo que el Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena, evidentemente al haber concurrido alguna de las causas que se prevén en ese mismo artículo. Siendo indudable que si han abonado cantidades o se han cumplido las medidas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad ello debe de tener algún efecto, lo que se prevé en el art. 86.3 CP.

En cuanto a los gastos dice esa norma que los que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos, aclaración superflua puesto que la reparación del daño causado forma parte de la sentencia y es de obligado cumplimiento, independientemente que se tenga en cuenta ello para otorgar la suspensión o para condicionar su pervivencia.

Respecto a la multa o trabajos en beneficio de la comunidad, que no son modos de sustitución de la pena, como hemos razonado, sino prestaciones que condicionan la suspensión, su cum-

⁷ MUÑOZ CUESTA, Javier. *Frustración de la ejecución: una nueva forma de protección del acreedor*. Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2015 parte Tribuna. Editorial Aranzadi. 2015. Pág. 4

plimiento no puede en caso alguno ser baldío para el penado, puesto que ello motivaría que, además de la pena impuesta en sentencia, cumplirían *de facto*, otras penas que no le fueron aplicadas, ni que estaban previstas para el delito perpetrado, por ello es necesario que se tengan en cuenta en la ejecución de la pena suspendida de la forma que dispone el art. 86.3 en relación con el art. 84.1 medidas 2º y 3º CP, donde se establecen los criterios de conversión para tener por cumplida la parte que corresponda de la pena privativa de libertad suspendida.

4.2. Remisión de la pena

La remisión de la pena una vez transcurrido el plazo de garantía marcado por el Juez o Tribunal sentenciador será la finalización ordinaria de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad a la que fue condenado, ello supondrá que se ha alcanzado el éxito con la predicción que se hizo al otorgar la suspensión sobre la falta de necesidad de la ejecución de la pena impuesta, puesto que la no comisión de delitos o el haberse perpetrado uno que no afecta a esa expectativa es el logro de la finalidad de esta institución.

Se regula la remisión de la pena en el art. 87 CP en su apartado 1, disponiendo que transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el Juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena. En este apartado nos atenemos a lo expuesto en cuanto a la no procedencia de la revocación por la comisión de un delito en el plazo de suspensión cuando el ilícito penal perpetrado no ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, ahora contemplado desde la óptica de que procede la remisión en el apartado anterior respecto a cuándo no procede la revocación, lo que es exactamente igual.

También hemos visto en qué supuestos procede la revocación o no por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o medidas impuestas, por tanto si no procede la revocación, sí es correcta la remisión, a lo que nos remitimos al tratarse de la misma cuestión ahora desde la perspectiva de la remisión de la pena.

Sí es en el art. 87.2 CP donde hay una norma para el supuesto de suspensión por dependencia a sustancias, el que dispone que no obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida por esa causa, deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. Esto es absolutamente lógico, la suspensión de condena se condicionó a la rehabilitación por la deshabituación del penado y si eso no ha acontecido deberá seguirse con el tratamiento, otra alternativa mostraría que se ha fracasado en la previsión que se hizo en el momento de la suspensión y procede por tanto el cumplimiento de la pena, salvo que, sigue diciendo esa norma, oídos los informes correspondientes, se estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso se podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años, dándose de esta forma una continuidad al tratamiento, visto que el tiempo en que se ha desarrollado no ha sido suficiente para eliminar los hábitos a las sustancias que motivaron la comisión del delito.

5. Plazos y aspectos procesales de la suspensión

5.1. Plazos de suspensión

Naturalmente que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad debe estar sometida a un plazo o periodo de tiempo llamado de garantía, con la finalidad de que si el penado acredita mediante la comisión de delito o incumplimiento de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas que condicionan la suspensión que el pronóstico que se hizo al otorgarse el beneficio era equivocado, procederá la ejecución de la pena, o en caso contrario si la predicción fue acertada se decretará la remisión de aquélla, lo que es evidente que la situación de

suspensión no puede ser indefinida, crearía una situación de inseguridad jurídica o en su caso hasta la prescripción de la pena.

El art. 81 párrafo 1º CP dispone como regla general que el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves, las antiguas faltas, plazos que se entienden como suficientes y con un margen amplio en su imposición para conocer si el penado debe cumplir la pena impuesta o debe extinguírsela, al haber contrariado o no la confianza que en él se depositó al otorgarle el beneficio de la suspensión. Este plazo, art. 81 párrafo 2º CP, lo es de tres a cinco años en los supuestos de suspensión por dependencia a sustancias, en los que aparece como corto el de dos años para conocer si el penado se ha rehabilitado o deshabitado de su drogadicción. No olvidemos que el plazo de suspensión puede ser prorrogado conforme al art. 82.2 CP cuando el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, en cuyo caso el Juez o Tribunal podrá prorrogarlo, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

Se plantea un pequeño problema respecto a cuál es el plazo de suspensión en las suspensiones extraordinarias por el esfuerzo en reparar el daño y por enfermedad incurable. Nos parece que si la norma no señala nada concreto sobre esta cuestión habrá que estar al plazo general de dos a cinco años, lo que no cabe duda para la última suspensión extraordinaria citada, pero para la relativa al esfuerzo en reparar el daño debemos tener en cuenta que esa norma general se refiere a penas que no superen los dos años, única o conjuntamente y en esta modalidad de redención extraordinaria se está aplicando la suspensión a penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, aunque sí conjuntamente, se podría interpretar que el plazo de los dos años es acumulativo por cada una de las condenas que no alcanzan esa cifra, es decir tantos plazos de suspensión como pena que no supera los dos años, que siendo sumados darían el plazo total de suspensión de la ejecución de ese montante de penas, esta posible solución es acorde con el principio general de una plazo de suspensión por cada pena o penas que no superen los dos años de privación de libertad, pero seguir este criterio nos llevaría a una situación absurda, alargando en ocasiones en muchos años el plazo de suspensión que la haría inviable y poco práctica, además contraria al espíritu de la suspensión por el esfuerzo en reparar el daño que es motor de esta modalidad y no tanto la no peligrosidad del sujeto del delito.

Finalmente nos referiremos al cómputo del plazo de suspensión, lo que se hará desde la fecha de la resolución que la acuerda, es decir el auto que otorga la suspensión, dice el art. 82.2 inciso primero CP, en cambio, continua diciendo el mismo apartado que si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme, momento procesal que fija con certeza el inicio tal plazo.

Por otro lado, art. 82.2 párrafo 2º CP, establece que no se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía, esto parece lógico, puesto que si no es controlable el condenado al ignorarse su paradero, el tiempo que en tal situación se encuentre deja de tener efectividad en el transcurso del plazo. Parece que el legislador no ha optado por revocar la suspensión de condena por causa de la rebeldía del penado, pero es evidente que tal revocación acontecerá si hay deberes, prestaciones o medidas que no se llevan a efecto, en la forma indicada al tratar esta cuestión, estando en rebeldía el penado, por lo que ello sí será causa de revocación de la pena, independientemente de la rebeldía.

5.2. Momento procesal de la suspensión y revocación

Antes de la reforma de esta institución por LO 1/2015, el momento para otorgar o denegar la suspensión era mediante auto y una vez declarada la firmeza de la sentencia condenatoria a la pena privativa de libertad, actualmente se prevé en el art. 82.1 inciso 1º CP, que el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello

resulte posible, lo que sí resultará si se tienen a disposición todos los datos necesarios que se exigen en el art. 80 CP y además las partes se han pronunciado sobre ello, facultad de éstas para exponer las razones que a su juicio hacen aconsejable la suspensión o el que se sea rechazada por el órgano de enjuiciamiento, resolución sobre la suspensión en sentencia que será asequible en las dictadas de conformidad, en las que las partes ya han llegado a un acuerdo sobre la pena, se conocen con certeza las circunstancias que rodean al delito al aceptarse o consensuarse el contenido de la calificación de la acusación y sobre todo la conformidad llevará consigo un acuerdo sobre la responsabilidad civil, lo que facilita el compromiso de pago de ésta, si no es que ya se ha efectuado la reparación del daño o la indemnización de perjuicios.

Cuando no sea posible pronunciarse en sentencia sobre la suspensión se hará, dice el 82.1 inciso 2º CP, una vez declarada la firmeza de aquélla, con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena. Se establece un trámite de audiencia con carácter imperativo que no se hallaba antes de la reforma, sólo en el reformado art. 86 se imponía que el ofendido fuera oído en los delitos perseguitables previa denuncia o querella, que hoy ha pasado en los mismos términos al art. 80.6 CP, lo que no tiene mucho sentido, puesto que si se ha establecido un trámite general de audiencia para todas las partes en todos los delitos, en éste tendrá necesariamente intervención el ofendido y en su caso quien le represente, por ello apreciamos un error del legislador por redundante.

La revocación de la suspensión procederá cuando concurran las causas que hemos expuesto en el apartado 4.1 de este trabajo, siendo el momento para dictar el auto que la acuerda cuando transcurra el plazo de garantía impuesto al penado y en consonancia con lo expuesto en ese apartado, debe ser pronunciado inmediatamente después de concluido aquél. La revocación se hará, cuando proceda, después de haber oído al Fiscal y a las demás partes, dice el art. 86.4 párrafo 1º inciso 1º CP, siendo evidente que el principio de contradicción y derecho de defensa deben ser respetados, al tratarse de un momento decisivo para el condenado sobre la ejecución de la pena que se le impuso.

Antes de acordar la revocación, dispone el art. 86.4 párrafo 2º CP, que *el Juez o Tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver*. En determinadas ocasiones será necesaria la práctica de diligencias para asegurar que se han cumplido las condiciones impuestas al penado al otorgarse la suspensión, recabando información de los órganos competentes y en todo caso será necesario solicitar la hoja histórico-penal del sujeto para comprobar si ha perpetrado delito en el plazo de suspensión y ha sido condenado en tal periodo e incluso testimonio de la sentencia para determinar si el hipotético delito cometido pone de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

También puede el órgano judicial sentenciador convocar al Fiscal y demás partes a una vista oral para así ser informado de los pormenores sucedidos en el plazo de suspensión y tener una mejor información para resolver sobre la revocación. Esta vista creemos que será excepcional, la práctica de los Tribunales nos dice que con los informes correspondientes unidos a la causa, se tendrán los suficientes elementos de juicio para emitir el dictamen que al derecho de cada una de ellos convenga.

Hay por razones de urgencia, motivadas por el peligro a posibles acciones del penado, la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión al resultar imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. Esta potestad, prevista en el art. 84.4 CP, sin someterse al informe de las partes, debe ser utilizada con la máxima cautela, por razones acreditadas y de suficiente entidad para justificarla, puesto que el ingreso en prisión después de otorgado el beneficio de la suspensión, revocando ésta y sin contradicción no es el modo más correcto de actuar para respetar los derechos del penado, de ahí la necesidad de acreditarse la urgencia por la gravedad de la si-

tuación en la que se halla el penado con riesgo evidente de volver a cometer nuevos delitos, darse a la fuga o de crear un peligro para la víctima.

5.3. Régimen transitorio

Se plantea el problema de si es posible una aplicación retroactiva en favor del reo de la nueva regulación de la suspensión, que como es obligado se ha de apreciar en su totalidad, sin que quepa en caso alguno valerse en una parte de las vigentes normas y en otra de las derogadas, teniendo en cuenta que, a nuestro juicio, la redacción nacida de la LO 1/2015, es más favorable en general para el penado que la dejada sin efecto, al poder aplicarse la suspensión a un sujeto con antecedentes penales no cancelados ni cancelables, o a penas que conjuntamente superan los dos años de prisión, siempre que individualmente no los rebasen, no procediendo la revocación incluso cuando se cometa un delito en el plazo de garantía impuesto al condenado, o respecto a las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian su abandono definitivo en la deshabituación, entre otras, sin que haya duda alguna sobre la aplicación en toda su extensión de la nueva suspensión a las sentencias dictadas estando en vigor la LO citada, aunque los hechos fueren cometidos con anterioridad, al tratarse la norma vigente al momento en que acontece el acto procesal mencionado.

A nuestro juicio, al tratarse de una materia de derecho sustantivo, en definitiva que afecta a la libertad, sí cabe la aplicación retroactiva de la suspensión a sujetos a los que se les denegó y se hallan cumpliendo la pena privativa de libertad. El carácter sustantivo de una norma, dice LUZON PEÑA⁸, concurre en los supuestos que afectan a los fines de la pena, lo que justifica esa retroactividad. Así, una vez comprobados los requisitos previstos en el art. 80 CP, en las diferentes modalidades de suspensión, tras la petición del penado, con audiencia al Fiscal y demás partes del proceso, se procede a modificar el auto que la denegó, estableciéndose la suspensión en la totalidad de la pena si no empezó a ejecutarse o la parte de la pena que queda por cumplir, esta solución que apreciamos no atenta al régimen de aplicación de la suspensión y es beneficioso para el condenado.

La postura por la que opta la Circular FGE 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, se concreta en que puede ser revisada una sentencia firme con una pena que no es susceptible de ser revisada si la revisión da lugar a la aplicación de la suspensión y que antes no era procedente. Creemos que en última instancia proponemos una solución similar a la recogida en la Circular, sólo evitando el trámite de la revisión de la sentencia, y además con la audiencia de las partes se solventa la necesidad general sobre ello que se prevé en la disposición transitoria primera de la LO 1/2015.

No hay problema alguno en cuanto a si una vez revisada la sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución, como así se contenía en la Circular FGE 1/2004, de 22 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, lo cual es absolutamente lógico al estarse en presencia de una nueva pena.

6. La sustitución de la pena por la expulsión de extranjeros

6.1. Aspectos generales

La reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, también ha afectado a la expulsión de los extranjeros que hubieren cometido un delito en España, la que opera como una forma de sustitución de la pena, que después de la derogación del art. 88 CP por la citada Ley Orgánica, ha quedado como la única sustitución de la pena regulada en nuestro principal texto pu-

⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Editorial tirant lo Blanch. 2^a Edición. Valencia 2012. Pág. 93.

nitivo, ya que, las que a nuestro juicio mal llamadas sustituciones integradas en la suspensión de la ejecución de la pena, no son más que prestaciones o medidas que condicionan el devenir de la suspensión, sin perjuicio que puedan computarse a la pena si la suspensión es revocada, existiendo una sintonía clara entre la nueva regulación de la sustitución con lo previsto en el art. 57.2 y 8 de LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No hay una opinión pacífica sobre si la expulsión es una forma de sustitución de la pena que beneficia al extranjero condenado o por el contrario le perjudica. Así hay veces que se insta la expulsión por la defensa del penado y otras, por motivos de arraigo, se solicita el cumplimiento de la pena en España o en su caso la aplicación de la suspensión. Pudiera parecer que el extranjero condenado a una pena de varios años de cárcel que es expulsado es un privilegiado, que casi puede delinquir impunemente, quedando sólo la sanción de la expulsión, creando una sensación social de ineficacia del sistema penal ante estos sujetos que son condenados en España, pero la realidad es que según el delito cometido, la pena impuesta y las circunstancias de todo tipo del extranjero delincuente, la sustitución de la pena por expulsión será la medida adecuada y por otra parte el cumplimiento de la pena en España también lo será según los casos.

La reforma no ha abarcado a la totalidad de esta institución, aunque sí a aspectos relevantes que hacen que la situación de un extranjero que ha sido condenado en España sea distinta con anterioridad a la LO 1/2015. En tal sentido no han sido alterados por esta norma la suspensión de la pena en caso de no poder llevarse a efecto la expulsión, el plazo por el que se prohíbe al extranjero volver a España, la finalización de expediente administrativo que se estuviese tramitando para regular su situación, el ingreso en centro en espera de su expulsión o ejecutar ésta si es sorprendido en la frontera cuando pretende regresar a España y también la expulsión cuando se hubiere cumplido una parte de la pena y el extranjero se hallase en tercer grado penitenciario.

Podemos destacar como modificaciones más relevantes la no distinción entre extranjeros no residentes legalmente en España, con los que sí lo están y la mención que se hace a los ciudadanos de la Unión Europea, la expulsión por condenas que superen un año de prisión como regla general y sobre todo un destacado arbitrio judicial con aplicación del principio de proporcionalidad que atenderá a criterios como que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, los que se tendrán en cuenta para no llevar a efecto la expulsión.

6.2. Supuestos de sustitución y excepciones

En la nueva regulación de la sustitución de las penas de prisión por la expulsión de extranjeros del territorio nacional se contemplan en el art. 89 CP tres situaciones desde el punto de vista de la duración de la pena impuesta, teniendo, como premisa la referencia a extranjeros, sin distinguir si se encuentran legalmente en España o no, es decir que a los efectos de su expulsión es indiferente que el sujeto del delito tenga permiso de residencia o trabajo o por el contrario carezca de ellos, cuestión que apreciamos como beneficiosa, pues sólo se contempla que el extranjero haya cometido delito, no en la situación legal en la que se halla, sin perjuicio que para determinar su arraigo esas circunstancias tengan relevancia, teniendo por otro lado un estatuto distinto y especial los ciudadanos de la Unión Europea, al que posteriormente nos referiremos.

Partiendo de lo anterior las tres situaciones son las siguientes: en primer lugar las penas que no superen un año de prisión no motivaran la expulsión del extranjero, éstas se cumplirán o en su caso se aplicará la suspensión de condena conforme a lo previsto en los arts. 80 y siguientes del CP, lo que no ofrece particularidad alguna, apareciendo como novedad este límite de un año que impide en todo caso la sustitución, lo que no se establecía en el derogado art. 89 CP.

En segundo lugar se prevé en el art. 89.1 CP que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Esta es la regla general en la sustitución de las penas privativas de libertad, en tanto que una pena de más de un año de prisión hasta cinco se entiende que no es necesario ejecutarla en España al no afectar a los principios de seguridad jurídica y de prevención general que tiene, entre otros, la finalidad de la imposición de las penas. Pero este principio rector de actuación ante las penas de la duración citada puede verse alterado excepcionalmente por la necesidad de su cumplimiento cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

La excepción a la sustitución está condicionada a conceptos jurídicos indeterminados que entendemos deben de concurrir ambos para aplicar la excepción al estar unidos en la norma por una conjunción copulativa. En cuanto a asegurar la defensa del orden jurídico podemos afirmar que es difícil que por la pena de hasta cinco años impuesta por el delito cometido por un extranjero se atente al sistema penal español y pueda resquebrajarse de alguna manera el funcionamiento de las instituciones, en cualquier caso es difícil concretar cuando se asegura la defensa del orden jurídico, que no sea de la forma tan indefinida que hemos expuesto, o el orden o seguridad jurídica que podrá estar en riesgo en función de los antecedentes del penado, como así lo expresa la Circular FGE 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

Sí parece más asequible concretar que la comisión del delito por el extranjero que tiene trascendencia en los medios de comunicación con publicidad, el hecho de que no se cumpla la pena ni parcial ni totalmente podría conllevar una pérdida de confianza en la vigencia de la norma y en tal caso la ejecución de la pena sí contribuiría a que se tuviera una posición de certeza y seguridad sobre que las normas no deben ser quebrantadas y que existe una sanción para el que las infringe, lo que sí supone alcanzar la confianza en la validez y eficacia de aquéllas.

El efecto de la aplicación de esta excepción se encuentra en que el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español, excepción que no es de obligado cumplimiento a pesar de aparecer la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma, porque el legislador ha utilizado el verbo poder, que no tiene carácter imperativo, sino facultativo, por lo que la discrecionalidad judicial y no el automatismo entran en juego para llevar a cabo o no la expulsión.

Así podrá acontecer que se acuerde el cumplimiento parcial de la pena, hasta dos tercios de su duración y posteriormente se acuerde la expulsión o que ésta se lleve a cabo cuando, termina diciendo el art. 89.1 CP, el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, supuestos en que concluye todo este proceso con la expulsión y con el cumplimiento parcial de la pena, lo que indica IGLESIAS RIO⁹ podría constituir una infracción del principio *non bis in idem* y además un atentado al principio de proporcionalidad, lo que nos parece acertado porque se le hace cumplir una parte de la pena al extranjero y además decretar su expulsión, lo que se podría haber hecho desde el principio, por esta misma razón entendemos que la naturaleza del delito y sus circunstancias deben ser de tal relevancia que sea necesario acudir a los conceptos jurídicos aludidos que permitan justificar el cumplimiento parcial de la pena y la correspondiente expulsión.

En tercer lugar dispone el art. 89.2 CP que cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Este supuesto parte de la ejecución, total o parcial, de todas las penas impuestas de

⁹ IGLESIAS RIO, Miguel Angel. *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Editorial Aranzadi, Pamplona 2015, Pág. 178.

más de cinco años, cuando sea una o la suma de varias, porque ello es necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma, es decir en estos supuesto de tal duración de la prisión ordinariamente, si no se quieren dejar en entredicho esos valores, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad, sólo excepcionalmente cuando no se vean comprometidos por el delito cometido se podrá acceder a la sustitución por expulsión del territorio español.

La sustitución de la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español se efectuará cuando éste cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, situación a la que debemos aplicar el mismo comentario realizado en el segundo supuesto de sustitución de pena cuando no sobrepasa los cinco años de prisión.

Donde realmente se establece la excepción importante a la sustitución de la pena por expulsión y por consiguiente procediendo su ejecución o en su caso su suspensión, es en el art. 89.4 CP, cuando dispone que *no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada*. Esta norma, desconectada sistemáticamente de los apartados 1 y 2 del art. 89 CP, implica que la sustitución de la pena por expulsión podrá en todo caso no ser impuesta cuando conjugando varios factores, sea desproporcionada, es decir cuando por su gravedad o sus efectos no guarde relación con la sanción que merece el delito cometido, lo que conlleva un juicio de proporcionalidad que realiza el Juez o Tribunal para decantarse, siempre que la pena sea superior a un año de prisión, entre la expulsión o la ejecución de la privación de libertad impuesta.

Dos son los factores que se tendrán en cuenta para excluir la expulsión del extranjero, las circunstancias del hecho y las personales del autor y dentro de éstas el arraigo que pueda tener en España. Las circunstancias del hecho se concretan en su gravedad, la peligrosidad que manifiesta su autor al perpetrarlo, los medios empleados, la no utilización de violencia y todo lo que pueda tenerse en cuenta para apreciar que el penado puede continuar en España, aunque cumpliendo la pena en prisión. Por otra parte se valorarán las circunstancias personales del autor del delito, en principio que puedan ser diferentes al arraigo, como una enfermedad, personas mayores o discapaces a su cargo y en concreto el arraigo, el que se conocerá a través de la posesión de un domicilio habitual o propiedades en España; una situación familiar estable, como así lo estima la STS 791/2010, de 28 septiembre, con familia de varios miembros dependientes del condenado, o el llamado arraigo de permanencia por haber vivido varios años en España, que destaca la STS 200/2007, de 16 de marzo o la STEDH de 12 de enero de 2010, caso A.W. Khan contra el Reino Unido en razón del haber vivido desde la infancia en el país en que cometió el delito; o también una actividad laboral remunerada y todo aquello que manifieste que tiene una vida consolidada en territorio español.

Excepción a la expulsión también lo es la contemplada en el art. 89.9 CP, cuando dispone que *no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis*, al apreciar el legislador que estos delitos tienen la relevancia por su contenido que los hacen merecedores de la efectiva ejecución, por una razón evidente que será la posibilidad de perpetración de nuevo fuera del territorio nacional, como así pueden perpetrarse los delitos de trata de seres humanos, la inmigración ilegal o los cometidos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

6.3. Expulsión de ciudadanos de la Unión Europea

El derecho de todo ciudadano de la Unión Europea a permanecer y transitar libremente por todo su territorio es consustancial con el estatus de ciudadano de la Unión, derecho, que a pesar de ello, es de configuración legal, pudiendo ser restringido por normas de la propia Unión o por la trasposición de ellas al derecho nacional. Así la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al *derecho de los ciudadanos de la Unión y de*

los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros traspuesta en el derecho español por RD 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, establecen las limitaciones a la permanencia de los ciudadanos de la Unión en un preciso territorio y en concreto en España, determinando en su caso la posibilidad de expulsión que habrá de sopesarse, dice el art. 15 del Real Decreto, en función de una serie de razones que puedan justificarla.

Con fundamento en esa normativa se regula en el art. 89.4 párrafo 2º CP la posibilidad de la expulsión de España de extranjeros comunitarios, estableciéndose como norma la no expulsión, debiendo estar plenamente justificada para llevarla a efecto, ampliándose las limitaciones cuando el sujeto hubiera residido durante los últimos diez años en España.

De esa forma *la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales*. El cumplimiento de la pena o en su caso su suspensión, como a cualquier nacional, será la norma aplicable al ciudadano comunitario y como excepción se le expulsará del territorio español cuando represente una amenaza grave para el orden público o seguridad pública, conceptos de difícil concreción pero que en todo caso significan que hay un peligro real y de muy relevante gravedad que la justifican, sin que pueda argumentarse aquélla en cuestiones ajenas al delito cometido o diferentes a la prevención especial, gravedad de la amenaza citada que se sustenta en todo lo que rodea al delito cometido y al peligro que con él ha creado y puede recrearlo en otro de similares características, lo que justifica la expulsión.

Esta gravedad del delito hay que relacionarla con los antecedentes y circunstancias personales de su autor, ya que si ha sido condenado anteriormente por otros delitos de gravedad o su inclinación al delito por su modo de vida, aspectos personales y laborales son evidentes, serán también objeto de valoración para llegar a la conclusión de si es procedente su expulsión, en consonancia con lo previsto en el art. 28 de la Directiva 2004/38/CE, en relación a la evaluación que hay que hacer antes de la expulsión por razones de orden público o seguridad pública.

La expulsión se hace más difícil, según el contenido del art. 89.4 párrafo 3º CP, cuando hubiera residido en España el extranjero comunitario durante los diez años anteriores al delito cometido, procediendo ésta cuando además:

- a) *Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.*
- b) *Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*

En el primer supuesto no sólo se tendrá en cuenta el tipo de delito y la pena asignada, sino que se deberá hacer un pronóstico sobre la posibilidad de comisión de delitos de la misma naturaleza, para lo cual habrá que tener en cuenta los factores personales antes citados y sus antecedentes penales por delitos perpetrados en España o en cualquier país de la Unión, los que por otra parte ya pudieron apreciarse por vía de la trasposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI, mediante la LO 7/2014, de 12 de noviembre, de intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, a la que hemos hecho referencia en la suspensión ordinaria de la pena.

Finalmente en estos supuestos habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el apartado 2 del art. 89 CP, relativo a que cuando se cumpla parte de la condena en España se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cum-

pla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, ello al disponerlo expresamente el citado artículo en su último párrafo de su apartado 4.

6.4. Efectos de la resolución de expulsión

La decisión sobre la expulsión del extranjero que ha delinquido en España se contendrá, si ello fuera posible, en la misma sentencia condenatoria, donde se incluirá como una parte más del fallo de ésta, con la correspondiente motivación como se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 en relación con el art. 120.3 ambos de la CE. Al respecto el art. 89.3 CP dispone que *el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible*, nos parece lo más adecuado como norma general, ya que en un juicio contradictorio donde ya se contempla como unas de las peticiones del Fiscal u otra acusación, la expulsión del penado como medio sustitutivo del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, se podrán alegar todos los argumentos en contra para que no sea acordada, teniendo de esa forma el órgano sentenciador toda la información necesaria para adoptar la decisión de expulsión.

Es posible que en el momento de dictar sentencia no se disponga de datos como los exigidos en el art. 89.4 párrafo 1º CP, relativos a las circunstancias personales del autor y en particular sobre su arraigo en España, siendo necesario instar su aportación a la causa, en cuyo caso se resolverá sobre la sustitución de la pena por expulsión una vez declarada la firmeza de la sentencia, con la mayor urgencia posible, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, resolución motivada que revestirá la forma de auto, con las explicaciones necesarias y con la contradicción que así se exige en el párrafo 2º del citado art. 89.3 CP.

En este sentido ya la STS 901/2004, de 8 de junio, anula la expulsión de extranjero acordada en sentencia y solicitada en el juicio oral en conclusiones definitivas del Fiscal, justificando la decisión en que al penado no se le dio trámite de audiencia antes de la sustitución de la pena por la expulsión y por tanto se atentó a los derechos fundamentales de defensa, a la protección de la familia o al derecho a elegir residencia, al apreciar que la petición que se hizo por el Fiscal en conclusiones definitivas supuso indefensión para el acusado y que el derecho a la última palabra que quedaba al anterior no satisface los derechos fundamentales antes citados, entendiendo el TS que la petición de expulsión debe hacerse en conclusiones provisionales, lo que permite conocer con anterioridad suficiente la posible sustitución y actuar en consecuencia¹⁰.

El efecto de la resolución de expulsión, una vez ejecutada, dice el art. 89.5 CP, es que *el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado*. Dos son los criterios, se deducen de esta norma, a tener en cuenta para concretar el plazo en que no podrá volver a España el penado, la primera la duración de la pena, que aunque no se concreta más, si entendemos que al menos el plazo mínimo será el de la duración de la pena de prisión, no tendría sentido ante una pena de seis años, imponer un plazo para no regresar a España de cinco años, lo que incluso sería un atentado al principio de igualdad con los que fueran condenados a igual pena que al extranjero. Por otra parte las circunstancias personales del penado, laborales, tenencia de bienes inmuebles en España, familiares, se considerarán para moderar el plazo de duración de la expulsión.

Otra consecuencia de la sustitución de la pena por expulsión es, dispone el art. 89.6 CP, *el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*, efecto lógico, puesto que si ya está fuera del territorio español el penado extranjero no tiene sentido que se siga tramitando una autorización para residir o tra-

¹⁰ MUÑOZ CUESTA, Javier. *¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España?*. Repertorio de Jurisprudencia num.19/2004 parte Comentario. Editorial Aranzadi. Pamplona 2004. Pág. 3

bajar en España, además que el futuro del procedimiento administrativo con tal fin, de proseguirse, estaría destinado al fracaso, puesto que el extranjero condenado en España por un delito de más de una año de prisión, no es merecedor de los permisos antes aludidos.

Efectos que podemos llamar colaterales de la resolución que acuerda la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero condenado se detallan en el art. 89.8 CP, disponiendo que cuando, *al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa*. No tiene otra finalidad este precepto que el asegurar el acuerdo de expulsión, siendo el ingreso una medida preventiva, ya que el penado alertado por la resolución que le expulsa de España tendrá la lógica tendencia a evadir su responsabilidad y sustraerse al control del órgano judicial, ingreso en el centro de internamiento que no es de obligada ejecución, es una facultad del anterior que en función de la predicción que se pueda hacer sobre el comportamiento del penado, lo acordará o no, ello teniendo en cuenta todas las circunstancias del delito y personales para adoptar la solución más acertada.

Finalmente el mismo artículo citado establece que en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma, lo que supone abarcar todas las posibilidad ante esa eventual imposibilidad de expulsión, hasta llegar a la suspensión de condena si concurriesen los supuestos que la autorizan en el art. 80 CP.

6.5. Incumplimiento de la orden de expulsión

El penado que no puede regresar a España en el plazo entre cinco y diez años que se le ha marcado en la resolución que acuerda su expulsión, si lo hiciere, dispone el art. 89.7 párrafo 1º CP, cumplirá las penas que fueron sustituidas, esta es la norma general, justificada por el hecho de la voluntariedad de la acción de volver al territorio nacional, conociendo tal prohibición, por tanto con esa conducta acepta tácitamente el que le sea ejecutada la pena de prisión, renunciando a la expulsión que se le otorgó en su momento. No prevé el legislador en la norma que nos ocupa la posibilidad de una nueva expulsión por un tiempo parcial al que ya se le impuso o incluso a la totalidad del tiempo acordado, con pérdida del periodo que estuvo expulsado y fuera de España, ello entendemos se debe, a que vista la ineficacia de la expulsión resulta inapropiado volver a lo que ya queda acreditado que no es la solución correcta para el extranjero que aquí delinquió, por ello la solución adoptada por el legislador es la consecuente con el fin que se persigue con esta institución.

Excepcionalmente, continúa el párrafo citado, el Juez o Tribunal, podrá reducir la duración del cumplimiento de la pena cuando resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. Por tanto si está alejada en el tiempo la orden de expulsión, habiéndose ejecutado ya en una parte importante o el penado volvió a España en atención a su situación de peligro en el extranjero o no poder subsistir económicamente fuera de ella, entre otras posibles causas, el órgano sentenciador podrá limitar el tiempo de ingreso en prisión, siempre teniéndose en cuenta que ello es innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, conceptos jurídicos indeterminados a los que ya nos hemos referido anteriormente.

No obstante lo anterior sí se prevé en el art. 89.7 párrafo 2º CP, que si fuera sorprendido en la frontera el penado, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Ante esta posibilidad el legislador ha optado por otra alternativa que no es cumplimiento de la pena en España como

si ya se hubiera adentrado en su territorio, probablemente porque el ser detenido el expulsado en la frontera lo procedente es que siga en esa situación de no entrar en territorio español que no ha conseguido, con la sanción añadida, por su conducta contraria a lo resuelto, de pérdida del tiempo que estuvo expulsado, el que comenzará a computar de nuevo desde ese momento.

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS: NOTAS CON OCASIÓN DE LA REFORMA DE 2015¹

Autor: Antonio del Moral García. Magistrado. Fiscal en excedencia

1. Introducción

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal trajo muchos cambios a nuestro ordenamiento penal; entre ellos uno más destacado por *revolucionario*: el reconocimiento pleno y sin ambages de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un nutrido grupo de delitos. La modificación comporta consecuencias todavía no fácilmente dimensionables.

Sin esperar a un mínimo rodaje del nuevo sistema, el legislador mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha remodelado en profundidad el régimen apenas estrenado. La reforma va mucho más lejos de lo que parece sugerir la Exposición de motivos (cambios que en algún punto son sustanciales son explicados como simple mejora técnica). Estas líneas comentarán esta reforma aunque enmarcándola en una panorámica más general del estudio de todo el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Puede llamar la atención los escasos reflejos en la praxis judicial de la honda reforma de 2010, pese al transcurso de cinco años. No contamos con ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo y bastan los dedos de una mano para listar las sentencias condenatorias, todas de trascendencia nimia. Sí que existen en marcha procesos que han saltado a las páginas de los periódicos con entidades imputadas de mayor fuste, tanto del mundo financiero, como político... y hasta deportivo!

Ese dato no es significativo. No debe despertar extrañeza. Obedece probablemente a la morfología de los delitos a que afecta esta responsabilidad penal. Son habitualmente infracciones cuya investigación y tramitación suelen ser complejas y premiosas. La penuria de práctica aplicativa, bien miradas las cosas, no es sorprendente. Los delitos que pueden generar responsabilidad penal de una persona jurídica en general no son de aquéllos que acceden con rapidez a los Tribunales. Desde su comisión hasta que se produce su descubrimiento e incluso -delincuencia económica- hasta que la víctima decide acudir a un Juzgado, ordinariamente transcurre un cierto tiempo, mayor o menor. Pero no son de aquéllos que se descubren o denuncian inmediatamente. Solo pueden ser enjuiciados a la luz de la nueva normativa delitos cometidos después del 23 de diciembre de 2010. Y la fase de instrucción con frecuencia no es sencilla y tiende a alargarse.

Seguimos sin contar, así pues, con la ayuda de referencias jurisprudenciales, salvo una alusión muy ligera en una reciente sentencia de la que luego daré cuenta. No es aventurado predecir que pasarán años hasta que se consoliden criterios interpretativos en la práctica, máxime si

¹ El texto constituye una recopilación, actualización y reelaboración de varios artículos previos, no todos publicados. Entre ellos destaca ahora la ponencia *Sistema de penalidad de la persona jurídica* presentada al curso "Sistema de penas, delito continuado y concursos delictivos: régimen vigente y perspectivas legislativas" celebrado los días 16 y 17 de marzo de 2015 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Jorge Rabasa Dolado; el texto *Reformas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas* preparado para un curso *on-line* diseñado por Wolters Kluwert sobre la reforma penal de 2015; *Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas* en la obra colectiva que recoge las ponencias del Seminario permanente sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada entre febrero y mayo de 2012; o la ponencia *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, culpabilidad y dolo. Problemas de participación. El sujeto activo (Societas puniri potest... sed delinquare non potest!!!!)* presentada al curso sobre "La Responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal" organizado por el Consejo General del Poder Judicial y dirigido por Juan Jacinto García Pérez celebrado en Madrid los días 27 a 29 de febrero de 2012. Los textos citados consistentes en ponencias pueden consultarse en las correspondientes páginas web de las entidades organizadoras.

observamos que sin haber alcanzado un prudencial tiempo aplicativo de la trascendente reforma el legislador acomete una modificación y no meramente puntual: se trata de algo más que unos retoques. Es previsible que pronto saludemos los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo –está pendiente un Pleno para unificar algunos criterios interpretativos-. Aunque en principio versarán sobre hechos sucedidos bajo la vigencia de una normativa (2010) ya sustituida por otra (2015), será ésta la llamada a ser aplicada, pues en general, es más beneficiosa para el reo.

No es la de 2015 la primera modificación de esta materia: ya en 2012 se cambió el núcleo de sujetos colectivos con capacidad legal para ser penados con la muy significativa inclusión de partidos políticos y sindicatos que el legislador de 2010 había inmunizado frente a acciones penales.

A falta de pronunciamientos jurisprudenciales hay que contentarse con los comentarios doctrinales producidos², muy abundantes, y con un texto de singular interés práctico como todos los emanados de la Fiscalía General del Estado: su Circular 1/2011 con propuestas interpretativas bien armadas y argumentadas, aunque lógicamente están ancladas en la normativa previa a la reforma de 2015. De hecho algunas de las novedades introducidas por el legislador de 2015 parecen querer salir al paso de sugerencias exegéticas de la Fiscalía General del Estado que habían suscitado no pocas reticencias y contestación e incluso “enmiendas a la totalidad” en sectores cualificados de la judicatura, de la academia y de la práctica.

En concreto en lo que respecta al modelo de imputación la citada Circular entendió que el art. 31 bis CP consagraba un régimen de heterorresponsabilidad, descartando de manera contundente la interpretación que quería descubrir –forzando algo las cosas sin duda- en el sistema de 2010 una fórmula de responsabilidad por hecho propio, propugnando una redefinición de la culpabilidad aplicable a los entes colectivos. La exigencia de responsabilidad penal de personas jurídicas no puede ser –se argumentó- la coartada para abdicar de principios básicos del derecho penal como son el principio de culpabilidad o la prohibición de responsabilidad por hechos ajenos (básicamente, arts. 5 y 10 CP). Esta tesis ha salido reforzada de la modificación de 2015 que entró en vigor el pasado día 1 de julio.

2. Fundamentos de la tradicional irresponsabilidad penal de las personas jurídicas

Sin afán académico y con un propósito de sencillo apunte resultan pertinentes unas brevísimas líneas sobre las bases en que tradicionalmente se asentaba ese principio –*Societas delinquere non potest*- que hasta ahora era característica señalada de nuestro derecho penal.

² El volumen que recoge los debates y ponencias del seminario celebrado el 9 de febrero de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, codirigido por los Pfres. Dres. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ y J. DOPICO GÓMEZ-ALLER y coordinado por la Dra. M. MARTÍN LORENZO sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2009 en el que se trabajó sobre un proyecto ya muy semejante al texto convertido en Ley en 2010 contiene documentos y opiniones de interés. Entre las abundantes monografías y artículos aparecidos enumero algunos de los consultados, pero obviamente sin ninguna pretensión de exhaustividad: BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO Y GÓMEZ-JARA DIEZ, *Responsabilidad penal de personas jurídicas* (La Ley, Madrid, 11); BAJO FERNÁNDEZ, FEIJÓO SÁNCHEZ, GÓMEZ-JARA, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012; CAMPANER MUÑOZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: una visión crítica* (http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf); DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, InDret 1/2012; o *Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española*, en “Jueces para la Democracia (información y debate” nº 73 2012, pp. 48 ss.; GIL ANTÓN, A.M., *La responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015*, en Boletín Foro FICP, 2015-2; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010; GRACIA MARTÍN, *La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura*, en Foro FICP - Tribuna y Boletín de la FICP N° 2014-2 (septiembre), pp. 16 ss. MIR PUIG, S. *Las nuevas penas|| para personas jurídicas, una clase de penas|| sin culpabilidad*, en Foro FICP Tribuna y Boletín de la FICP, nº 2014-1 (abril), pp. 24 ss; ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas en España (hispanica societas delinquere potest)*, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.; ROBLES PLANAS, *Penas y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP*, en “La Ley” nº 7705, 29 Sep. 2011; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema*, en Abogados.es. (web del Consejo General de la Abogacía Española, Opinión, septiembre 2010; SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español*, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss. .

La incapacidad de acción en sentido jurídico penal (por falta de voluntad en clave psicológica); la ausencia de culpabilidad; la incapacidad para sufrir penas (o, al menos, las penas de más frecuente manejo en nuestros textos punitivos); o la idea de desterrar el más mínimo vestigio de responsabilidad objetiva (no hacer recaer consecuencias penales en personas inocentes), son las líneas maestras que alimentaban la doctrina de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Detrás de todas esas ideas, late una más profunda: el Derecho Penal es un derecho **realista**, apegado a la realidad; que huye de las ficciones. Sin entrar en el discutido tema de la naturaleza de las personas jurídicas, y de su actuar en el mundo del derecho, siempre existen en esas construcciones unas dosis -mayores o menores- de ficción. Esas ficciones son muy operativas en otras ramas del ordenamiento. Pero en Derecho Penal hay que manejarlas con tremendas cautelas para no traicionar algunos de sus principios básicos.

Tales “dogmas” no han supuesto dique suficiente para que el legislador, contagiado de los modelos anglosajones y de algunos, más tímidos, continentales, importe fórmulas de atribución a las personas jurídicas de una responsabilidad penal que en el sentir de algunos obliga a reconstruir la parte general del derecho penal. La culpabilidad tal y como la entendemos no es predictable de ninguna forma de personas jurídicas. La doctrina se ha esforzado por esa construcción de una dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas basada en los defectos de organización. Discrepo abiertamente de esos intentos de edificar un nuevo derecho penal a base de deconstruir los conceptos ya alcanzados tras siglos de reflexión. Desde la doctrina algunos han denunciado en esa dirección que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es de ninguna forma conciliable con algunos principios básicos de nuestro derecho penal como el principio de culpabilidad o el de responsabilidad por hechos propios (o personalidad de las penas)³.

3. **Societas delinquere potest?**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio representó el paso trascendental, si no el último sí el decisivo –probablemente se avanzará más en esa senda pero el cambio de paradigma ya se ha producido-, en el radical y abierto abandono –al menos aparente- del tradicional principio *societas delinquere non potest*. Antes se habían producido anuncios, amagos e incluso alguna grieta en el añejo dogma. Pero siempre de forma timorata, clandestina y vergonzante.

La reforma de 2003 recogía dos supuestos de responsabilidad penal de personas jurídicas un tanto camuflados. Por una parte, la extensión de la pena de multa impuesta al delincuente que actuaba en nombre de una persona jurídica a ésta (párrafo segundo del art. 31)⁴. Por otra, la previsión también de una pena de multa autónoma y principal (no dependiente de la multa asignada a la persona física) a las personas jurídicas titulares de empresas o establecimientos puestos al servicio del delito de tráfico sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 369.2 del texto anterior a la reforma de 2010). Desde 2003, pues, se pueden imponer auténticas penas a personas morales.

Más aún: en la redacción originaria del CP la previsión de unas medidas imponibles también a persona jurídica catalogadas como consecuencias jurídicas (art. 129) pero con unas indisolubles reminiscencias punitivas, hizo que algún sector doctrinal sostuviese que estábamos ante un fenómeno de auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, aunque disfrazada bajo eufemísticas fórmulas.

³ Como muestra, dos ejemplos: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema*, en Abogados.es. (web del Consejo General de la Abogacía Española, Opinión, septiembre 2010; o CAMPANER MUÑOZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: una visión crítica*, artículo cuyo contenido puede consultarse en el sitio web http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf.

⁴ Previsión que felizmente desapareció con la reforma de 2010 y que ha sido casi inédita en la práctica. Era un despropósito práctico y teórico. Se había intentado trasplantar al derecho español de manera muy deficiente una técnica de otros ordenamientos por la que se hacía a la empresa corresponsable de la multa impuesta a la persona física que delinquía en el marco de aquélla.

La proyección de esos antecedentes sustantivos –pese a su escasa aplicación⁵– puede ayudar ahora algo al intérprete, pero en una medida muy pobre pues el cambio es profundo y radical.

El legislador presentó como justificación de tan sustancial reforma las pautas establecidas por un amplio abanico de Decisiones Marco de la Unión Europea que, sin exigir imperativamente el recurso al derecho penal, invitaban a replantear la eficacia disuasoria de las sanciones que en determinadas materias prevén los ordenamientos internos para las personas jurídicas. No es seguro que sea más efectiva y comporte mayor potencialidad preventiva un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas frente a un ágil y contundente régimen sancionador administrativo. Voces muy autorizadas se han mostrado más partidarias de la senda explorada por algún Estado miembro consistente en fortificar y remodelar ese derecho sancionador no estrictamente punitivo que es compatible tanto con la responsabilidad penal de las personas físicas actuantes como con las medidas previstas en el anterior art. 129 del CP⁶.

De hecho son esas medidas –con el único añadido de la multa– las que conforman el arsenal punitivo que articula la reforma frente a las personas jurídicas. La pena de multa que viene a ser la estrella (es siempre obligatoria, frente a las demás penas que la acompañarán solo facultativamente), hoy por hoy, es la primordial sanción en el derecho administrativo aplicable a las personas jurídicas. Por tanto desde el punto de vista práctico la revolución no es tanta en los contenidos: las infracciones sancionadas con multa seguirán siendo castigadas con multa y solo eventualmente con otras medidas. Pero sí lo es en las etiquetas –y no despreciable: una multa administrativa es muy distinta a una pena de multa–; en los fundamentos dogmáticos; y en los procedimientos (son mayores las garantías de un proceso penal que las que brinda un expediente administrativo). Unas multas impuestas tras un proceso jurisdiccional como penas tienen un significado muy diferente a las decididas por un órgano administrativo, aunque las cuantías de éstas puedan ser muy superiores. En todo caso las diferencias son mucho menores que entre las que se presentan entre una pena y una sanción administrativa impuestas a una persona física. Hablando de personas físicas entre ambos tipos de sanciones media un abismo. A nivel de personas jurídicas la distancia no es tanta.

La reforma fue recibida por todos como el adiós definitivo al *Societas delinquere non potest*. Encontrar un comentario a este aspecto de la reforma, un artículo, un trabajo en el que no se aluda explícitamente al réquiem de ese clásico apotegma con el que convivimos en nuestros años de facultad y con el que hemos crecido y –algunos– envejecido, es como descubrir “el arca perdida” o encontrar a “Wally”: todo un hallazgo. Ahora, al contrario, se proclama: *Societas delinquere potest!* Pocos –aunque los hay– se resisten a enunciar esa idea tan tópica como real.

¿Real? En el fondo no es real. Es más, se me antoja es rigurosamente equivocada. Mis reflexiones me llevan más bien a seguir afirmando: *Societas delinquere non potest!* Todavía más lejos: me llevan a pensar que solo desde esa premisa –no es la empresa la que comete un delito– se está en condiciones de alcanzar soluciones ponderadas para muchos de los problemas dogmáticos –también indirectamente, los procesales– que vienen a la cabeza al analizar la reforma y volcar en ella las viejas categorías de nuestro derecho penal (participación, consumación, dolo e imprudencia...). Trato de explicarme en el siguiente epígrafe. Soy consciente de que algo de iconoclastas tienen mis aseveraciones y seguramente también de equivocadas o producto de una formación demasiado apegada a la práctica y a un derecho penal poco evolucionado o rudimentario. Asumo mis incapacidades. Pero eso no frena la osadía de hacerlas visibles. Se lo debo a la amabilidad del coordinador de este primer número de la nueva época de la *Revista del Ministerio Fiscal* que me ha brindado el honor de abrirme un espacio en sus páginas. A él habrán de exigírselle responsabilidades. No parece posible hacerlo a la Fiscalía General del Estado: es institución pública y el art. 31 ter la resguarda de esas consecuencias.

⁵ Ofrece un intento de explicación de esa muy limitada aplicación práctica, SILVA SÁNCHEZ, *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas* en InDret (Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 2/2006, 342).

⁶ Medidas que subsisten para aquellas organizaciones, o colectivos a los que no puede exigirse responsabilidad penal por carecer de personalidad jurídica. Y en algunos casos, también para personas jurídicas.

4. *Eppure... si muove*

La frase se pone en boca de Galileo Galilei. Ante el grupo de cardenales que formaba el Tribunal que le enjuiciaba por su tesis –la Tierra gira alrededor del Sol- es invitado a retractarse. Y lo hace proclamando que no era así, que la Tierra no se movía. Pero tras una pausa, quedamente, apostilla, *Eppure... si muove* (“sin embargo, se mueve”)⁷.

De manera paralela creo que hoy se podría decir *Societas delinquere potest!*, añadiendo inmediatamente, para escándalo de algunos, *Eppure... non potest!* Me parece que esa apostilla es totalmente exacta si pensamos en el régimen implantado. Podría haber sido otro en el que cuadrase con naturalidad la afirmación de la capacidad de cometer delitos de las personas jurídicas, lo mismo que se le reconoce capacidad para incurrir en infracciones administrativas. Pero me parece que no ha sido así y que, de manera cercana a lo que se ha hecho en otros ordenamientos europeos, y al margen de enredarse con disquisiciones terminológicas⁸, se ha implantado un modelo en el que no es la persona jurídica la que delinque, sino la que responderá en algunos casos y con ciertas condiciones por algunos delitos cometidos por personas físicas vinculados con ella (responsabilidad vicaria o heterorresponsabilidad, aunque la exposición de motivos de la reforma de 2015 reniegue de esa catalogación).

Desde luego que eso suscita problemas. Pero no creo que sea legítimo utilizar el fórceps para hacer decir al Código lo que a uno le gustaría que dijera. Es aceptable lamentarse de esa opción; criticarla; propugnar su reforma; incluso defender que resulta inconstitucional. Pero no creo que el texto del Código permita manipulaciones interpretativas con la única finalidad de encajarlo en el propio modelo doctrinal.

5. *Societas delinquere non potest..., sed puniri potest!*

Estimo que la fórmula que encabeza este epígrafe sería la adaptación o redefinición más correcta del viejo axioma –*Societas delinquere non potest*- al Código reformado. Las personas jurídicas siguen sin poder cometer delitos, entendiendo por tales las acciones que reúnen todos los elementos del delito: una acción típica, antijurídica, culposa o dolosa (es decir, culpable en alguna de sus formas) y punible. Lo que sí pueden es sufrir **penas** (*Societas puniri potest*). Con ese contenido ha de entenderse la declaración de que las personas jurídicas serán penalmente responsables de determinados delitos (art. 31 bis 1). No cometen delitos, sino que se les impone una pena por los delitos cometidos por otras personas siempre que se den determinados presupuestos y condiciones.

Opino que el régimen implementado en nuestro ordenamiento –también tras la adaptación de 2015- se acopla más bien a esa premisa. Ni siquiera considero que con la reforma de 2015 logre abandonar ese modelo de heterorresponsabilidad aunque proporcione argumentos a los partidarios de elaborar un concepto autónomo de culpabilidad de la persona jurídica al dotar de fuerza excluyente de la responsabilidad penal a la implantación de un sistema adecuado de organización empresarial regido por la cultura de cumplimiento de la legalidad.

Si se parte de otra idea –las empresas cometen delitos; es decir son autoras o partícipes conforme a lo que disponen los arts. 27, 28 o 29 CP- enseguida se tendrá que afrontar una ardua –ihercúlea!- tarea que, si se es coherente, acabará posiblemente por concluir que existe un nuevo ilícito penal (un nuevo delito), que es de omisión (no impedir la comisión de otro delito), que puede ser doloso o culposo (en el sentido de que la omisión de las medidas de cautela de la empresa puede haber sido consciente y voluntaria o desidiosa y confiada: el elemento voli-

⁷ La escena no es ni mucho menos histórica. Como mucho de lo que rodea el proceso a Galileo tiene ribetes de leyenda. Es fruto del genio de BELTORT BRECHT en una famosísima obra de teatro.

⁸ Sin entrar en ello, significativa es la posición del derecho italiano. Haciendo gala de la proverbial *finnessa* de nuestros vecinos, y para sortear obstáculos constitucionales, allí se ha implantado una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, derivada de la responsabilidad penal en la que pueden haber incurrido sus directivos o empleados, y que ha de ser dilucidada ante los tribunales penales y en un procedimiento que no puede ser catalogado sino como jurisdiccional y penal.

tivo hay que referirlo no al delito cometido por la persona física, sino a la omisión del deber de cuidado e incumplimiento de las cautelas anudadas a la posición de garante de la empresa) y que solo puede ser cometido por personas jurídicas. Y desde esa concepción vendrá de la mano una pléyade de atormentados problemas (¿cabe participar en ese delito cometido por la empresa?; ¿es posible la tentativa?; ¿en qué consiste ese dolo o culpa?; ¿quedan equiparados dolo e imprudencia?; ¿es también punible la imprudencia leve o menos grave?...).

Las cosas tal y como las presenta el Código se me antojan más sencillas. Mi concepción tropieza con menos problemas interpretativos y de aplicación; aunque no ignoro que sí se enfrenta a algunos obstáculos dogmáticos no desdeñables. No creo, que se afecte al principio de culpabilidad (o, por lo menos, que se erosione más que lo que queda afectado en cualquier otra exégesis alternativa). Tampoco considero que el principio de personalidad de las penas o la prohibición de responsabilidad penal por hechos no propios sufran más –si es que se admite que son lesionados- que lo que padecen en otros modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sí que constato que la tajante y enfática dicción del art. 5 CP no parece cohonestable con este sistema, salvo que se la maltrate. *No hay pena sin dolo o culpa*. Ciertamente desde mi perspectiva en el caso de las personas jurídicas hay pena (no cabe duda que las medidas que se les imponen son inequívocamente catalogadas como penas⁹). También hay dolo o culpa (de la persona individual que comete el delito, sin el cual no podrá hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica). Pero es obvio que lo que quiere decir el art. 5 CP es que la pena solo se impone a quien haya obrado personalmente con dolo o culpa. Entender los dos polos como desgajados (sin dolo o culpa no hay pena, pero no importa que la pena la sufra una persona distinta de la que obró con dolo o culpa) no es defendible desde ningún punto de vista: sería una trapacería argumentativa. Como tampoco satisface como explicación para aliviar conciencias que no es el único caso en que la personalidad de las penas se resiente algo. Hay muchas penas que de forma indirecta afectan a terceros que nada tiene que ver con el delito o falta: los hijos del condenado a prisión sufren su ausencia; el pago de la multa repercute en los allegados a cargo del penado; la pena de alejamiento alcanza también a la otra persona respecto de la que se fija la pena... De hecho ese tipo de situaciones se ha blandido desde antiguo por los partidarios de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas para refutar el argumento de que con su introducción se lesionaba el principio de personalidad de las penas.

Abiertas las puertas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, inevitablemente se da paso a un elemento de ficción en el derecho penal. Se quiera o no. Puede ser funcional y eficaz esa reforma. Pero es insoslayable asumir que introduce algo no diferente, sino muy diferente. Las personas jurídicas tienen un fundamento en la naturaleza sociable del hombre. Pero la atribución de personalidad jurídica comporta unas dosis de ficción que se concilian mal con el derecho penal. Habrá que elaborar un derecho penal de la persona jurídica, pero no podremos olvidar que siempre aleteará ese componente de ficción. Lo que no podemos es convertir a la persona jurídica en una persona física. Y cuando hablamos del principio de **personalidad** de las penas, siempre hemos pensado en personas físicas, en individuos. Por eso al referir el principio de **personalidad** de las penas a las personas jurídicas las cosas no son igual. No pueden

⁹ Sin embargo algunos muy prestigiosos comentaristas y con argumentación rocosa y convincente acaban por negarles la condición de auténticas penas: serían más bien consecuencias accesorias (vid. GRACIA MARTÍN o MIR PUIG, S (textos citados en una nota previa). Escribe éste (*Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad* en "Revista Foro FICP 2015-2": *No es necesario sustituir el concepto de culpabilidad humana por el de alguna forma de culpabilidad de entes no humanos como son las personas jurídicas. Todo ello sería necesario si el Código penal requiriese, para las penas que ha previsto para personas jurídicas, que éstas cometieran los delitos a los que se asocian. Pero no es así, porque el Código penal no impone penas a delitos de las personas jurídicas, sino que hace responder a éstas por delitos cometidos por personas humanas. Ahora bien, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es una forma de responsabilidad por el hecho de otro, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física las penas previstas para personas jurídicas sólo pueden admitirse sin infringir gravemente el principio de culpabilidad si se distinguen claramente de las penas para personas físicas y se les priva del significado simbólico de reproche fuerte que las caracteriza*". En igual línea de razonamiento, GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio societas delinquere non potest*, en MIR PUIG/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), "Garantías constitucionales y Derecho penal europeo", Madrid (Marcial Pons), 2012, págs. 331 y ss.

serlo. Eso es engañarse. Cuando se produce una acción delictiva a cargo de un colectivo de personas grande pero en el que es difícil individualizar las conductas de cada uno (piénsese en delitos tumultuarios), si no se acierta a predicar de personas concretas acciones u omisiones culpables, no será exigible responsabilidad penal. Y, desde luego, a nadie se le ocurrirá atribuir personalidad jurídica al colectivo para conseguir así castigar a todos sin traicionar ese principio esencial. Eso sería una burla.

Pues bien, cuando hablamos de imponer penas a personas jurídicas por necesidad estamos dando un nuevo sentido, más amplio, al principio de personalidad de las penas. Formalmente, no. Pero materialmente, sí. Porque la persona jurídica no es una persona en sentido real. Si la pena se concibe como un mal, como una privación de derechos, el mal solo de una manera “figurada” es sufrido por la persona jurídica: las personas jurídicas realmente “no sufren”. En un sentido material el mal afectará a personas físicas: normalmente las que integran la persona jurídica. Si se impone una pena de multa a una sociedad anónima, quien sufrirá una merma económica en su patrimonio serán los accionistas. Si una asociación es disuelta, serán los socios, personas físicas, los afectados. Aunque en el primer caso los accionistas sean totalmente ajenos a la conducta delictiva que ha desencadenado esa multa; o aunque el delito que motivó la disolución haya sido perpetrado por el gerente de la Asociación que ni siquiera es integrante de ella. O, en un ejemplo más gráfico, si el titular del noventa por ciento del capital de una Sociedad de responsabilidad limitada es un menor de edad que lógicamente tendrá un tutor y esa Sociedad es condenada a una altísima pena de multa que comporta su quiebra, por virtud del delito cometido por uno de los empleados, es ridículo sostener que el principio de personalidad de las penas no se quiebra porque a fin de cuentas quien ha sufrido la pena ha sido la persona jurídica que es la que ha cometido el delito al no desplegar la oportuna vigilancia sobre el empleado. No es así: entre otros, quien padecerá en su mayor medida la pena será el menor. Lo otro es una explicación “formalista” e irreal: es una **ficción**. Lo real es que el patrimonio del menor se verá reducido. ¿Es eso respetuoso con el “*no hay pena sin dolo o culpa*”?

Un acercamiento similar y usando el mismo ejemplo se puede efectuar en materia de culpabilidad. El “culpable” de esa acción delictiva será el empleado. También podrá decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámesele así: pero es culpa del administrador (o administradores). Es verdad que también podríamos seguir la cadena y encontraríamos a otras personas (accionistas mayoritarios, v. gr.) que tendrían cierta culpa por haber elegido como administrador a quien no era merecedor de esa confianza, porque carecía de las cualidades debidas para “controlar” adecuadamente a los empleados de la empresa. ¿Llamaremos a eso culpabilidad de la sociedad? Se podrá decir que sí, pero también será una ficción: la culpa solo será atribuible en su caso a las personas físicas accionistas que eligieron a esa persona, pero no a los que votaron en contra. Y, desde luego, en el menor –que es al final el que padecerá la pena en mayor medida, si no única- por más que nos empeñemos no seremos capaces de hallar ni una gota de culpabilidad. En último término toparemos con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente. Será solo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante “culpabilidad de la sociedad”, de acuerdo; pero no nos hagamos trampas diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas. Salvar los principios o la constitucionalidad con juegos semánticos no me parece el mejor camino.

Parto pues en mi examen de la propuesta interpretativa asumida por la Fiscalía General del Estado: hetero-responsabilidad de la que en mi opinión no se desliga totalmente la reforma de 2015, aunque lo intenta. Si se concibe como autónomo el ilícito penal de la persona jurídica las soluciones habrían de ser diferentes en muchos puntos.

Retomaré luego estas ideas. Ahora conviene aterrizar en el derecho positivo y examinar los presupuestos que según el texto legal son necesarios para que una persona jurídica pueda ser sancionada con una pena; cómo se modulan esas penas; qué penas están previstas... Desde el punto de vista práctico lo relevante es no tanto filosofar sobre los fundamentos del sistema como dar cuenta de la regulación de derecho positivo y comprobar su forma de aplicación. El debate dogmático puede condicionar algunas interpretaciones en temas puntuales pero no puede apartarse de las normas establecidas en los arts. 31 bis a 31 quinquies (la última reforma ha obligado a multiplicar los preceptos generando esa siempre incómoda y poco elegante forma de numeración, aunque posiblemente inevitable sobre todo ante un legislador muy propenso a un reglamentismo que plasma en larguísimos preceptos plagados de comas, matices, sinónimos y aclaraciones, auténtico azote de opositores).

Con carácter previo a su análisis hagamos un ejercicio de memoria. Repasemos en sus líneas maestras la situación anterior a 2010: solo recordando la forma de abordar hasta entonces los asuntos en que aparecían implicadas personas jurídicas estaremos en condiciones de comprender el sistema actual y apreciar la dimensión real de los cambios.

6. La situación precedente: la respuesta ante delitos cometidos en la actuación de personas jurídicas antes de 2010

¿Qué sucedía antes cuando se cometía un delito en el curso de la actividad de una persona jurídica? Las personas morales no podían sufrir penas, pero sí medidas de seguridad caracterizadas como consecuencias accesorias. Cuando lo autorizaba el Código se podía acordar la clausura temporal o definitiva de una empresa, la disolución de una sociedad o la suspensión o prohibición de todas o algunas de sus actividades (art. 129 CP de 1995).

Además la persona jurídica respondía, y sigue respondiendo, normalmente de forma subsidiaria, de los perjuicios derivados de cualquier delito cometido por quien actúa en su nombre o a su servicio. Y cabía la imposición de una multa a la persona jurídica, aunque normalmente con posterioridad al enjuiciamiento penal y mediante el correspondiente expediente sancionador¹⁰.

Y, por supuesto, los delitos cometidos en el seno o a través de personas jurídicas no quedaban impunes. Además de esas medidas frente al ente moral posibles, había que exigir responsabilidad penal a las personas físicas que hubiesen intervenido en la comisión del delito. Detrás de una persona jurídica siempre hay personas físicas. Y detrás de la actuación de una persona jurídica está siempre la actuación de personas físicas. La persona jurídica, por definición, por la misma realidad de las cosas, ha de actuar a través de personas físicas. Y al derecho Penal le interesan primordialmente los comportamientos humanos.

En otras ramas del ordenamiento jurídico quien obra es la persona jurídica, en virtud de esas construcciones legales que dotan de personalidad propia a los colectivos de personas constituidos con arreglo a unas normas.

En el derecho penal lo que importa es quién actúa real y efectivamente; qué persona física despliega el comportamiento. Se enlaza con esa idea que se apuntaba antes: el apego a la realidad del Derecho Penal. Podría afirmarse que en Derecho Penal la doctrina del levantamiento del velo –buscar quién está detrás de la persona jurídica–, que en otras ramas es la excepción, es la regla general, que no admite excepciones. La afirmación es un poco grosera y estaría necesitada de muchas matizaciones pero es expresiva. El Derecho Penal no se puede conformar con imputar la actividad a la persona jurídica. Reclama averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo la actividad delictiva o han contribuido a ella a través de alguna de las formas de participación que se contemplan en el Código Penal. Ese objetivo ni se desaparece ni se diluye con la reforma.

¹⁰ No hay problemas de *bis in idem* por la diferencia de sujetos. Cosa distinta es que de facto muchas veces la Administración abdicase de ejercer esas facultades sancionadoras.

Responderán penalmente las personas físicas que sean efectivamente responsables con arreglo a los preceptos generales del Código Penal. Será necesario identificar a esas personas físicas y acreditar su culpabilidad. No caben automatismos o presunciones que lleven a considerar responsable al representante legal solo por el cargo ostentado. Habrá que probar su comportamiento culpable. Ante un delito cometido a través de una persona jurídica o en su entramado de relaciones y actividades, la primera pregunta que debe hacerse el Derecho Penal es: ¿qué personas físicas concretas han llevado a cabo esa actuación?, ¿qué individuos han actuado personalmente como autores o cómplices? En el bien entendido de que esa participación en el delito puede venir también configurada por una omisión relevante penalmente, lo que sucederá cuando exista una posición de garante, es decir un deber de evitar el resultado delictivo (art. 11 CP). Para ser autor cómplice o encubridor no es imprescindible un actuar positivo. El no hacer en determinadas condiciones también puede generar responsabilidad penal: así el gerente de una empresa que conociendo la existencia de vertidos contaminantes, no adopta ninguna medida para impedirlos.

Todo este discurso sigue vigente.

Además, junto a la responsabilidad penal de las personas físicas y las posibles medidas y responsabilidad civil exigible en algunos casos a las personas jurídicas por cuya cuenta se hubiese actuado era factible imponerles una sanción administrativa.

Descendamos a un ejemplo para ilustrar la explicación. Si una fábrica perteneciente a una multinacional farmacéutica realizaba unos vertidos a aguas fluviales con infracción de la normativa protectora del medio ambiente y con peligro grave para el ecosistema, estaríamos ante un delito ecológico. El Juzgado tendría que investigar quién o quiénes han sido responsables de esos vertidos (el jefe de planta que así lo dispuso; un directivo o varios que dieron de consumo la orden; un empleado que actuó imprudentemente; el jefe de la fábrica y el directivo que dio su consentimiento a la propuesta elevada por aquél...). A esas personas físicas se les condenaría por la comisión del delito. La empresa, si se habían causado perjuicios, habría de asumir las indemnizaciones o tareas de reparación impuestas junto con las personas físicas condenadas. Igualmente la entidad farmacéutica podría ser objeto de una sanción gubernativa (generalmente pecuniaria) impuesta al amparo de la normativa administrativa. Y, además, no lo olvidemos, podría sufrir en el seno del proceso penal una de esas medidas o consecuencias accesorias aludidas (art. 129 CP) tan escasamente utilizadas.

Retengamos el ejemplo para ulteriores comparaciones con los resultados que ofrece proyectar sobre el mismo el régimen vigente que pasamos a analizar.

7. Aproximación al sistema actual: un régimen de vicariedad matizada

Para que se pueda exigir hoy responsabilidad penal a una persona jurídica se requiere que la actividad delictiva se haya llevado a cabo por quien actúa en nombre de la sociedad o por un empleado (**vicariedad**). Además que el riesgo de comisión de ese delito no estuviese controlado (condición apreciable en todos los supuestos según la reforma de 2015 y no solo a los casos de comisión por un empleado), es decir ausencia de control por parte de la entidad que haya sido causalmente relevante respecto de tal actividad delictiva. Y en ambos supuestos que la actuación redunde en beneficio directo o indirecto (provecho decía el texto antes de la reforma de 2015) de la Sociedad. Responden tanto las personas físicas culpables como la persona jurídica por cuya cuenta y en cuyo provecho actúasen (**sistema dual**)¹¹. No se suprime ni se diluye la responsabilidad penal de las personas físicas. Se añade a ella la de la persona jurídica. No es que la comisión del delito se atribuya a la persona jurídica. Sencillamente se hace responder en determinados casos y si se dan unos presupuestos al ente moral junto a las personas físicas.

¹¹ ABASCAL JUNQUERA, *La responsabilidad penal de la persona jurídica: pasado, presente y futuro*, trabajo académico inédito todavía que cito sobre el texto mecanografiado cedido gentilmente por el autor. Constituye el trabajo de suficiencia investigadora presentado en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo en junio de 2011.

Es el art. 31 bis el que establece la cláusula general en virtud de la que cabe esa imputación a una persona jurídica. Dice tal precepto, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) *De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales, o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
- b) *De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.*

Este primer precepto de la serie dedicada a la responsabilidad penal de personas jurídicas recoge luego en los siguientes números el nuevo papel de los programas de cumplimiento como eximente o atenuante que examinaremos más adelante.

El art. 31 ter dispone:

“1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el artículo siguiente” (referencia a las atenuantes recogidas en el art. 31 quater)”.

Sobre estos párrafos ha de construirse la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que es **acumulativa** –se exige la responsabilidad penal tanto a la persona jurídica como a los individuos–; y es **vicaria**, en el sentido de reclamar como presupuesto la comisión de un delito por una persona física. Pero con importantes matizaciones: no es imprescindible como sucede en otros ordenamientos que previamente exista la condena efectiva penal de una persona física. Ni siquiera que se haya acreditado la autoría por parte de una persona física concreta. Por fin solo rige en relación a un número cerrado de delitos.

Estamos ante un sistema de **responsabilidad criminal vicaria (a) acumulativa o dual (b) y directa (c) y restringida (d)**.

(a) Sigue siendo **vicaria** por más que el legislador de 2015 descalifique expresamente ese calificativo por cuanto se edifica sobre la responsabilidad penal de personas físicas. Sin un delito cometido por una persona física no hay responsabilidad penal de la persona jurídica. Otra cosa es que se trate de una vicariedad matizada por cuanto no se exige para afirmar la responsabilidad de la sociedad la condena previa o simultánea de una persona física; ni siquiera su concreta culpabilidad.

(b) Es **acumulativa** en la medida en que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa. El sistema no está pensado, para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas (como es la empresa). Pero, aunque esa no es una pretensión directa del nuevo régimen (a diferencia de otras regulaciones), indirectamente sirve para alcanzar resultados más satisfactorios en esas situaciones (vid. STS 400/2014, de 15 de abril¹²).

(c) Es **directa** por cuanto la responsabilidad es exigible a las personas jurídicas siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el art. 31 bis, 1, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Además, la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que excluyan su culpabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 ter CP). Esa regulación dota de cierta autonomía en su aplicación, aunque no en el nivel de los conceptos a la responsabilidad penal de la persona jurídica, frente a la de los individuos. Es imprescindible que concurra responsabilidad penal por parte de personas físicas en abstracto. Pero no importa que en concreto esa responsabilidad no sea exigible por ausencia de pruebas que permitan la individualización, por la huída del culpable o por otros factores.

(d) Es **restringida** pues se adopta un sistema de *numerus clausus*. No se afirma la responsabilidad penal de la persona jurídica para cualquier tipo de infracción. El legislador ha establecido un listado de delitos en los que cabe esa responsabilidad, que queda excluida en cualquier otro supuesto.

8. Títulos de imputación

Por dos vías (b y c) se puede llegar a la responsabilidad penal de la persona jurídica a tenor del art. 31 bis. En ambos casos se requieren unos presupuestos comunes (a y d). Nacerá la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando confluyan estos elementos:

¹² "Se dice que no han sido llamados al proceso otros implicados y que a eso no ha dado contestación la sentencia. Entre esos implicados estarían los letrados que intervinieron en la operación. Uno de ellos ha asumido en esta causa la dirección forense del recurrente.

Carece de legitimación esta parte -que es pasiva- para quejarse por la falta de llamamiento de otras supuestas partes pasivas (que en realidad no debían ser traídas al proceso, pues ninguna pretensión se ejercitó frente a ellas).

Eso cabe predicar respecto de la no imputación de la entidad deudora que sí fue parte como tercero responsable civil. Ciertamente el art. 31 bis CP, vigente cuando se realizaron estos hechos, invitaba a traer como responsable penal a la persona jurídica; pero carece de legitimación el querellado para reclamar la responsabilidad penal de una persona jurídica que no excluye la suya. Sería cumulativa. En nada le afectaría a su posición. Su eventual responsabilidad penal no incide en la propia. No existe esa interdependencia procesal entre ambas responsabilidades penales (persona física y jurídica) que parece sugerir el recurrente: un litis consorcio pasivo necesario.

Llama la atención efectivamente que no se haya acusado a la sociedad. Muy probablemente tras la actitud abstencionista tanto de la acusación pública como la de la particular latén razones pragmáticas: nada relevante se ganaría con la declaración de responsabilidad penal de una empresa que se reputa insolvente y respecto de la que la pena de multa obligada a la -pena reina y única obligada en la inmensa mayoría de delitos idóneos para exigir responsabilidad penal a una persona jurídica y entre ellos el delito de alzamiento de bienes- sería un "brindis al sol".

En efecto, si la pena a imponer a una persona jurídica en un caso como éste será la de multa, y tal entidad no solo es insolvente (en eso consiste el delito), sino además parece carecer ya de actividad comercial, supondría dilapidar esfuerzos procesales tratar de obtener una declaración de responsabilidad penal con la imposición de una pena inejecutable, ni siquiera a través de la medida de intervención de la sociedad que resultaría absurda en un supuesto como éste de inactividad empresarial. Ante ese panorama tampoco tiene sentido ninguna de las otras sanciones conjuntas facultativas.

La no imputación de la empresa parece responder a un lógico criterio de "oportunidad", aunque hoy por hoy carezca de un respaldo legal, que sí le intentaba proporcionar el Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Tal texto introducía un criterio de oportunidad específico para los casos en que el art. 31 bis CP apunta a una persona jurídica "fantasma", o insolvente, puramente instrumental o cuya actividad ya ha cesado aunque formalmente no haya sido disuelta. Se autorizaba a prescindir de la exigencia de responsabilidad penal, evitando así recorrer un camino que no conduce a ninguna parte. Seguir un proceso penal para disolver una persona jurídica que de hecho no existe o para imponer una multa que resulta inabonable es absurdo. El art. 91 del citado texto prelegislativo dentro de los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad incluye los casos de imputación a una persona jurídica que "carezca de toda actividad y patrimonio y esté incursa en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente".

- a) La **comisión de un delito** de aquellos en los que se prevé tal tipo de responsabilidad. Solo en los delitos en que se establece la cláusula de extensión a las personas jurídicas cabe esa responsabilidad: esos delitos van especificándose en el lugar correspondiente del Libro II del Código Penal o en leyes penales especiales.
- b) Que ese delito haya sido perpetrado bien **por un representante legal o por quienes individualmente o como integrantes de un órgano están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control en su seno** (se ha mejorado la fórmula del antiguo art. 31 bis que hablaba de *administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica*)¹³.
- c) Como requisito alternativo al anterior que el delito haya sido cometido por **empleados de la persona jurídica** que estuviesen sometidos a su autoridad y que actuasen en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de ellas. En este caso la afirmación de la responsabilidad penal solo podrá hacerse si se constata que hubo un déficit de control sobre tal empleado, atendidas las concretas circunstancias de caso. El incumplimiento por parte de los responsables de la entidad de sus deberes de control, vigilancia o supervisión sobre el empleado ha de ser **grave**. Es este condicionante otra novedad importante de la reforma de 2015. Si no es grave en principio hay que reputar que no será exigible responsabilidad a la persona jurídica, aunque como veremos luego en el texto final salido de la reforma se detecta una antinomia que puede hacer dudar de esta conclusión. El término “empleado” ha de manejarse en un sentido amplio. El tenor del precepto no exige una vinculación laboral en sentido estricto: basta con que en el desempeño de su actividad el autor del delito estuviese sometido a la autoridad e indicaciones de la persona jurídica, aunque la relación jurídica fuese un arrendamiento de servicios o un mandato o de cualquier otra naturaleza. El legislador ha evitado una nomenclatura que restringiese la situación contemplada a lazos laborales. La persona jurídica puede ser responsable penal en virtud de la acción cometida por el asesor tributario externo y únicamente atribuible a él; o por el publicitario a quien se le confió una determinada campaña; o por el comercial que no está incluido en plantilla, por señalar algunos ejemplos de relaciones no laborales pero en las que la actividad ha de sujetarse a las instrucciones y control de la empresa. que opere en el ámbito de dirección de los representantes legales o los administradores. No es necesario que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se halle integrado en el ámbito de dominio social.
- d) En uno y otro caso -administrador/directivo-empleado/dependiente- será exigible que la actuación se haya realizado en **beneficio directo o indirecto** de la persona jurídica o entidad. El texto anterior hablaba de “provecho”. No creo que la modificación terminológica comporte cambio material. Tanto el beneficio, directo o indirecto, como el provecho son nociones que comprenden algo más que el lucro o enriquecimiento. Abarcan más intereses, aunque siempre con alguna proyección económica, aunque sea indirecta. El término **en** hay que referirlo a la idoneidad de la conducta en sí, y no a la finalidad concreta del autor: tiene un significado objetivo, no subjetivo. No es necesario que el autor -representante legal, administrador, empleado- busque el beneficio de la persona jurídica; es decir que sea ese su móvil. Basta con que la actuación objetivamente considerada sea apta para redundar en beneficio de la persona jurídica. Incluso aunque el empleado subjetivamente actúe también con la intención de desprestigiar -por despecho u otras razones- a la sociedad.

La faz negativa de esa responsabilidad (que quedará excluida) será la existencia de mecanismos efectivos de exclusión o disminución relevante del riesgo de perpetración de delitos en la empresa. Concebida como eximente, a ella me referiré luego. En materia de responsabilidad

¹³ No obstante la desaparición de la locución administrador de hecho puede no ser tan inocua: vid QUINTERO OLIVARES, *La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas* en la obra colectiva *Comentario a la reforma penal de 2015*, coordinada por el mismo, Aranzadi, 2015, pág. 90.

por delito cometido por empleado aflora ya en la delimitación del supuesto al hablarse de fallos en el *control* de su actividad.

9. Delitos que pueden generar responsabilidad penal de una persona jurídica

Como se ha dicho solo será imponible una pena a la persona jurídica en los casos de comisión de uno de los delitos en que está prevista tal tipo de responsabilidad.

En abstracto no habría ninguna limitación para hacer ese listado. Nada impediría que se abriese esa posibilidad a todos los delitos del Código Penal. O que se excluyesen algunos de los que el legislador ha elegido; o que se incluyesen otros distintos. Es una cuestión de política criminal. La relación en algunos puntos tiene algo de caprichosa o poco inteligible tanto en lo que respecta a algunas inclusiones como especialmente a determinadas omisiones.

Veamos.

Los delitos incluidos son los siguientes:

- obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o trasplante de los mismos (art. 156 bis-3),
- trata de seres humanos (art. 177 bis-7),
- delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis),
- delitos contra la intimidad por descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 *quinquies*),
- delito de estafa (art. 251 bis),
- frustración de la ejecución (art. 258 *ter*)
- insolvencias punibles (art. 261 bis),
- daños informáticos (art. 264 *quater*),
- delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 288) (y entre ellos, descubrimiento y revelación de secretos de empresa, desabastecimiento del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, publicidad engañosa, estafa de inversiones, facturación fraudulenta, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, manipulación de cotizaciones en los mercados, abuso de información privilegiada, acceso ilícito a servicios de radiodifusión y corrupción en los negocios y deportiva).
- blanqueo de capitales (art. 302-2) (la ubicación sistemática de la norma, equivocada, podría hacer pensar que solo se contempla el delito del art. 302-1, pero eso no sería lógico: de todos los delitos de blanqueo, también los imprudentes, puede responder la persona jurídica),
- delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis),
- delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis-5),
- delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319-4),
- delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328) (tras la reforma de 2015 queda claro que está incluida la modalidad imprudente -art. 331-)
- delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (art. 343-3),
- delitos de riesgo provocados por explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes u otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos (art. 348-3),

- delitos contra la salud pública, excluida su versión culposa (art. 366),
- delitos de tráfico de drogas (art. 369 bis),
- delitos de falsificación de moneda (art. 386.5 que curiosamente rompe el paralelismo con los demás preceptos y solo prevé pena de multa).
- delitos de falsificación de tarjetas de crédito (art. 399 bis),
- delito de cohecho (art. 427 bis),
- delito de tráfico de influencias (art. 430),
- delitos de provocación al odio, discriminación o violencia (art. 510 bis)
- y delitos de colaboración con organización terrorista (art. 576.5)
- Fuera del Código Penal, encontramos los delitos de contrabando (art. 2.6 de la Ley de Represión del Contrabando modificada por la Ley Orgánica 6/2011)

La relación adolece de algunas ausencias significativas. No se entiende por qué, estando incluida la estafa, no se ha añadido el delito de apropiación indebida.

La exclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y contra la seguridad y salud de los trabajadores tampoco es muy lógica y además lleva a consecuencias paradójicas: el art. 318 no ha sido reformado. Eso significa que subsiste en esos casos la posibilidad de imponer las medidas del art. 129 del Código Penal. O sea que se podrán imponer esas medidas (pero sin sujetarse a las reglas más estrictas del art. 31 bis); y que además cabrá una multa en la vía gubernativa con unas garantías inferiores a las del proceso penal. Ese es un ejemplo bien elocuente de lo que indicaba antes en cuanto al alcance real de los cambios.

Se podía pensar también en la inclusión de los delitos societarios (curiosamente ausentes), el mobbing y el acoso inmobiliario, las imprudencias profesionales, los delitos de aborto, contra la seguridad vial, eutanasia... Como se decía antes todo cabe y en último extremo algo de decisión voluntarista concurre a la hora de incluir unos y excluir otros.

10. Penas imponibles a la persona jurídica

Las penas que se prevén para la persona jurídica van desde la multa, pasando por la suspensión de la actividad empresarial o clausura del establecimiento hasta la disolución. Son en realidad con ligeras variaciones las que figuraban en el art. 129 CP (consecuencias accesorias), remodelado también en la reforma de 2010 para reubicar su espacio.

“Las penas aplicables a las personas jurídicas –dispone el art. 33.7-, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) *Multa por cuotas o proporcional.*
- b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

Algunas de esas medidas pueden imponerse provisionalmente con el carácter de cautelares: *“La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”*. El tiempo transcurrido bajo la medida de forma cautelar será abonable para el cumplimiento de la pena (art. 58) y, en caso de que luego no se establezca pena de esa naturaleza, será compensable de alguna forma (reducción proporcional de la pena de multa) (art. 59). De todas formas dado el carácter facultativo de esas penas de clausura, suspensión o intervención, es difícil que habiéndose acordado cautelarmente y llegándose a una sentencia condenatoria no se refleje como condena lo que ya está “cumplido” provisionalmente.

10.1. La pena de multa

Es la pena estrella. La única obligada en todos los casos, con la excepción de las penas de inhabilitación para recibir subvenciones o ayudas o gozar de beneficios o contratar con el sector público que a partir de la reforma de 2012 se ha convertido en imperativa en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social.

Las restantes penas son facultativas.

Las cuotas mínima y máxima de las penas de multa para personas jurídicas se elevan a 30 y 5000 euros respectivamente (art. 50.4).

Está admitido el pago fraccionado *“cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”*. El periodo máximo de aplazamiento es de cinco años (art. 53.5), más generoso por tanto que el previsto para la multa impuesta a una persona física (dos años: art. 50.6). Pero la motivación para acordar esos aplazamientos parece más exigente en las multas a las personas jurídicas. Para las físicas basta una causa justificada. En el caso de personas jurídicas hay que acreditar que existe riesgo de pérdida de puestos de trabajo o de liquidar la viabilidad de la empresa o un “interés general” (!). Demasiadas exigencias. No se adivinan con facilidad las razones que han impedido reproducir una fórmula genérica y más flexible como la de la “causa justificada” en la que cabrían las antedichas y algunas más, salvo que pensemos en un subliminal afán de parecer rigurosos.

Es lógico proyectar la aplicación del art. 50.6 -el impago de dos plazos determina el vencimiento de los restantes- a la persona jurídica. Como también se presenta como razonable no excluir a la misma de la posibilidad de disminuir el importe de la cuota, o variar los plazos ante circunstancias sobrevenidas (variaciones económicas no previsibles, disminución de ingresos o del volumen de negocio de la empresa...) conforme a lo que previenen los art. 51 y 52.3. Es una disposición favorable: la analogía *in bonam partem* está admitida en derecho penal.

Si la persona jurídica condenada no satisface la multa impuesta *“el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”*. Se pone aquí de relieve la diferencia esencial entre un derecho penal de personas físicas y un derecho penal de personas jurídicas. Cuando una persona física no afronta la pena de multa la respuesta del ordenamiento es más drástica: la multa se puede sustituir por una privación de libertad. Eso no puede hacerse con una persona moral. Si la sociedad condenada cuenta con patrimonio podrá ser embargado. Si fracasa la vía de apremio puede decretarse esa intervención con el fin de que se abonen las multas. No deja de tener esa medida algo de brindis al sol. Si la empresa es insolvente en verdad, la única salida

realista es asumir que la pena no se cumplirá. Intervenir una persona jurídica sin viabilidad o capacidad de generar beneficios sería muy mal negocio para el Estado. Cuando la empresa es viable o tiene capacidad económica, normalmente bastará con el embargo y la vía de apremio.

Para los supuestos en que la pena de multa se fija en atención al beneficio o ganancia obtenida u otros parámetros similares y no es posible el cálculo a través de ellos, el Código hace unas equivalencias tomando como referente las penas que para cada delito se establece para la persona física autora:

“En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

- a. *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b. *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
- c. *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”. (art. 52.4)“.*

En el art. 31 ter.1 (antes de la reforma 31 bis.2) se contiene una precisión que debe ser objeto de comentario. La Ley obliga a la moderación de la pena de multa cuando concurren como responsables personas físicas y jurídicas. Se ha dicho que con ello se está pensando en las personas jurídicas de escasas dimensiones o en supuestos en que la persona física penalmente responsable es también el único o mayoritario titular de la sociedad (piénsese en sociedades de responsabilidad limitada familiares). De esa forma, se arguye, se podría armonizar la duplicidad de sujetos responsables formalmente con la materialidad de la prohibición del *bis in idem*.

En mi opinión el legislador ha intuido el problema pero no lo ha ubicado acertadamente. Si la persona jurídica se identifica con la física el *non bis in idem* debiera conducir a levantar el velo (en esta ocasión *pro reo*) y a no imponer más que una sola pena. Y en los demás supuestos el problema de posible exceso de la doble pena de multa y por tanto necesidad de introducir factores de corrección para ajustarse a la exigible proporcionalidad, no es problema que surja a raíz de la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas. La cuestión tiene dimensiones mucho más amplias: se presenta ese mismo problema en el caso de multas proporcionales cuando se trata de codelincuencia. Y ahí no se da igual solución. Enseguida me detendré en ese argumento. Antes conviene resaltar que en todo caso “moderar” o “modular” no es “disminuir” o “reducir”. No parece que la previsión permita rebasar los mínimos inferiores de la multa establecida, aunque sería deseable que se abriese esa posibilidad. Una interpretación literal lo impide: podrá imponerse la duración mínima (la cuota se fija con arreglo a sus propios criterios), pero nunca moverse por debajo de ellos. La locución “modularán las respectivas cuantías” no autoriza a rebasar ese suelo. Pero si se llegase a interpretar de manera más flexible esa fórmula sería deseable que por vía analógica tal precepto se aplicase a esos casos de coparticipación a que se alude.

En efecto, el problema que acomete el legislador con tal previsión está mal diagnosticado (se intuye pero no se acierta a identificarlo) y resuelto de manera insuficiente. Se quiere ahuyentar la sospecha que alienta la doble multa de violación del *non bis in idem* (lo que solo es cierto en el caso de sociedades unipersonales) o de menoscabo del principio de proporcionalidad de las penas. Pero esos problemas de exceso aparecen en todos los casos de multas proporcionales cuando nos enfrentamos a supuestos de codelincuencia. Ese método de fijar las multas (atender a las ganancias obtenidas o que se podían obtener) es un tanto tosco. Procede de etapas de la legislación penal en que el decomiso era un instrumento poco pulimentado que

no bastaba para alcanzar la certeza de que al delincuente no le había salido “rentable” su conducta. Con las multas proporcionales se consigue una confiscación indirecta sin sometimiento a las estrictas reglas que disciplinaban el decomiso especialmente las derivadas de la necesidad de acreditar que se trataba del producto del delito. Desde el momento en que la institución del decomiso ha ido evolucionando y moldeándose para dar respuesta adecuada a los rendimientos económicos de la actividad criminal, y acoge en su seno el decomiso de equivalente, el decomiso sustitutivo, o la presunción en determinadas condiciones de procedencia ilícita y consiguiente decomiso del patrimonio de los condenados por ciertas infracciones (arts. 127 y concordantes CP), los fines que se persiguen con las multas proporcionales se logran por otros caminos. Muchas de las multas proporcionales han perdido su razón de ser y conducen a resultados chocantes, cuando no esperpénticos. Pueden suponer la absoluta “muerte económica” del condenado; la imposibilidad material de rehabilitación: la elevadísima cuantía de la multa jamás podrá ser totalmente cubierta por muchos años de vida laboral que queden al condenado, convertido en un esclavo económico del Estado que absorbe todas sus posibles ganancias para disminuir el monto de una multa que jamás será totalmente satisfecha. Si además la multa va acompañada por una pena privativa de libertad que no consiente la extinción de la pena pecuniaria (art. 53.3) como seguramente desearía paradójicamente el condenado, tendremos que no existe solución legal razonable a esa situación por más que en la práctica se resuelva por la fórmula, más que dudosa, de dejar dormitar la ejecutoria y olvidarse de la pena de multa. Sigue así con los delitos contra la Hacienda Pública o con el blanqueo de capitales o los delitos contra la salud pública: tipicidades características en que las multas proporcionales se utilizan con esa finalidad. El legislador está pensando en los grandes traficantes o en el defraudador. No le tiembla el pulso al establecer como cuantía de la multa el valor de la droga (arts. 372 y 377) o de los bienes objeto de blanqueo (art. 301), o de la cuota defraudada. La multa ha de imponerse abstracción hecha del papel concreto que el condenado ha tenido en la actividad criminal. Es indiferente que sea un subalterno o el protagonista; el jefe de la organización o el contratado por una escasa remuneración para descargar la droga; quien mueve los grandes capitales a nivel internacional; o quien se ha limitado a prestar su cuenta corriente para que sirva de cauce a esos movimientos a cambio de una modesta gratificación; el titular de las rentas defraudadas o el administrador a sueldo de la gran sociedad anónima que ha cometido un delito fiscal de altísima cuantía. La multa será la misma para todos: un mínimo del total del valor de la droga o del capital blanqueado o de la cuota defraudada. Cuando son muchos los partícipes, tampoco se hace distinción. Aunque las ganancias son únicas, la multa se multiplica por el número de partícipes. Es obvio que los rendimientos del delito habrían de distribuirse entre todos a veces de forma muy desigual. El marinero que es condenado por haber contribuido a la travesía de un barco con grandes cantidades de droga, será condenado a una multa elevadísima: la equivalente al valor de la droga transportada en el buque. Si son diez los marineros cada uno de ellos tendrá que abonar esa multa, al margen de la pena privativa de libertad. La misma (o a lo sumo un poco inferior) que la que se imponga al organizador de la operación. Estos dislates por vienen provocados por la alegría con que el legislador maneja las multas proporcionales, sin matiz alguno, haciendo caso omiso al fenómeno de la codelincuencia, que supone que los partícipes de cualquiera de esos delitos con rendimientos económicos no siempre son los beneficiarios íntegros de ese producto. De ahí que las multas resultantes sean más que desproporcionadas, disparatadas.

Cuando hay una persona jurídica condenada se vislumbra ese problema de proporcionalidad. Pero no es exclusivo de esa situación: es propio de todos los casos de codelincuencia y multas proporcionales.

La solución ofrecida por el legislador de 2010 no solo es muy fragmentaria (exclusiva para los casos de corresponsabilidad penal en que uno de los condenados es una persona moral) sino además timorata y abiertamente insuficiente. El art. 31 ter se limita a decir que en esos casos de concurrencia de la persona física y jurídica, “se modulará” la pena de multa. En una primera aproximación interpretativa no parece que el mandato para “modular” autorice para rebasar por debajo los mínimos establecidos en cada caso. El tope de la “modulación” será imponer el

mínimo (en este caso el tanto de la cantidad defraudada a la persona física y el duplo a la jurídica), lo que no es suficiente en mi opinión para hablar con rigor de “proporcionalidad”.

10.2. Penas interdictivas

Se puede vaticinar que la imposición de penas diferentes a la de multa será infrecuente. Es más, cuando surja tendrá una significación más estética que efectiva pues afectará a empresas que de hecho ya no funcionan o carecen de toda actividad. Disolver una sociedad de responsabilidad limitada creada para cometer estafas con la tipología del “nazareno”; o prohibir la actividad de la sociedad importadora que se constituyó para encubrir operaciones de narcotráfico son consecuencias nada eficaces. Ninguna necesidad hay de ello. Y aunque formalmente esas “sociedades” pueden seguir teniendo vida jurídica (nadie se habrá preocupado de realizar las operaciones necesarias para su disolución oficial) nada aportará su encausamiento y enjuiciamiento: esas sociedades carecen de entidad al margen de la actuación delictiva. Por el contrario en sociedades que desarrollan una actividad lícita y solo episódicamente incurren en responsabilidad penal, la tendencia habitual en los Tribunales será limitarse a la imposición de la pena pecuniaria. A lo más cabe pronosticar que en alguna ocasión (delitos contra la hacienda pública, delitos contra el medio ambiente) se pueda acudir a alguna de las inhabilitaciones previstas en la letra f) del antes transcrita art. 33.7 que ya como se ha indicado es obligatorio en algunos concretos supuestos.

Analicemos por separado cada una de las penas:

- a) La *disolución de la persona jurídica* viene caracterizada en el Código de una forma redundante e innecesaria: “*La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita*”. Sorprende el tono didáctico y explicativo de la mención: ¿no bastaba decir “*disolución de la persona jurídica*”? Emerge otra vez la perogrullada al servicio de un simbolismo y apariencia de contundencia a los que no escapa el legislador traicionando la deseable sobriedad legislativa.
- b) La *Suspensión de actividades y/o clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años* causan alguna perplejidad: ¿debe sentirse satisfecha una empresa al conocer que en lugar de la disolución se ha acordado la suspensión de todas sus actividades por cinco años? ¿o por dos? Como alguna otra de las penas parecen previsiones destinada más que a una aplicación real a enriquecer algo el catálogo punitivo. Es verdad que la clausura de establecimientos puede tener más sentido en algún supuesto si se estima –como parece que debiera estimarse– que puede ser parcial (sólo de algunos establecimientos o locales). Pero aún así no parece que tenga mucha operatividad. El local puede clausurarse, pero ¿qué impide abrir otro?
- c) La *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito* es pena que puede ser temporal (hasta quince años) o definitiva. Como sucede con la inhabilitación especial será exigible que se detalle a qué tipo de actividades se refiere la condena (intervención en mercados financieros; actividad inmobiliaria...) y que se profile por qué se considera cometido el delito en ese ámbito (arts. 44, 45 y 56 CP). No creo que se pueda extraer de la terminología del legislador –“favorecer” o “encubrir” el delito– ninguna consecuencia relevante en materia de participación delictiva de personas jurídicas. Es una fórmula copiada a la letra del antiguo art. 129. No puede querer decir que el legislador sostiene que la persona jurídica puede ser responsable de un delito de “encubrimiento”; o que ese delito genera responsabilidad penal de la persona jurídica; o que al hablarse de “favorecer” se está propugnando un sistema en que el ente moral penalmente responsable lo es en calidad de cómplice.
- d) La *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social*, puede al-

canzar también quince años de duración. Aquí sí que nos enfrentamos a una pena que puede tener un acentuado contenido afflictivo (usando este adjetivo en sentido un tanto figurado: como en mi opinión han de ser usadas muchas de las expresiones penales al referirlas a personas jurídicas). Eliminar de determinadas empresas esa capacidad puede suponer inflingirles un daño económico alto. No era coherente que esta pena estuviese prevista (aunque sin otorgarle naturaleza de pena pues no está en el catálogo del art. 33) en algunos casos para personas físicas (delitos contra la hacienda pública o contra la seguridad social: art. 305.1 y 308.3) de manera obligatoria y para la persona jurídica en esos mismos casos fuese facultativa. Eso se podía traducir en que el delito contra la seguridad social cometido por el administrador de una sociedad implicaría para éste a título personal la imposibilidad de obtener esos beneficios o incentivos fiscales o de seguridad social; pero la persona jurídica podrá librarse de tal medida que en su caso era meramente facultativa y no imperativa. La reforma de 2012 ha corregido esa disfunción.

- e) Por fin, la *Intervención judicial* parece ser más que una pena propiamente, un sustitutivo de otras penas que se percibe como el único remedio “para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores” que es la finalidad que le asigna expresamente el legislador. La duración de esa intervención no podrá sobrepasar los cinco años. En párrafo aparte el legislador aclara el contenido de la pena de intervención judicial que es graduable y reformable durante la ejecución: “La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. El anunciado reglamento de momento no se ha elaborado.

11. Profundizando: cambios, sí; pero no tantos (nuevos envoltorios para los mismos contenidos)

Como se acaba de ver son las medidas que preveía el art. 129 –con el único añadido de la multas que conforman el arsenal punitivo vigente frente a las personas jurídicas.

La pena de multa, la única obligatoria¹⁴, es también, hoy por hoy, la primordial sanción dentro del derecho administrativo aplicable a las personas jurídicas.

Por tanto si hacemos una parada para dejar un espacio a la reflexión, enseguida comprobaremos que desde el punto de vista material la revolución no es tanta en los contenidos: antes y después de diciembre de 2010 las mismas infracciones son sancionadas con una multa que se impone a la persona jurídica (antes, administrativa; ahora, penal) y solo eventualmente con otras medidas (antes, consecuencias accesorias del art. 129; a las que ahora se bautiza como penas). Los contenidos sancionatorios son idénticos.

Pero no lo son los envoltorios que han variado de forma nada desdeñable: una multa administrativa es muy distinta a una pena de multa. Y esa mutación arrastra variaciones en los fundamentos dogmáticos; y en los procedimientos (son mayores las garantías de un proceso penal que las que brinda un expediente administrativo). Unas multas impuestas tras un proceso jurisdiccional como penas tienen un significado muy diferente a las decididas por un órgano administrativo, aunque las cuantías de éstas puedan ser muy superiores. De cualquier forma las

¹⁴ Con una única excepción a partir de 2012 que no es relevante a los efectos de este argumento.

divergencias son menores que las que se presentan entre una pena y una sanción administrativa impuestas a una persona física. Hablando de personas físicas entre ambos tipos de sanciones media un abismo. A nivel de personas jurídicas la distancia no es tanta.

¿Qué ha cambiado, pues, a partir de 2010?

Volvamos al ejemplo de los vertidos. Recordemos: el supuesto se saldaba con la condena penal de las personas físicas responsables y la imposición a la persona jurídica de una multa (a nivel gubernativo), eventualmente como medida o consecuencia accesoria la disolución, clausura del establecimiento, suspensión de actividades... (art. 129 CP), y con la condena en su caso como tercero responsable civil. El cambio se concreta esencialmente en que a partir de diciembre de 2010 la multa y las eventuales consecuencias accesorias a la entidad titular de la industria farmacéutica se denominan penas y con ello varía sustancialmente el camino para su imposición.

El cambio es más simbólico que de contenidos. Materialmente las penas son exactamente lo mismo que antes eran las consecuencias accesorias y las sanciones administrativas. Pero con una etiqueta distinta –“penas”- lo cual es más relevante de lo que parece. La Sociedad percibe de forma muy diferente la multa que podría imponer el Servicio de Prevención del Blanqueo de Capitales a una entidad financiera por no haber respetado la normativa específica, que la misma multa impuesta por un Tribunal bajo un titular querece *“El Banco X condenado por un delito de blanqueo de capitales”*.

Esa constatación explica que estas nuevas previsiones estén representando un revulsivo en las empresas que se apresuran a tomar cautelas y diseñar programas de prevención que ahuyenten el fantasma de una condena penal. Esos programas de prevención, que gozan ya de rai-gambre en otros países, eran contemplados en la ley como causa de atenuación. Su papel se ha fortalecido en la reforma de 2015: se les dota del rango de eximente. La acreditación de que se ha implementado un plan de cumplimiento eficaz supone en ciertas condiciones la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

En el nivel económico la responsabilidad penal de la persona jurídica no supondrá normalmente mucho más de lo que podían comportar antaño las sanciones administrativas. Pero a esa dimensión pecuniaria se añade ahora una vertiente estigmatizante de publicidad negativa que se quiere evitar a toda costa.

La diferencia pues estriba en la naturaleza de las multas y medidas a imponer. Aún siendo equivalentes materialmente, a partir de la reforma tienen la consideración de penas; serán impuestas como tales por un Tribunal –no por la Administración-; y supondrán la afirmación oficial de que la persona jurídica es responsable de un delito.

¿Es más eficaz y disuasorio ese sistema? El tiempo lo dirá. Una primera valoración de los efectos psicológicos a nivel de directivos de empresa sí parece indicar que ha supuesto un acicate para la profundización e implantación de fórmulas preventivas para evitar la criminalidad en la empresa. No porque asusten las penas en su materialidad, sino porque impone mucho respeto el riesgo reputacional cuyas repercusiones económicas negativas seguramente son mucho mayores que la cuantía de la multa. Seguramente hubiera sido más transparente aflorar esa auténtica “pena” –publicidad de la sentencia- e incluirla como tal en el catálogo del art. 33.7 que no mantenerla agazapada como sucede ahora.

Esa constatación explica que estas nuevas previsiones estén representando un revulsivo en las empresas que se apresuran a tomar cautelas y diseñar programas de prevención que ahuyenten el fantasma de una condena penal. Esos programas de prevención, que gozan ya de rai-gambre en otros países, eran contemplados en la ley reformada como causa de atenuación. Amplios sectores se quejaron de ese reducido papel, limitado a una atenuación de forma expresa e implícitamente con alcance exonerador solo cuando se trata de delito cometido por el empleado como forma de acreditar que se desplegó el debido control. Muy permeable a esas

críticas el legislador de 2015 ha variado radicalmente ese panorama potenciando el papel de esos programas de cumplimiento.

12. Menos latín y más inglés: del *societas...* a los *compliance programs*. Su relevancia penal

¿Para qué sirven esos programas de cumplimiento?

12.1. Antes de la reforma de 2015

La única mención legal a los llamados programas de cumplimiento era como causa de atenuación si se implantaban después de la comisión del delito y antes el enjuiciamiento. ¿Se agotaba ahí su relevancia?; ¿era esa su única utilidad?: mitigar la responsabilidad sólo cuando se implantan tras la comisión del delito (lo que, interpretado literalmente lleva a la absurda conclusión de que quien los ha implementado ya no podrá beneficiarse de la atenuante).

Una primera constatación me parece esencialmente importante. Esos programas preventivos pueden tener como finalidad según la dicción legal no solo la evitación de conductas delictivas sino también su detección. Eso ha servido para que se diga con razón que el simple hecho de que se haya producido un delito cometido por un empleado no genera sin más responsabilidad penal con el argumento de que la comisión del delito es la mejor prueba de que los programas preventivos no eran eficaces, argumento muy habitual en la jurisprudencia italiana generada por la Ley de 2001.

Algunos comentaristas de la regulación salida de 2010 sostenían que esos programas podían desempeñar el papel de una eximente supralegal. El legislador ha recogido esa tesis expresamente a nivel normativo en 2015.

En todo caso creo que tenían o podían tener una utilidad real. Más de la que podía desprenderse de una lectura apresurada de la regulación legal originaria; pero menos, en mi opinión, del alcance que se le pretendió otorgar por algunos comentaristas y teóricos viendo en ellos una especie de faz negativa de la culpabilidad (el programa sólido, riguroso y bien cumplido significaría que no hay culpabilidad porque no hay defecto de organización) que ahora ven sus tesis acogidas a nivel legislativo.

De cualquier forma su implementación, antes de la reforma, llevaba aparejadas ciertas utilidades:

- (i) De una parte, en consideración que se venía olvidando al ponerse el acento más en lo formal que en lo material, son útiles porque pueden prevenir la comisión de delitos. Un adecuado programa servirá para impedir delitos por cuanto creará en la empresa una cultura de cumplimiento. Ahora bien, eso no significaba que de producirse efectivamente el delito la mera constatación de la vigencia de un programa exigente y riguroso excluya la responsabilidad penal de la persona jurídica. Su relevancia variaba en caso de delito según los supuestos.
- (ii) Si se trataba de un delito cometido por el administrador o representante orgánico a que se refiere el art. 31 bis.1.primer, la existencia de ese programa no operaba más allá de ser un factor a sopesar para individualizar la pena. Contradecía la ley originaria configurarlo como una suerte de eximente. En esa dirección argumentaba igualmente la Circular de la Fiscalía General del Estado. Cuando es el representante legal o administrador quien actúa el Código Penal anterior a la reforma de 2015 considera que la acción sin más es achacable a la entidad. Sólo en el caso del empleado se exige la constatación de que la empresa -o mejor, para ser fieles al discurso, las personas con cargos relevantes en la empresa que tenían encomendada la función de impedirlo- podía haber evitado el delito con una diligencia razonable. Sí es coherente con la dicción de la Ley que la constatación de que existe un programa de cumplimiento funcione en fase de individualización. Si es una atenuante ex-

presa su implantación con posterioridad a la comisión del delito, ha de serlo también tenerlo ya operativo en el momento en que se comete el delito. Otra cosa sería hacer de mejor condición a la persona jurídica que solo reacciona tras la comisión de un delito que a la que previno con anterioridad.

- (iii) Si era un delito cometido por un empleado podía utilizarse como elemento acreditativo de que se había ejercido el “control *debido atendidas las circunstancias del caso*” y excluir así la responsabilidad penal de la persona jurídica. No porque fuese una eximente; sino porque faltaría uno de los requisitos necesarios para que nazca esa responsabilidad vicaria. Si en el caso del administrador el legislador presumía que quien actúa es la misma persona jurídica; en el caso del empleado exige además una negligencia del administrador o directivo encargado de establecer esas medidas de control. Los programas suponen protocolizar determinados controles.
- (iv) El programa establecido con posterioridad a la comisión del delito opera como una atenuante típica ex art. 31 ter 4.d) siempre que se implante antes del comienzo de las sesiones del juicio oral. Es preciso reiterar que pese a que el legislador excluya expresamente y de manera poco justificable las atenuantes por analogía en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, se hacía difícil no otorgar ese mismo valor a la constatación de un programa previo eficaz, aunque en el caso concreto no haya servido para evitar el delito.

12.2. Tras la reforma de 2015

Mucho han cambiado las cosas en este punto a partir del 1 de julio de 2015.

Cuando el delito es cometido por un representante legal o directivo con capacidad de tomar decisiones o facultades de organización y control, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal si se cumplen cuatro condiciones:

- (i) Está implantado un plan de cumplimiento que incluya medidas de vigilancia control necesarias para prevenir ese tipo de delitos o reducir su riesgo de comisión de manera significativa.
- (ii) Se ha constituido un órgano que goza de autonomía encargado de supervisar el cumplimiento. Si se trata personas jurídicas de pequeñas dimensiones bastará con que ese control sea asumido por el órgano de administración.
- (iii) El delito se ha cometido precisamente porque su autor individual ha vulnerado esas normas internas o ha eludido los mecanismos de control establecidos.
- (iv) No ha habido negligencia en el ejercicio de sus funciones de supervisión y vigilancia por parte del órgano contemplado en b) (art. 31 bis.2).

Si se trata de responsabilidad derivada de la comisión de un delito por parte de un empleado será necesario detectar en los administradores o directivos una negligencia consistente en el incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control *atendidas las concretas circunstancias del caso*. También la implementación efectiva de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de delitos de esa naturaleza se erige en causa de exención (art. 31 bis.4).

De forma claramente inarmónica en el nuevo art. 66 bis se prevé también responsabilidad de la persona jurídica cuando ese incumplimiento del deber de vigilancia no fuese grave: la única especialidad es que en ese caso las penas diferentes a la multa no pueden tener una extensión superior a dos años. No es coherente el texto. Si primero se dice que solo ha lugar a la responsabilidad de a persona jurídica cuando el incumplimiento es grave, no se puede unos artículos más abajo recoger que si no es grave las penas no podrán rebasar determinada magnitud.

Luego el legislador con un tono un tanto reglamentista se preocupa de detallar los contenidos mínimos de esos modelos de organización y gestión (art. 31 bis 5):

Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”

Cuando solo se hayan acreditado parcialmente algunas de las condiciones exigidas (plan, órgano supervisor; relación de causalidad entre el incumplimiento del plan y la infracción; y constatación de que no ha existido negligencia por parte del supervisor) estaremos ante una atenuante que evoca las eximentes incompletas del art. 21.1, aunque su eficacia es la ordinaria de las atenuantes. No obstante no queda muy claro si es propiamente una atenuante o algo que debe ser valorado a efectos de atenuación de pena que es la fórmula literal del texto legislativo.

No es cuestión fácil dar normas claras de derecho transitorio: ¿es posible otorgar eficacia exoneradora en hechos anteriores a la reforma de 2015 por la existencia de un plan de cumplimiento que no se ajustase plenamente a las exigencias concretas de contenido normativizadas? Solo analizando caso por caso podrían darse respuestas adecuadas, pero no es descartable una solución afirmativa en ciertas condiciones.

13. Más sobre “culpabilidad” de las personas jurídicas

Antes de seguir avanzando a través del derecho positivo, otro parón para remachar una idea ya aparecida. Me interesa volver a subrayar singularmente que el sistema del Código Penal es de heterorresponsabilidad: se trata de responsabilidad por hecho de otro (de ahí que un importante sector de la doctrina sienta un rechazo esencial a considerarla responsabilidad penal¹⁵) en el bien entendido de que eso no significa que sea automática: es necesario constatar la presencia de ciertas condiciones entre las que se cuenta la ausencia de medidas de control.

Pero tampoco ahora -ni después de 2010, ni después de 2015- las personas jurídicas pueden delinquir, ni pueden ser culpables, sin perjuicio de que sea necesario acomodar esa realidad a lo que afirma enfáticamente el art. 5 del Código Penal. No es que la persona jurídica cometa un delito de imprudencia por omisión como algunos han intentado argumentar. No: la persona jurídica no comete delitos, a diferencia de lo que se entiende en algún ordenamiento (por ejem-

¹⁵ Por todos y con singular contundencia y robusta argumentación GRACIA MARTÍN, L., *La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas* Boletín del FICP, N° 2015-2 (julio)

plo el código penal suizo). Quienes cometan el delito –doloso o culposo- son las personas físicas. Lo que sucede es que en algunos casos y cumplidos ciertos requisitos, presupuestos y condiciones, el delito cometido por algunas personas físicas genera como consecuencia la imposición de una pena a la persona jurídica por cuya cuenta o bajo cuya dirección actuaba. Esas penas van a ser sufridas siempre por personas que no son “culpables”, van a ser padecidas indirectamente por quienes integran la persona jurídica, más allá de que personalmente hayan incurrido en alguna forma u otra en culpa. Es siempre responsabilidad por hecho de otro. También cuando se trata del empleado o administrador no suficientemente controlado será eso afirmable. Que en esos casos pueda hablarse de una *culpa in vigilando* no modifica estas afirmaciones. Los responsables de ese déficit de control o vigilancia serán también algunas personas físicas concretas (los encargados de ello) y no toda la persona jurídica como tal (salvo por la vía, siempre con ciertas dosis de ficción, de atribuir a la misma la conducta activa u omisiva de sus administradores o directivos). Y en el delito cometido por el administrador tampoco subsana esa objeción la conexión con la *culpa in eligendo*. Siempre serán otras personas físicas concretas –y no todos los integrantes de la asociación o sociedad necesariamente- a quienes sea reprochable esa equivocación en la elección¹⁶.

La Circular de la Fiscalía General del Estado viene a reflejar esa concepción aunque en relación a la regulación originaria. Pero hay que apresurarse a advertir que en la doctrina predomina la corriente que trata de componer un sistema en que se pueda hablar de “culpabilidad de la empresa” y en el que por tanto la imposición de la pena no tenga cabida sin esa culpabilidad que sería un *plus* a añadir respecto de la culpabilidad de las personas físicas autores de los delitos, *plus* que el legislador de 2015 habría venido a acoger claramente con el reconocimiento de la eficacia exoneradora de los planes efectivos de cumplimiento.

Ese sector nada desdeñable de comentaristas sostiene que la interpretación que aquí se viene postulando y que, por otra parte, propugna la tan citada Circular de la Fiscalía General del Estado, no sería compatible con la Constitución¹⁷. Los principios de culpabilidad y responsabilidad subjetiva y la prohibición de responsabilidad por hechos ajenos tendrían anclaje constitucional; en concreto en los arts. 24 y 25 de la Constitución. Esa parece ser también la senda interpretativa anunciada en el primer pronunciamiento explícito del TS sobre el nuevo régimen, aunque

¹⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)*. Diario La Ley. Año XXXII, núm. 7561, 3 de febrero 2011. es posible identificar el fundamento de la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica en un “no hacer” coetáneo o anterior al hecho delictivo protagonizado por el agente persona física, esto es, una comisión por omisión que permitió o no impidió que se produjese la conducta delictiva básica. Si bien la acción en sentido propio ha de protagonizarla una persona física y no puede protagonizarla una persona jurídica de forma independiente a la conducta de la persona física, la omisión o inacción es un no hacer de naturaleza ideal, que puede conectarse hipotéticamente con un hecho acaecido que se considere pudiera haber sido abortado de haber actuado el omisor cumpliendo sus deberes, y ello, aunque en la base de la omisión de la persona jurídica haya siempre omisiones de personas físicas. En consecuencia, el incumplimiento de los deberes que incumben a la persona jurídica puede sustentar la atribución objetiva del hecho a la misma, especialmente si guarda una posición de garante y se dan las condiciones del art. 11 CP. No bastando con la imputación objetiva o causal es necesario, para justificar la imposición de una pena, verificar una conexión subjetiva con la persona jurídica que incluya la exigibilidad a la misma de un comportamiento distinto al de permitir que se cometiera el delito y, por ello, le sea reprochable por la no evitación del resultado delictivo, esto es, constatar la imputación subjetiva. Y esta atribución subjetiva puede producirse respecto de las personas jurídicas a título de una omisión con culpa inconsciente o sin representación, ya que las mismas carecen del necesario elemento intelectivo y volitivo para omitir un comportamiento de modo consciente y voluntario. Dicha no representación se derivaría de no haberse auto-organizado adecuadamente. Se trataría de culpas de las tradicionalmente conocidas como in constitudo (por carencias o imperfecciones en la estructura orgánica que han permitido lagunas en el dominio o gobierno del funcionamiento social) *in eligendo* (sobre las personas por defectuosa elección inidóneas para el cumplimiento de las normas de actuación sociales), *in instruendo* (en la formación o capacitación de las mismas) *vel in vigilando* (sobre el funcionamiento de las personas que administran, representan o desarrollan su objeto social), que, sometidas a la perspectiva antropocéntrica de nuestro sistema penal, contribuirían en régimen de participación en condición de cooperación necesaria respecto del hecho cometido por la persona física.

¹⁷ Por todos, J.J. TIRADO ESTRADA, *La nueva responsabilidad de las personas jurídicas. Aspectos constitucionales. Culpabilidad, responsabilidad por el hecho propio y estatuto procesal*. Texto mecanografiado de la ponencia presentada al curso “Incidencias de la reforma del Código Penal: Delitos contra la Administración Pública, corrupción entre particulares, corrupción internacional y fraude deportivo” celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en junio de 2011 dentro del plan de formación anual para miembros de la Carrera Fiscal. Las siguientes líneas, en lo que contienen de citas jurisprudenciales y exposición de las ideas, se nutren en buena medida de tal texto. Un porofundo, sugrrente e inteligente intento de proyectar las categorías clásicas naturalísticas (capacidad de acción, de culpabilidad y de pena) a la persona jurídica delincuente puede encontrarse en CUELLO CONTRERAS, J., *El significado de la Acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica en “Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología” 15-03 (2013)*.

se limita a ser un obiter dicta: se lee en la STS 514/2015, de 2 de septiembre: *Este pronunciamiento ha de hacerse extensivo a la condena de la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L, que también ha sido declarada autora, al amparo del art. 31 bis del CP de un delito de estafa. La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroResponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*".

La sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo contiene una buena síntesis de la doctrina constitucional: "... la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal" (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2) como derivación de la dignidad de la persona (STC 150/1991, FJ 4 B)), y... ello comporta que la responsabilidad penal es **personal, por los hechos y subjetiva**: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal.

La pena sólo puede "imponerse al sujeto responsable del ilícito penal" (STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 B); "no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos" (STC 150/1991, FJ 4 A); y no cabe "la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurría "dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia" (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 A); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6), al "elemento subjetivo de la culpa" (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2)."

La sentencia 76/1990 afirma que el art. 24.2 repudia la responsabilidad presunta y objetiva. "Entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma Fundamental" afirmará entre muchas otras la sentencia del TC 146/1991. De cualquier forma el TC (Sentencia 150/91 y Auto 337/1991, de 11 de noviembre) se ha preocupado de apostillar que la elevación a rango constitucional del principio de culpabilidad, aunque sea de forma implícita, no implica que ese principio deba entenderse de una determinada forma; es decir, el debate dogmático está abierto y no puede vincularse con la Constitución un específico entendimiento de ese principio. La Constitución no cierra el debate doctrinal puesto que -STC 132/1989, FJ 10- "las categorías dogmáticas no representan límites infranqueables al legislador, sino explicaciones y sistematizaciones de una realidad forzosamente cambiante", estimando en la ya citada STC 150/91, FJ 3º que "el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad...es la propia Constitución y no determinadas categorías dogmáticas jurídico penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal".

En relación a la responsabilidad administrativa de personas jurídicas existen específicos pronunciamientos constitucionales que adquieren relevancia en el debate aquí abierto en cuanto que, como es bien conocido, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Ahora bien no puede olvidarse que siempre se preocupa la doctrina constitucional de subrayar que no es una traslación automática y mimética de principios. Es necesaria una cierta modulación.

En este punto resulta obligada la referencia a la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Se quejaba la entidad que acudía al amparo de que había recaído una sanción administrativa sin existir prueba de su culpa. El TC razonaba así al resolver la demanda: "En concreto, sobre la culpa,

este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991).

Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del "ius puniendi" del Estado resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de "correcto" el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos.

Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma".

Así pues se habla de culpabilidad pero con un sentido diferente al manejado normalmente en materia de personas físicas: se asemejaría a un juicio de reprochabilidad basado en la capacidad de infracción de la norma.

De acuerdo. Pero de nuevo hay que dar un salto: quienes infringen las normas son las personas físicas que actúan en nombre de la persona jurídica o que con su descuido han permitido que otros vinculados con la persona jurídica infrinjan la norma. Al decir que es la persona jurídica la que infringe la norma introducimos ya un elemento de ficción. Es legítima esa ficción: tiene fundamento en la realidad. Pero no deja de ser tal.

De hecho en la más autorizada doctrina administrativista no faltan autores que se niegan a hablar de culpabilidad cuando estamos ante sanciones a personas jurídicas: culpabilidad y persona jurídica serían nociones no coherentes por la misma naturaleza de las cosas¹⁸.

Buscar una noción de culpabilidad específica para la persona jurídica en mi opinión supone traicionar la naturaleza de la culpabilidad. Si respetamos el concepto al final solo podremos predicarlas de personas físicas. Únicamente a través de una mecanismo de transferencia podremos hablar de culpabilidad de la persona jurídica: es decir, convenir que cuando concurre culpabilidad en ciertas personas físicas ligadas a la jurídica podremos hablar de culpabilidad de la persona jurídica pero tan impropriamente que es preferible en mi opinión no incurrir en esa falta de rigor.

En efecto, la defectuosa organización será consecuencia de la gestión o actuación de una persona física. O de varias. Lo que significa que necesitaríamos dar un paso más: habría que buscar el fundamento por el cual se transfiere a la persona jurídica la responsabilidad en la que han incurrido esas personas físicas -que a lo mejor ni siquiera integran la sociedad y por tanto no sufrirán las penas-. Es decir necesitaremos otra vez enlazar con la persona jurídica buscando

¹⁸ Vid. NIETO GARCÍA, A. para quien los intentos de fundamentar una inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador representa un salto funámbulesco apoyado en la cuerda floja de la ficción (Derecho Administrativo sancionador, págs. 398 y ss).

su culpabilidad. ¿Estará en la falta de control de esas personas -directivos- que a su vez tenían que haber controlado al administrador o empleado? Pero también serán otras personas físicas. Sólo un irreal “todos a una” a lo Fuenteovejuna (todos y cada uno de las personas físicas integrantes de la persona jurídica deciden cometer el delito o contribuyen a él causalmente con su negligencia) nos permitiría salvar de verdad el principio. Pero a costa de dejar malparado otro: el *bis in idem*. Todos los copartícipes recibirían dos penas: una como personas físicas responsables (si es que se dan las condiciones para afirmar la tipicidad respecto de la participación negligente); la otra a través de la persona jurídica y como integrantes de ella.

En el Derecho administrativo sancionador se excluye la responsabilidad de la persona jurídica cuando no ha ocurrido nadie relacionado con la empresa y en el ejercicio de esas funciones alguna conducta culpable o imprudente. Pero si el trabajador “X” -encargado de seguridad- es descuidado en su control de otros trabajadores y se produce un accidente laboral, la sanción para la empresa será inevitable. No valdrá decir que se habían tomado todas las medidas de precaución y que la conducta es únicamente atribuible a “X”. No digamos si estamos ante una defraudación tributaria decidida solo por uno de los administradores; o por un directivo financiero que hasta ese momento había destacado por su escrupuloso cumplimiento de la legalidad. Nadie pretenderá en el expediente administrativo discutir si existía un “defecto de organización” o si concurría un elemento culpabilístico que fuese directamente atribuible a la persona jurídica, representando un plus respecto de la culpabilidad de ese directivo. Por eso no es descabellado -lo contrario adolece de cierto formalismo hipócrita- negar *pro principio* la culpabilidad de la persona jurídica también en el campo del derecho administrativo sancionador.

Podrá contraargumentarse que no es lo mismo la responsabilidad administrativa que la penal; y que las garantías han de ser mayores en este segundo campo. Eso es rigurosamente cierto tratándose de responsabilidad penal de personas físicas. No lo es tanto cuando hablamos de responsabilidad penal de personas jurídicas. La afirmación puede sonar un poco a iconoclasta por lo que merece una explicación adicional.

14. Derecho penal, pero menos

El Derecho penal ha pulimentado sus mecanismos y es el derecho garantista por excelencia porque con su aplicación se ponen en juego los máspreciados bienes de las personas (de las personas físicas: añado). Especialmente la libertad en su sentido más primario: la libertad ambulatoria, derecho fundamental proclamado en el art. 17 de la Constitución. Podemos debatir sobre la atribución a las personas jurídicas de otros derechos (el derecho al honor, al secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad domiciliaria). Respecto de algunos no hay duda de que son predicables de ellas (en general los derechos fundamentales procesales del art. 24). Pero lo que es evidente es que por mucho que estiremos la ficción jamás podremos predicar de una persona jurídica el derecho a la libertad en el sentido del art. 17 de la Constitución. En consecuencia nunca una pena o una sanción a una persona jurídica podrá consistir en la privación de la libertad, porque no se puede arrebatar a alguien lo que no tiene. La facultad de imponer una sanción que afecte a ese bien jurídico viene reservada al poder jurisdiccional¹⁹. El art. 25.3 de la Constitución prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o indirectamente supongan privación de libertad. A la hora de ejercitar su potestad sancionadora la Administración no puede incidir en ese derecho. Pues bien, esa prohibición es innecesaria si pensamos en personas jurídicas: ni el poder judicial ni ninguna administración puede sancionar a una persona jurídica afectando a esa libertad por la potísima razón de que carece de ella. Una de las razones primordiales por las que el derecho penal está revestido de esas garantías esenciales que, solo con modulaciones, son también predicables del derecho administrativo sancionador es esa: las limitaciones a la libertad consagrada en el art. 17 exigen muchas cautelas: un proceso jurisdiccional.

¹⁹ Con la salvedad de la Administración civil.

cional; en el que quede asegurada la contradicción; contando con una previa ley escrita (y de naturaleza orgánica!) en el que esté descrita con nitidez la conducta sancionada; que salvaguarde plenamente la imparcialidad de quien impone la sanción; que goce de publicidad... Si el derecho penal prescindiese de las penas privativas de libertad, posiblemente podría relajar algunas de sus garantías.

Pues bien, esa razón de fondo –afectación de la libertad deambulatoria- no aparece en materia de derecho penal de personas jurídicas, lo que hace este derecho mucho más parecido a un derecho administrativo sancionador. Nótese que en la legislación administrativa podemos encontrar ejemplos de casi todas las penas que la reforma ha incluido para las personas jurídicas, y no solo de las multas. Y esas sanciones que son antológicamente idénticas, se imponen en procedimientos administrativos.

Detengámonos en la pena de multa de la que se extrae un argumento muy elocuente. Las penas de multa impuestas a personas físicas tienen un contenido esencialmente diferente a las sanciones de multa. Incluso cuando la sanción administrativa pecuniaria es cuantitativamente mucho más alta que la multa establecida en el Código Penal, ésta será una sanción más severa por la sencilla razón de que su impago lleva aparejada una privación de libertad por la vía de la responsabilidad personal subsidiaria. No pasa así con las personas jurídicas. El impago de una multa impuesta como pena, lleva la misma consecuencia que el de una multa administrativa: el embargo para la ejecución forzosa. Por vía subsidiaria sólo se prevé una intervención judicial en medida más imaginativa que real. Si la entidad carece de solvencia, poco se va a obtener estableciendo una intervención judicial salvo nuevos gastos para el Estado. Pero no lleva aparejada –es obvio- una medida privativa de libertad como sustitutivo. De ahí que en el derecho penal de la persona jurídica no encontremos una de las principales realidades por las que el derecho penal y su aplicación ha de gozar de las máximas garantías: no hay riesgo de administrar privaciones de libertad. Eso no es baladí. Dos consideraciones darán buena cuenta de ello:

- a) Un derecho penal de las personas jurídicas podría estar recogido en una ley de carácter ordinario (aunque quizás podría hacerse alguna matización). Si las leyes penales necesitan el rango de ley orgánica es porque de ellas se derivan privaciones de libertad, porque afectan al derecho fundamental del art. 17. Recuérdese la jurisprudencia constitucional que abordó por primera vez esta cuestión tras prolongados debates doctrinales. Se enfrentaba a una ley postconstitucional –la ley de Régimen jurídico del control de cambios- que preveía tipos penales sancionando conductas con penas de prisión y de multa. Las penas pecuniarias, en principio, fueron excluidas de la cuestión de constitucionalidad (habría ocasión en su caso de debatir si hubiese sido aplicable el arresto sustitutorio previsto en el Código Penal en caso de impago de esas multas establecidas en una ley ordinaria). Pero una ley ordinaria no podía fijar penas privativas de libertad porque el art. 81 de la Constitución exigía al rango (o, mejor, la naturaleza) de ley orgánica. El legislador ha optado por recoger en el Código Penal el nuevo régimen. Y es mejor opción. Pero si hubiese decidido crear un texto específico como se ha hecho en otros países, la solución constitucionalmente más correcta hubiese sido la tramitación y aprobación como ley ordinaria: no hay afectación de derechos fundamentales, como sí la hay inevitablemente en un derecho penal de personas físicas.
- b) Dejando de lado la polémica sobre los límites de la jurisdicción constitucional y si el Tribunal Constitucional actúa con corrección o debiera autocontenerse en ciertas cuestiones que *prima facie* parecen pertenecer al mundo de la legalidad ordinaria, es relevante que muchas de esas decisiones polémicas (las famosas sentencias sobre prescripción del delito que han llevado aparejada una agria polémica con el Tribunal Supremo; la prescripción de la pena y la ineficacia interruptora de la suspensión de condena; la nueva interpretación del art. 58 del Código Penal a impulsos de la sentencia 57/2008; el rechazo a construir un delito de defraudación tributaria sobre un fraude de ley tributaria; o la sentencia que descalifica la

interpretación del régimen de transparencia fiscal realizada en la jurisdicción ordinaria para castigar por un delito contra la Hacienda Pública, entre muchas otras) en las que el Tribunal Constitucional rechaza la interpretación de una ley penal que ha hecho la jurisdicción ordinaria, usan como argumento decisivo para justificar ese “entrar a saco” en el mundo de la legalidad ordinaria, en que está en juego el art. 17 de la Constitución. La prescripción de un delito y la interpretación que se efectúe de ella afectará a la decisión sobre la privación de libertad de una persona y eso justifica que el Tribunal Constitucional aborde esas cuestiones de legalidad con una perspectiva totalmente diferente que la que usaría para decidir sobre la corrección constitucional de una interpretación de las causas de interrupción de la prescripción de una acción civil que ha efectuado la jurisdicción ordinaria. Pues bien, ese argumento, aunque estemos en el campo penal, ya no valdría si lo que se está decidiendo es sobre la multa impuesta a una persona jurídica (o sobre cualquiera de las otras penas).

Otro argumento adicional que sirve para poner al descubierto que debajo de lo que ahora se denominan “penas” encontramos exactamente lo que antes era una sanción administrativa (multa) o lo que era -y sigue siendo en algunos casos- una “medida”. Los arts. 162, 262, 294, 318, 366 y 520 para los delitos allí contemplados²⁰ prevé la imposición facultativa de cualquiera de las medidas del art. 129 (que vienen a ser las penas con la única exclusión de la de multa) cuando las infracciones se cometan por quien pertenezca a una asociación, empresa o sociedad. Basta motivar. ¿Es necesaria también esa “culpabilidad” en esos casos? Durante quince años hemos convivido con esas medidas. El hecho de cambiarles el nombre ¿basta para llevarnos a exigir unos presupuestos más rigurosos en su imposición? ¿Por qué para prohibir a una sociedad en la que el administrador comete un delito contra la Hacienda Pública acceder a subvenciones públicas es necesario un plus de culpabilidad que no se exige para imponer idéntica medida a la entidad cuyo encargado de seguridad descuida el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales (art. 318)? ¿Tan determinante es el nombre?²¹

Y es que, en efecto, que hay mucho de semántica en esa discusión y que el problema tiene algo de ficticio se pone también de manifiesto si volvemos la mirada a lo que sucedía hasta ahora. Las medidas del art. 129 del Código Penal se podían imponer motivadamente, pero sin necesidad de ninguna valoración de “culpabilidad”. Y en general -hay excepciones- nadie ha clamado por la inconstitucionalidad de esas medidas que eran idénticas a las actuales penas. Las multas de tipo gubernativo -que son ontológicamente iguales a las multas que el derecho penal anuda ahora a las personas jurídicas a través del art. 31 bis. En el primer caso se prescindía de toda valoración de una difícilmente concretable “culpabilidad” de la persona jurídica. En el segundo caso bastaba con esa vaporosa aproximación de la jurisprudencia constitucional. Salvo casos clásicos de exclusión de la culpabilidad -caso fortuito, fuerza mayor- no se debate sobre ese tema en nuestros tribunales al hablar de derecho administrativo sancionador. Si un administrador ha decidido realizar la infracción administrativa, se sanciona sin más a la empresa, sin exigir un plus, y sin que a la sociedad le valga como argumento decir “No fui yo, fue mi administrador” (iii!!!). La culpabilidad del administrador se transfiere a la empresa y sirve para sancionar a ésta.

El derecho penal de las personas jurídicas es por tanto derecho penal, pero menos. Podría ser un ejemplo de lo que se ha denominado con plasticidad, derecho penal de dos velocidades.

²⁰ Así, en los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), obstrucción a la actividad inspectora o supervisora (art. 294), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318), delitos de riesgo producido por explosivos y agentes similares (art. 348), delitos alimentarios y farmacéuticos (art. 366), o falsedad de moneda (art. 386).

²¹ Indica GÓMEZ-JARA Op. cit. Pág. 59. que la identidad de las sanciones a imponer por vía del artículo 129 del Código Penal y del artículo 31 bis en relación con el artículo 66 bis y la gravedad de las mismas obligan, cuando menos, a considerar la posibilidad de aplicar requisitos similares de imputación en ambos casos, puesto que una diferencia sustancial de trato encuentra difícil justificación en la mera personalidad jurídica. Teniendo en cuenta, como hemos destacado, que en este caso se trata de consecuencias accesorias a la pena, que por tanto requieren el previo castigo del autor del delito. También en una interpretación sistemática, tratándose de las mismas medidas, debe propugnarse la aplicación de los criterios para la imposición de penas que establece el artículo 66 bis del Código Penal: a) la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

Para imponer una sanción penal a una persona jurídica serían necesarias menos exigencias - materiales (relajación del principio de culpabilidad) y también procesales (piénsese en el inevitable juicio en rebeldía)- no por capricho, sino porque se incide en bienes jurídicos de menor relevancia (fundamentalmente patrimoniales, frente al derecho penal de personas físicas que no puede desprenderse de la potencialidad de afectar a bienes personalísimos).

No falta razón a CANCIO MELIÁ cuando señala que *“la aplicación de sanciones penales a las empresas supondría aproximar, al menos ante los ojos del ciudadano, el Derecho penal al derecho administrativo sancionador, con lo que la pena perdería gran parte de su poder simbólico y contribuiría a desgastar su filo estigmatizador, y además implicaría una relajación de las garantías de imputación de la responsabilidad, que podría contagiar al régimen de imputación de las personas físicas”*.

Pese a estas ideas no puedo dejar de recoger las muy elaboradas construcciones tendentes a generar una construcción penal común capaz de proyectar principios iguales para personas físicas y jurídicas y asimilar en un modelo único las dos vertientes. Los mayores esfuerzos para construir ese régimen se sitúan en Alemania. De un modo muy resumido, y siguiendo fundamentalmente a BACILAGUPO SAGESSE²³, puede afirmarse como apunte que los caminos emprendidos en este sentido se vinculan fundamentalmente a una reelaboración de los conceptos de acción y de culpabilidad tradicionales para su adaptación a las personas jurídicas. En relación a la acción, la doctrina mayoritaria entiende que en el caso de las personas jurídicas la acción penalmente relevante la debe constituir la acción realizada por el órgano de la persona jurídica en el marco de sus competencias y, por lo tanto, ostentando la representación de la misma. Dado que las acciones del órgano vinculan a la persona jurídica ésta debe serle imputada a la misma como una acción propia. En cuanto a la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, algunos autores han procurado elaborar un nuevo concepto de culpabilidad exclusivamente aplicable a las personas jurídicas preservando inalterado el concepto tradicional de culpabilidad; otros teóricos, por el contrario, se han visto obligados a una reconstrucción del concepto de culpabilidad alterando su contenido tradicional. También deben destacarse las teorías elaboradas desde el funcionalismo, singularmente la “teoría del sujeto” de JAKOBS.

15. Sujeto activo

Se excluyen del régimen de responsabilidad penal el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (art. 31 quinqueis.1).

Los partidos políticos y sindicatos, inicialmente excluidos, fueron introducidos en 2012. Obedecía al papel que según la Constitución están llamados a desempeñar en un Estado democrático (arts. 6 y 7). Era razonable, aunque poco inteligible para el ciudadano medio. La posibilidad de exigirles responsabilidad penal es una fácil tentación para judicializar la vida política.

Las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general que también estaban inicialmente excluidas, han sido recuperadas aunque con la previsión de que solo pueden ser objeto de las penas de multa o intervención judicial (art. 31 quinqueis.2), con la salvedad de que esa limitación *“no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”*.

²² CANCIO MELIÁ: *¿Responsabilidad Penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa*, en MIR PUIG, S./CORDOY BIDASOLO, *nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*. Montevideo-Buenos Aires. 2006. págs. 3 y ss.

²³ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: *La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006*. CGPJ, Estudios de Derecho Judicial. 2006. págs. 210 y ss. Con cita de la doctrina penal alemana, cuyos máximos exponentes son SCHÜNEMANN o TIEDEMANN.

Las entidades sin ánimo de lucro, incluso en los casos en que están declaradas de interés social, quedan atrapadas por el régimen de responsabilidad penal.

Para los colectivos sin personalidad jurídica subsisten con carácter facultativo en su imposición las medidas del art. 129 siempre que exista una previsión específica en la parte especial. Eso sugiere una nueva consideración nada inocente sobre el discurso que antes se abrió: en el caso de entes sin personalidad jurídica ¿sería exigible también ese requisito subjetivo –“culpabilidad” sea entendida como defecto de organización o como descontrol- que en el art. 129 no asoma para nada?

Otro problema se presenta al abordar el tratamiento de las personas jurídicas desaparecidas de hecho o creadas al servicio exclusivo del delito y sin otra actividad legal distinta de la actuación delictiva (“nazareno”, “chiringuitos” financieros...). La legislación no ofrece frente a estos supuestos más solución que el seguimiento del proceso para llegar a una declaración de responsabilidad penal concretada en una multa “incobrable” y, eventualmente, en una disolución con trascendencia práctica nula. Seguramente hubiese sido más adecuado excluir los casos de sociedades creadas con la finalidad exclusiva de una actividad delictiva. No obstante la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado abre las puertas para interpretaciones que den a estos casos un tratamiento más racional. Por una parte, exigiendo cierta “alteridad” respecto del autor principal. Si la sociedad es tan solo una forma de revestir un negocio unipersonal, carece de sentido la doble exigencia de responsabilidad y deberá valorarse la posibilidad de imputar solo a la persona física. Por otra parte aplicando la doctrina del levantamiento del velo en relación a sociedades de pantalla o fachada caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio... que puedan ser utilizadas como simples herramientas del delito o una forma de dificultad su investigación o de encubrirlo (sociedades trucha en las tramas de defraudación del IVA) y dirigiéndose directamente y sin más contra las personas físicas responsables. Sobre eso llama la atención la STS 400/2014, de 15 de abril que especula sobre las razones por las que una persona jurídica en la que sin duda habría que apreciar responsabilidad penal dado el supuesto de hecho no había sido objeto de acusación: *“Muy probablemente tras la actitud abstencionista tanto de la acusación pública como la de la particular latén razones pragmáticas: nada relevante se ganaría con la declaración de responsabilidad penal de una empresa que se reputa insolvente y respecto de la que la pena de multa obligada a la - pena reina y única obligada en la inmensa mayoría de delitos idóneos para exigir responsabilidad penal a una persona jurídica y entre ellos el delito de alzamiento de bienes- sería un "brindis al sol".*

En efecto, si la pena a imponer a una persona jurídica en un caso como éste será la de multa, y tal entidad no solo es insolvente (en eso consiste el delito), sino además parece carecer ya de actividad comercial, supondría dilapidar esfuerzos procesales tratar de obtener una declaración de responsabilidad penal con la imposición de una pena inejecutable, ni siquiera a través de la medida de intervención de la sociedad que resultaría absurda en un supuesto como éste de inactividad empresarial. Ante ese panorama tampoco tiene sentido ninguna de las otras sanciones conjuntas facultativas.

La no imputación de la empresa parece responder a un lógico criterio de "oportunidad", aunque hoy por hoy carezca de un respaldo legal, que sí le intentaba proporcionar el Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Tal texto introducía un criterio de oportunidad específico para los casos en que el art. 31 bis CP EDL 1995/16398 apunta a una persona jurídica "fantasma", o insolvente, puramente instrumental o cuya actividad ya ha cesado aunque formalmente no haya sido disuelta. Se autorizaba a prescindir de la exigencia de responsabilidad penal, evitando así recorrer un camino que no conduce a ninguna parte. Seguir un proceso penal para disolver una persona jurídica que de hecho no existe o para imponer una multa que resulta inabonable es absurdo. El art. 91 del citado texto prelegislativo dentro de los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad incluye los casos de imputación a una persona jurídica que "carezca de toda actividad y patrimonio y esté incursa en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente".

Por fin en materia de sujeto activo resulta de sumo interés destacar la relativa autonomía (vincariedad matizada) que se ha introducido en la regulación legal: las personas jurídicas responden penalmente aunque in casu la persona física no esté individualizada o no pueda ser castigada (rebeldía, exenciones de responsabilidad penal, prescripción...). En esto se aparta nuestro Código de otros sistemas. Esa previsión, que la considero atinada comporta una ventaja aunque también un peligro.

De un lado, la fórmula de acudir a la persona jurídica se presta a funcionar como un mecanismo que relaje en el instructor la tensión por buscar también a las personas físicas responsables y atar las pruebas que acrediten su intervención culpable en la defraudación. Los administradores o directivos, especialmente si son muchos, podrán parapetarse tras la persona jurídica. Los auténticos responsables que siempre, por definición, serán personas físicas, pueden alcanzar con mayor facilidad la impunidad. En el mundo de la delincuencia empresarial y societaria en muchas ocasiones (grandes sociedades) no es fácil identificar a los genuinos autores que han planificado y decidido la defraudación, cuando el modelo organizativo es complejo y se producen acusaciones cruzadas o silencios cómplices: todos los directivos actúan amparados por el derecho a no decir la verdad. La tentación de abandonar esas complicadas indagaciones, y cancelar rápidamente la instrucción puede ser irresistible y convertirse en una válvula de escape con una secuela: el incremento de las tasas de impunidad de las personas individuales penalmente responsables (auténticos responsables, me atrevo a decir), difuminando sus conductas en el grupo de directivos. El Juez o Tribunal se sentirá tranquilo con la condena de la persona jurídica. Esa condena, tal y como aclara el art. 31 ter 2 CP, no exige la identificación concreta del administrador o empleado penalmente responsable.

Es un lugar común destacar las dificultades probatorias en materia de autoría en los delitos cometidos en el seno de entramados empresariales u organizaciones complejas. La individualización de la responsabilidad en las personas físicas concretas que han actuado, la indagación de qué individuos en particular han llevado a cabo la conducta criminal desplegada a través de la actuación social, no es en muchas ocasiones tarea fácil. La despersonalización de los individuos que comporta la personificación del ente colectivo dificulta la labor. Ante la existencia de una pluralidad de personas que participan o han podido participar, se desvanecen las responsabilidades. De otra parte, determinadas actuaciones con frecuencia son fruto de decisiones diluidas personalmente, difícilmente atribuibles a éste o aquél, dada la pluralidad de sujetos, que con mayor o menor relevancia han intervenido en el proceso de decisión y ejecución. En ocasiones se puede tender a una actuación mecánica y poco consciente de los órganos superiores a la hora de aprobar los planes o decisiones de los órganos inferiores. Normalmente no existe constancia documental de esos acuerdos. Hay dificultades para averiguar el funcionamiento fáctico interior de la Sociedad (muy distinto en ocasiones del teórico diseño legal o estatutario).

La delincuencia empresarial -campo habitual de los delitos cometidos a través de sociedades- es difícil por sí de perseguir porque se produce normalmente con el auxilio de expertos que de forma deliberada y programada procuran dar a los hechos apariencia de legalidad. La investigación sumarial se complica enormemente. Los posibles responsables comparecen como imputados con lo que ello representa en cuanto a su derecho a no confesarse culpables y niegan los hechos y se exoneran, siendo frecuente la existencia de acusaciones cruzadas que pueden dejar perplejo al Instructor.

La ausencia de los medios materiales y personales necesarios en la Administración de Justicia y, especialmente, del concurso permanente de personas especializadas en materia económica, se confabulan para agrandar esas dificultades probatorias.

El Instructor, el Juzgador, muchas veces se ve sometido a presiones derivadas de la tensión entre las garantías del derecho penal y el riesgo de un decepcionante impunismo. Ante esas dificultades probatorias se corre el peligro de acudir a la búsqueda desesperada de un representante legal que haga el papel de imputado y sobre quién hacer descargar el peso del Código

Penal para alejar el fantasma de la impunidad y en su caso poder conectar con los perjudicados e indemnizarlos. Otras veces a dirigir el procedimiento por igual contra todos los directivos sin detenerse en matizaciones según el papel de cada uno. El fácil expediente del art. 31 CP, interpretado de forma errónea, se ha utilizado en ocasiones (cada vez menos) como mecanismo para resolver problemas probatorios e imputar la responsabilidad al representante legal o administrador, olvidando el auténtico sentido del citado precepto y, lo que es más grave, resucitando mecanismos que pueden vulnerar el principio de culpabilidad o rehabilitando la responsabilidad penal por hecho ajeno.

Pues bien, la regulación actual permite en esos casos obtener una condena penal –que recaerá sobre la persona jurídica–, sin forzar los principios de culpabilidad o la presunción de inocencia, cuando subsistan las dudas a la hora de endosar la responsabilidad por la actuación en uno u otro directivo. Es un avance al menos en lo práctico.

El riesgo contrapuesto es que esa fórmula de acudir a la persona jurídica actúe como un mecanismo que relaje en el instructor la tensión por buscar también a las personas físicas responsables de forma que éstas se parapeten tras la persona jurídica y los auténticos responsables que siempre serán personas físicas, salgan impunes.

Junto a ese posible efecto benéfico, hay otra positiva repercusión en el ámbito dogmático: se zanja en los delitos especiales (v.gr.: los delitos contra la Hacienda Pública) el problema de la punición del *extraneus* que lleva a cabo el delito cuando el *intraneus* no es penalmente responsable (v. gr., por desconocimiento). El problema se venía solucionando en el plano teórico por diversas vías –jugar con la figura del “administrador de hecho”, la autoría mediata...–, aunque no faltaban defensores de la impunidad por atipicidad. En la práctica judicial nunca ha sido un obstáculo efectivo para la punición. A partir de ahora, cuando estemos, por seguir con el ejemplo apuntado, ante la deuda tributaria de una persona jurídica ya no habrá necesidad de disquisiciones o elucubraciones teóricas: el *extraneus* (pensemos en el asesor fiscal que actúa por su cuenta y riesgo sin contar con la anuencia de ningún directivo), será cooperador necesario del delito cometido por la persona jurídica (*intraneus*). Aunque el campo para esas teorías y especulaciones permanecerá abierto: cuando el deudor tributario sea una persona física y el responsable de la defraudación alguien que sin ser administrador de hecho, ha actuado al margen de sus instrucciones provocando el fraude a la Hacienda.

16. Circunstancias modificativas

16.1. Atenuantes

Según el CP sólo pueden apreciarse como circunstancias capaces de atenuar la responsabilidad penal de una persona jurídica, algunas actuaciones que han de realizar sus representantes legales y que son posteriores siempre a la comisión del delito. En concreto son circunstancias atenuantes (art. 31 *quater*):

- a) *Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanentes de los hechos.*
- c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
- d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

Desde mi punto de vista existe demasiado mimetismo y simetría respecto a la morfología de las atenuantes aplicables a personas físicas. Hubiese sido recomendable un mayor esfuerzo de adaptación: ¿por qué ha de ser necesariamente el representante legal quien repare? ¿Cuándo ha de entenderse que la persona jurídica conoce que el procedimiento se dirige contra ella? ¿Cuándo llega a conocimiento de alguno de los representantes legales? ¿Es necesario que lo sepan todos? ¿El conocimiento por parte de uno de ellos cierra la posibilidad de la atenuación?

En otro orden de cosas, no puede dejar de llamarse la atención sobre la circunstancia de la letra d): implantación de programas preventivos. En el sistema originario era esta la única referencia legal a esos planes de prevención que ya con antelación a la entrada en vigor de reforma venían ofertándose por algunas firmas de asesoramiento legal y jurídico. En otros ordenamientos se les ha dado mayor protagonismo en la ley. La reforma de 2015 ha querido paliar esta penuria regulativa otorgándoles un papel decisivo.

Ha sido objeto de justificadas críticas que la lista de atenuantes se presente como *numerus clausus*. No se entiende por qué se excluye la analogía a diferencia de lo que sucede en el cuadro previsto para personas físicas; o qué impide que pueda jugar para la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas (salvo que entendamos que su carácter de pena natural es más compatible con la persona física que con la jurídica). Podría argumentarse que ante una pena de multa el retraso del proceso más que perjudicar, beneficiará como consecuencia del fenómeno inflacionario: cuanto más tarde se pague menor será el daño patrimonial. De cualquier manera, no puede decirse lo mismo del coste que comporta siempre la pendencia de un proceso penal que también ocasiona indudables perjuicios a una persona jurídica, perjuicios que están en el fundamento de la atenuante.

La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado se hace eco de esas críticas y aunque abre el camino para otra interpretación, invita a los fiscales por razones prudenciales a atenerse de momento a la dicción legal y no solicitar más atenuantes que las expresamente contempladas.

De cualquier forma dada la naturaleza de las penas la consecución de una atenuante recogida como tal en la sentencia no tiene demasiado alcance. Servirá, sí, en el caso de combinarla con otra (confesión, reparación...) o de cualificarla, para rebasar por abajo la cuantía mínima de la multa. Pero no tendrá incidencia alguna sobre lo que en realidad constituye la “penalidad” más temida y más grave: la publicidad negativa. O, quizás sí: esa merma reputacional puede compensarse algo con la difusión de las medidas adoptadas por la empresa o sociedad. Pero eso es realmente un logro escaso.

16.2. Agravantes

No están definidas como tales circunstancias agravantes pero del art. 66 bis se deriva que la reincidencia o la instrumentalidad de la persona jurídica para cometer ilícitos penales funcionan con ese carácter.

Por fin en materia de circunstancias modificativas hay que recordar que la presencia de circunstancias de cualquier orden en las personas físicas autoras o partícipes del delito que ha dado lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica no afecta a ésta: art. 31 ter.2 tras la reforma.

17. Participación, concursos y grado de ejecución

Dos cuestiones vienen inicialmente a la cabeza al trasladar al nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas la temática de la participación criminal. La primera decidir si la persona jurídica arrostrará ese tipo de responsabilidad sólo cuando el administrador o empleado son autores de un delito en sentido estricto o también cuando intervengan con él como coautores, inductores, cooperadores necesarios o cómplices. Esto es, ¿cómo hay que entender

la expresión “delitos cometidos” que usa el art. 31 bis?; ¿se puede decir en rigor que el partícipe ha cometido un delito? O, más bien, lo correcto es aseverar que el partícipe colabora con el delito *cometido por otro* y él no *comete* un delito.

En principio la expresión «*delitos cometidos*» es lo suficientemente amplia como para comprender, por una parte, el delito consumado y el intentado, y, por otra, los tipos de autoría y los de participación. La consultora constituida en sociedad, cuyo empleado asesor fiscal induce al Administrador de otra sociedad a defraudar a Hacienda será responsable penalmente. En ese caso responderán penalmente, si se dan todos los requisitos, el Administrador como autor (art. 31), la sociedad que elude el pago de tributos (art. 31 bis); el asesor fiscal empleado de la consultora (art. 28 y 65.3) y ésta última por virtud del art. 31 bis (¿también con la rebaja de penalidad prevista en el art. 65.3?: parecería justo, pero no creo que sea así. ¿Y si es cómplice? ¿alcanza a la persona jurídica la rebaja de penalidad: también parece lógico pero no es tan fácil de cohonestar esa solución con la dicción del Código Penal: baste dejar el problema apuntado).

Es decir las personas jurídicas responden en virtud del art. 31 bis siempre que la persona física responsable vinculada con ella haya intervenido en la comisión de un delito. Es indiferente que sea autor, cómplice, cooperador necesario o inductor. La contestación a la pregunta ¿responde la persona jurídica cuando el administrador o empleado lo que han hecho es colaborar, cooperar con la conducta de un autor principal de esos delitos? es afirmativa.

La segunda cuestión consiste en precisar si se puede ser partícipe del “delito cometido” por la persona jurídica. Es decir, si pueden existir coautores, inductores o cómplices de la conducta atribuida a la persona jurídica. Si entendemos que es la persona jurídica la que delinque se abre toda una problemática de participación de insospechadas consecuencias: ¿cabe ser partícipe, o encubridor del delito cometido por una persona jurídica? En el bien entendido de que, aún en ese caso, el delito consistirá en la acción típica descrita en el correspondiente artículo de la parte especial y no en la “omisión de las cautelas necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de una empresa”. Quien induce a una persona jurídica a prescindir de medidas de control para abaratar costes asumiendo y aceptando (dolo eventual) que de ahí podrá derivarse una relajación y una actividad delictiva por parte de otros (vertidos contaminantes) no se convierte en “inductor” del delito cometido por la persona jurídica.

Si entendemos que quien delinque es el administrador o el empleado y la responsabilidad penal es algo accesorio pero no una responsabilidad por hecho propio, no habrá posibilidad de encadenar una participación a la “conducta” de la persona jurídica. La participación hay que referirla al delito cometido por la persona física (administrador o empleado). Por tanto habrá que vincular la conducta del partícipe con la del autor principal (aunque sea a través de la persona jurídica) pero no con la supuesta conducta omisiva de la persona jurídica (lo que además llevaría a plantearse si la pena del cómplice se fija en relación a la de la persona jurídica, lo que es absurdo). Pero de nuevo esa visión que es la que me parece más conforme con la realidad de la regulación y con la dicción del art. 31 bis tropieza con la permanencia inalterada de otros preceptos del Código Penal. En este caso el art. 28 que parece imponer que toda responsabilidad penal se encasille en una de las dos categorías: o autor o cómplice. Si la persona jurídica es penalmente responsable (art. 31 bis) o es autora o es cómplice. Aún respetando otras exégesis entiendo que de nuevo hay que volver a los principios: es verdad que el art. 28 hubiese necesitado de una adaptación. Pero su redacción proviene de un momento en que no existía responsabilidad penal de personas jurídicas. Está pensando solo en personas físicas. La responsabilidad penal de la persona jurídica no es ni a título de autor ni a título de cómplice. Es otra modalidad establecida en el art. 31 bis que en ese sentido complementaria el art. 28: se puede ser responsable penalmente de un delito como autor o como cómplice (personas físicas) o en la modalidad exclusiva para personas jurídicas del art. 31 bis que consiste en una transferencia de la responsabilidad del autor o cómplice a la persona jurídica con la que estaba vinculada su actuación. Esta visión desde luego zanja muchos problemas. Por ella me inclino decididamente.

Pero no se agotan ahí las incógnitas: ¿Es posible el encadenamiento de personas jurídicas responsables penalmente? Es decir, ¿cabe construir una responsabilidad penal de una persona jurídica en virtud de que su administrador es otra persona jurídica cuyo empleado es quien cometió el delito?

En este punto mi opinión viene también condicionada por la concepción antes defendida. No es posible que la responsabilidad penal de la persona jurídica surja como consecuencia de un delito cometido por otra persona jurídica, si entendemos que según el régimen legal la persona jurídica no comete un delito. El art. 31 bis.1 está pensando siempre en delitos cometidos por empleados o administradores que son personas físicas. La responsabilidad penal de una persona jurídica no surgirá porque otra persona jurídica esté constituida en administrador de aquélla. Ahora bien sí que habrá lugar a esa responsabilidad penal conjunta con la de otras personas jurídicas cuando entre ella y una de las personas físicas autoras pueda establecerse alguno de los vínculos previstos en el art. 31 bis (administrador de hecho o de derecho o empleado). Si se da ese vínculo un único delito cometido por una única persona física (que es administrador de B, S.A. que a su vez como tal trabaja por cuenta de C, S.A.) podrá dar lugar a la responsabilidad penal de dos personas jurídicas (en ese caso B y C).

Esa es la técnica por la que habrán de regirse igualmente los concursos: manda la consideración penal de la actuación de la persona física. La persona jurídica no comete un delito continuado; ni comete un delito como medio para perpetrar otro. Es responsable del delito continuado cometido por un empleado o administrador o del concurso de delitos cometido por ellos. Dos administradores diferentes cometen dos cohechos distintos y desligados entre sí, la persona jurídica responderá por dos delitos de cohecho y no por un único delito continuado. Y si es el mismo administrador el que comete un delito continuado de estafa la persona jurídica responderá por ese único delito continuado. Y no cabrá operar con las reglas del art. 74 (en mi opinión) pensadas para graduar las penas imponibles a las personas físicas y no las consecuencias penales que se derivan para la persona jurídica. Con esto queda reflejado mi criterio en relación con un tema de reglas penológicas: a la persona jurídica no le son aplicables las reglas de graduación de la pena ligadas a la participación, grado de ejecución o las reglas ligadas al tipo de concurso (arts. 62, 63, 74, 76 o 77 del Código Penal). Pienso que esa idea enlaza mejor con el tipo de penas. La multa, que es pena obligada, admitiría las operaciones necesarias para esas degradaciones. Algunas de las otras penas difícilmente las consenten.

No obstante sí que ha incluido el Código otras reglas penológicas para individualizar las sanciones imponibles a una persona jurídica. A ellas se dedica el siguiente apartado.

18. Reglas de individualización penológica

En efecto, en sede de individualización de penas, el Código incluye un complicado art. 66 bis. Su contenido es más simbólico que efectivo pues afecta fundamentalmente a las penas diferentes a la multa que serán las que normalmente no van a manejarse. Reza así el citado artículo:

“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1^a a 4^a y 6^a a 8^a del primer número del artículo 66²⁴, así como a las siguientes:

²⁴ Recordemos las reglas del art. 66, con excepción de la 5^a que va referida la reincidencia a la que el legislador da un tratamiento específico para aplicarla a la persona jurídica: *“En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

1. Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.
2. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.
3. Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.
4. Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior...
6. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la exten-

1. *En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) (es decir, las penas interdictivas: todas las diferentes a la multa) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:*
 - a. *Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.*
 - b. *Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.*
 - c. *El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.*
2. *Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.*

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a. *Que la persona jurídica sea reincidente.*
- b. *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.*

*Cuando la responsabilidad de la persona jurídica en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que **no tenga carácter grave** (adviértase la antinomia con el art. 31 bis), estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.*

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a. *Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5º del primer número del artículo 66 (multirreincidencia).*
- b. *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal".*

Una previa condena penal puede lastrar a una persona jurídica, lo que no es del todo proporcionado: no es lo mismo la reincidencia de una persona física que la de una persona jurídica. Ni es lo mismo la reincidencia de una persona jurídica con miles de empleados, que la de una persona jurídica con una docena de empleados. En todo caso han de regir los plazos de cancelación de los antecedentes.

En relación a la cancelación de antecedentes también se contiene una nueva previsión en la reforma de 2015: *Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado primero de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibi-*

sión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7. *Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán razonablemente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*
8. *Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

ción definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos 50 años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

Conviene reseñar el Real Decreto 1611/2011 (BOE de 2 diciembre de 2011) por el que se modifica el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Dispone tal norma lo siguiente: *“Por Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, se reguló el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, la regulación por primera vez de la responsabilidad penal de las personas jurídicas incide de manera directa en la organización del sistema de registros que, para el mejor cumplimiento de la funciones ante señaladas, debe adaptar su funcionamiento al mandato derivado de estas normas, desarrollando las funcionalidades necesarias para incorporar a las correspondientes bases de datos la nueva información exigida. De acuerdo con la experiencia alcanzada durante el periodo de funcionamiento del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, parece igualmente aconsejable matizar la forma en que los interesados deben acreditar la personalidad y en su caso la condición de representante legal cuando soliciten acceso a la información contenida en el sistema de registros a efectos de su posible cancelación o rectificación.”*

Así el párrafo a) del artículo 8 en relación con las personas jurídicas, dispone que “se hará constar la razón o denominación social, nacionalidad, domicilio social y domicilio fiscal, actividad principal, tipo de sociedad, número o código de identificación fiscal y datos registrales”.

“Cuando en una misma causa resulten condenadas personas físicas y personas jurídicas o entes sin personalidad se hará contar esta circunstancia en el Sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia.”

19. Responsabilidad civil y costas

19.1. La regla general: responsabilidad civil solidaria

La afirmación de la responsabilidad penal de la sociedad o ente colectivo conlleva también la de su responsabilidad civil; una responsabilidad civil que será directa y no simple complemento o solución subsidiaria a la fijada para las personas físicas responsables: *“La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueran condenadas por los mismos hechos”* (art. 116.3).

19.2. Relaciones con otros responsables civiles: fijación de cuotas

Esto arrastra la necesidad de fijar cuotas entre los distintos responsables penales –personas físicas partícipes y persona jurídica-. Cuando entre las personas físicas responsables contamos con autores y con cómplices, entiendo que la persona jurídica solidariamente responsable formará grupo con aquéllos.

La persona jurídica será subsidiariamente responsable de las cuotas de los autores o cómplices (sean o no empleados o directivos suyos) no ya por virtud del art. 120.3, sino por efecto del art. 116.2 CP.

En la práctica Jueces y Tribunales se dejan llevar por una cierta inercia y la asignación de cuotas se ha convertido en una operación irreflexiva. Según la ley en cada caso habría que distinguir con criterios prudenciales y de justicia. Pero lo habitual es que se fijen cuotas iguales para todos los partícipes sin hacer distingos ni por la calidad de cada uno (autor, cooperador necesario, cómplice), ni por el mayor o menor protagonismo encarnado, ni por el nivel de beneficio que el delito pueda haber reportado. El “café para todos” –discúlpese el casticismo de la expresión justificado por su plasticidad- suele ser la regla más frecuente en las resoluciones judiciales. Esa praxis viene alentada por la escasa relevancia que tendrían las matizaciones en

muchos de los supuestos a los que se enfrentan nuestros juzgados y tribunales. La realidad cotidiana de los procesos penales evidencia que la mayoría de los sujetos activos de los delitos resultan insolventes. Por eso deviene intrascendente entretenérse en fijar cuotas y proporciones que ninguno va a pagar. Solo en casos puntuales en que la solvencia de algunos de los implicados y el alto monto de las posibles indemnizaciones permite intuir unas repercusiones efectivas que normalmente están ausentes llevan a los Tribunales a modular más y afinar en esa tarea de redistribución interna del monto indemnizatorio entre la pluralidad de responsables penales (uno de los poco frecuentes ejemplos puede encontrarse en la sentencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo 12/1995, de 18 de enero que se lamenta de que en la práctica normalmente se prescinda de fijar cuotas en esos supuestos de pluralidad de responsables, pese a lo que dispone el Código Penal).

La introducción de una persona jurídica en el listado de responsables solidarios puede suponer un revulsivo para despertar a los Tribunales de esa práctica: su papel patentemente distinto puede alentar a efectuar distingos y a no caer en el mimetismo de establecer una cuota igual: el beneficio reportado, la naturaleza del hecho, la mayor o menor implicación de la “empresa” pueden servir para discriminar, a favor o en contra, de las personas físicas responsables. En muchos casos puede ser razonable asignar una cuota superior a la persona jurídica.

19.3. Costas procesales

En materia de costas no se ha producido modificación alguna. Y no hacía falta: los términos del art. 123 CP son suficientemente genéricos como para comprender en su seno a la persona jurídica penalmente responsable. Habrá que dividir las costas por cabezas en caso de ser varios los condenados. La persona jurídica sumará como un condenado más, aunque conceptualmente su posición penal es algo distinto. A diferencia de los entes que se constituyen en parte pasiva como terceros responsables civiles, que nunca cargan con las costas, la condena penal a la persona jurídica sí acarrea la necesidad de hacer frente a las costas correspondientes. Y la absolución de la persona jurídica acusada supondrá una disminución correlativa de las costas a abonar por el eventual condenado (piénsese en el delito cometido por el empleado, cuando el Tribunal acaba estimando que la empresa sí había adoptado las cautelas exigibles pese a lo cual el delito resultó inevitable).

20. Cumplimiento y extinción de las penas impuestas a personas jurídicas

En materia de extinción de la responsabilidad penal se establecen cautelas para que no se pueda eludir fraudulentamente esa responsabilidad penal a través de las transformaciones de sociedades: *“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de esa escisión”* (art. 130.2). En todo caso esa responsabilidad que puede resultar excesiva puede ser mitigada o moderada por el Juez o Tribunal.

La disolución de la sociedad extingue la responsabilidad penal salvo que tal disolución sea *“encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”* (art 130.2).

La prescripción en relación a los delitos cometidos por personas jurídicas hace aflorar el nuevo la dicotomía entre un modelo de auto-responsabilidad y el de hetero- responsabilidad. Lo coherente con el primero sería que los plazos de prescripción fuesen independientes de los plazos de la responsabilidad penal de las personas físicas. Por tanto la responsabilidad penal de la persona jurídica, salvo casos de multireincidencia o instrumentalidad de la misma respecto de

la actividad delictiva, prescribiría atendiendo a las normas del art. 131 a los cinco años. Solo en esos dos casos señala la ley una pena superior a cinco años.

Si, por el contrario, se entiende como aquí se viene postulando, que estamos ante un modelo de hetero responsabilidad lo congruente es estar a las penas señaladas para la persona física: esas son las que fijarán el plazo de prescripción del delito. Lo que no obsta a que luego ese plazo pueda correr de manera independiente para la persona física o jurídica (por el distinto momento en que puede producirse la imputación inicial; o por la rebeldía de una u otra). Esa fórmula parece además más ajustada a las penas a que se refiere el art. 131 que no piensa en las imponibles a personas jurídicas.

Interés tiene en esta materia la previsión del art. 132.3 que viene a incorporar una precisión jurisprudencial que permite interrumpir la prescripción en el caso de colectivos para cuantos han de sentirse “apuntados” por la imputación de una persona jurídica dado el cargo que ostentan en ella: *“A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.* De cualquier forma no se excluye la posibilidad de que la infracción haya prescrito para la persona jurídica y no lo haya hecho para la persona física o, más frecuentemente, al revés.

Una curiosa paradoja rige en esta materia: las penas de multa impuestas a las personas jurídicas tienen todas la consideración de “graves” (art. 33.6). Su plazo de prescripción por tanto es superior a las penas que se pueden imponer a una persona física, incluso si se trata de penas de prisión (art. 133). Prescriben por el transcurso de diez años.

Las penas previstas para las personas jurídicas no son susceptibles de suspensión condicional (solo contemplada para penas privativas de libertad: art. 80), ni de sustitución (art. 88). Sólo será posible su extinción mediante la institución del indulto.

21. Un colofón: sacudirse la tiranía de las palabras

Llega el momento de cerrar estas líneas. Quisiera hacerlo subrayando de nuevo una idea que me parece clave para una adecuada exégesis de todo lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: lo decisivo son los conceptos y no las palabras. Creo que en el debate tendemos a enredarnos con la terminología. Posiblemente no le faltaba razón a DOPICO GÓMEZ-ALLER cuando antes de la reforma sugería que se suprimiese del art. 31 bis la locución “*penalmente responsables*”. Ese cambio puramente terminológico zanjaría posiblemente el noventa por ciento de las discusiones y problemas que ahora nos entretienen y casi atormentan. Es absurdo pero es así: olvidamos que los principios se edifican sobre contenidos y no sobre palabras; sobre contenidos y no sobre la semántica. Qué es lo que hay materialmente detrás de la regulación del art. 31 bis es lo decisivo sin sentirse esclavizados por los términos empleados. Con esa perspectiva, equivocada o no, he querido analizar esta temática novedosa y no sencilla.