

CIRCULAR 2/2004

SOBRE APLICACIÓN DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE (PRIMERA PARTE)

I. INTRODUCCIÓN II. MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE PENAS III.- LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA IV.- LA NUEVA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE IV.-1 Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación IV.- 2 Lugar de cumplimiento IV.- 3 Modalidades de cumplimiento IV.- 4 Control de cumplimiento IV.- 5 Quebrantamiento IV.- 6 Acumulación con la pena de prisión V.- LOS RENOVADOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD V.-1 Líneas generales de la reforma. V.- 2 Contenido y extensión V.- 3 Desarrollo reglamentario V.- 4 Los trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutivos V.- 5 Control de la ejecución V.- 6 Quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad V.- 7 Las faltas de asistencia justificadas VI.- LAS PENAS DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A RESIDIR, A APROXIMARSE Y A COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA: ARTS. 48 Y 57 VII.- OTRAS NOVEDADES EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS: ARTS. 39, 40, 42 Y 46 VII.- 1 Inhabilitación especial: VII.-2 Suspensión de empleo o cargo público: VII.-3 Inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. VII.- 4 Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores VIII.- LA PENA DE MULTA VIII.-1 El sistema de días-multa VIII.-2. La determinación de la cuantía de las cuotas: análisis jurisprudencial VIII.- 3 La fijación de plazos para el pago de la multa VIII.- 4 Modificación de plazos y de cuantía de cuotas VIII.5 La multa proporcional IX.- LA RESPONSABILIDAD PENAL SUBSIDIARIA: ART. 53 IX.- 1 Aspectos generales IX.- 2 Cálculo de la responsabilidad personal subsidiaria IX.- 3 Criterios de conversión de la multa proporcional en responsabilidad personal subsidiaria IX.- 4 Límites a su imposición IX.- 5 Aplicación de oficio X.- NOVEDADES EN LAS PENAS ACCESORIAS XI.- DISPOSICIONES COMUNES A LAS PENAS XI.-1 El abono de la prisión preventiva: art. 58 XI.-2 La suspensión por enajenación tras la sentencia: art. 60 XII.- NOVEDADES EN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS XII.- 1 Participación en delitos especiales propios XII.- 2 Concurrencia de eximentes incompletas XII.- 3 Determinación de penas superiores o inferiores en grado y determinación de la mitad inferior o superior de la pena XII.- 4 Motivación de la pena: art. 72 XII.- 5 La pena asignada al delito continuado

I. INTRODUCCIÓN

La reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, pese a que como confiesa su Exposición de Motivos respeta la estructura y principios, la unidad y el sistema del Código Penal

de 1995, representa un profundo cambio en nuestra legislación penal. Junto a la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, encontramos los cambios mas importantes en el régimen de penas y su aplicación.

Este cambio exige el establecimiento de unos criterios de interpretación uniformes en el ámbito de las actuaciones del Ministerio Fiscal, para alcanzar en la medida de lo posible el principio de unidad de actuación, fundamental para respetar el principio de seguridad jurídica en el proceso penal.

Por otra parte, la necesidad de no precipitar la fijación de tales criterios, exige no abordar en un primer momento la reforma en su totalidad, centrandose este primer pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado en determinados aspectos de la parte general.

Para el resto de cuestiones a tratar la prudencia aconseja, antes de abordar la tarea de impartir a los señores Fiscales instrucciones, esperar a que la *praxis* señale cuáles sean los puntos conflictivos con riesgo de generar interpretaciones y soluciones contradictorias o con tratamiento punitivo dispar.

A tales efectos, es conveniente que los Sres. Fiscales Jefes comuniquen a la Fiscalía General del Estado los problemas que vayan detectando en la aplicación de las reformas operadas en los distintos tipos penales, para facilitar la labor de unificación de criterios de actuación.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal, ha sido modificada desde su aprobación en dieciocho ocasiones. A menos de ocho años de su entrada en vigor se ve sometido de nuevo a una profunda modificación. El nuevo Código, pese a la permanente evolución del Derecho Penal, perseguía conceptualmente la estabilidad y fijeza

que sería deseable en las normas penales. Tales propósitos puede decirse que han quedado definitivamente frustrados en su todavía corta vida. Las dificultades que estos continuos cambios generan en el intérprete, y especialmente en el Ministerio Fiscal, como institución vertebrada en torno al principio de unidad de actuación son graves y evidentes. El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que exige la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de los Poderes Públicos en la aplicación del Derecho; el principio de legalidad penal (arts. 9.3 y 25.1 CE) y el de certeza, derivado de aquel, que supone la exigencia de que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, no se coheren bien con la modificación continua y permanente del Código Penal.

En todo caso, y pese a las dificultades, ha de tratar de revitalizarse el principio constitucional de la unidad de actuación de la acusación pública, evitando la existencia de criterios, calificaciones y peticiones de pena contradictorias entre los distintos Fiscales y las distintas Fiscalías.

En consecuencia, las Señoras y Señores Fiscales, deberán en lo sucesivo -y en tanto no se consoliden criterios jurisprudenciales opuestos- atenerse, en la aplicación de los preceptos reformados en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, a los criterios que se contienen en la presente Circular.

II. MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE PENAS

El régimen de penas y su aplicación, sufre modificaciones que afectan especialmente a las penas privativas de libertad, que se ven sometidas a un cambio de rumbo respecto de parte de las opciones por las que se decantó el legislador de 1995.

La reforma 15/2003 suprime la pena de arresto de fines de semana, y correlativamente, para llenar el hueco dejado por ésta, incorpora la pena de prisión de corta duración y la pena de localización permanente y potencia la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y la pena de multa.

El art. 33 CP, dedicado a la escala general de penas sufre una importante modificación, para adaptarse al nuevo sistema penológico. El deslinde entre la pena grave, la menos grave y la pena leve produce el efecto de incidir en la naturaleza del hecho punible, toda vez que el Código Penal divide las infracciones acudiendo al antiguo criterio de la gravedad de las penas con las que se conminan, determinando también la competencia procesal penal. Tras la reforma se establece la diferencia entre delito grave y menos grave según el hecho esté amenazado con pena que rebase o no los cinco años de prisión, consiguiéndose la armonización del Código penal con las reglas de competencia establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. Se modifican igualmente los límites de las penas privativas de derechos a efectos de su clasificación como penas graves o menos graves.

La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses. La finalidad perseguida por la reforma es, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley, que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia y estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos.

Este mínimo de la duración de la pena de prisión implica que cuando como consecuencia de las reducciones en grado la pena de prisión resultante sea inferior a tres meses, procederá obligatoriamente su sustitución, conforme a lo dispuesto en los art. 71.2 y 88 CP.

Deben también tenerse presentes los supuestos en los que concurriendo conformidad y aplicándose la reducción en un tercio de la pena solicitada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 801.2 LECrim se rebaje la pena por debajo de los tres meses. En estos casos el precepto referido permite la rebaja *“aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal”*. Para estos supuestos el propio art. 801.2 dispone que *“si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución”*. Aunque esta reducción por conformidad no es técnicamente subsumible en el art. 71.2 CP procederá su aplicación analógica y, consecuentemente, la sustitución obligatoria de la pena resultante conforme a las disposiciones del art. 88 CP. Una interpretación teleológica del art. 71.2 CP impone esta consecuencia, al inspirarse el Código en el principio general de supresión de la ejecución de penas privativas de libertad inferiores a tres meses.

Existirán sin embargo, supuestos de penas privativas de libertad inferiores a tres meses (al margen de la localización permanente). Así, cuando habiéndose sustituido la pena privativa de libertad conforme a lo dispuesto en los art. 71.2 y 88 CP el reo incumpliere la pena impuesta en sustitución. También se dará este supuesto cuando se impusiere responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de menos de tres meses si el reo no acepta realizar trabajos en beneficio de la comunidad conforme a lo dispuesto en el art. 53.2 *in fine*.

III.- LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

El art. 31 CP -como el anterior art. 15 bis incorporado al CP de 1973 por la reforma 8/1983- se dedica a regular la compensación de la ausencia de características típicas de la autoría en los supuestos de "actuaciones en lugar de otro".

El tenor literal de este precepto, que se mantiene como apartado 1º tras la reforma, es el siguiente:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

La reforma 15/2003 añade un párrafo 2º. El nuevo apartado dispone que

En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación de esta nueva disposición ha de partirse de que la nueva cláusula solo afecta a una parte de las actuaciones en nombre de otro: aquellas que se realizan en nombre de una persona jurídica. Quedan por tanto excluidas las actuaciones en nombre de otra persona física, también abarcadas por el apartado primero del art. 31.

Además, en tanto el art. 31 solo juega para los delitos especiales propios, esta extensión de la responsabilidad pecuniaria no será aplicable a todos los delitos cometidos a través de personas jurídicas sino sólo cuando haya sido necesario aplicar la cláusula del apartado primero para resolver los problemas de tipicidad derivados de este tipo de delitos. Por tanto solo operará en relación con los delitos especiales.

Debe tenerse presente que el artículo 369.2 CP es mucho mas audaz que el art. 31.2. Aquel precepto, para los casos de delitos de tráfico de drogas cometidos por organizaciones, asociaciones o en establecimientos abiertos al público establece una pena de multa directa para esas entidades o para su titular, que puede ser una persona jurídica. Por tanto, no se limita el mismo a hacer responsable a la sociedad del pago de la multa impuesta a la persona física, sino que, dando un paso mas la impone directamente a aquella. También debe recordarse en este punto la posibilidad de utilizar frente a la delincuencia en el seno de personas jurídicas las medidas previstas en el art. 129 CP si bien las mismas solamente son de aplicación cuando un precepto de la parte especial lo admita expresamente (vid. STS 1345/2001). La LO 15/2003 supone un aumento de la operatividad de estas medidas en los delitos de manipulación genética (art. 162); maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 262.2); falsificación de moneda (art. 386, párrafo último) y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2).

La Exposición de Motivos de la Ley expresamente refiere que el nuevo apartado del art. 31 *aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria.*

Ha de entenderse que, al restringirse el ámbito de aplicación a los delitos especiales propios, basta como fundamento de la imputación que la acción delictiva se ejecute por el administrador dentro de la órbita de actuación de la persona jurídica.

En todo caso debe partirse de que el Derecho y el proceso penal no puede conformarse con imputar la actividad a la persona jurídica, sino que ha de averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo la actividad delictiva.

En puridad, y a diferencia del Derecho Administrativo Sancionador, en el Derecho Penal sólo la persona física es capaz de conjugar el verbo típico y merecer el reproche sancionador.

En definitiva, el art. 31 no puede obviar la necesidad de dirigir el proceso y, en su caso condenar a las concretas personas físicas que dentro de la persona jurídica hayan cometido el delito, actuando con dolo o en su caso con culpa (art. 12).

Ya la STS 2492/1993, de 10 de noviembre subrayaba que "no puede llegarse a una aplicación del art. 15 bis que suponga el renacimiento de una responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad enseñoreado en el art. 1 del CP, incompatible, en suma, con un modelo de derecho penal sujeto a los principios que imperan en un estado social y democrático de derecho. El art. 15 bis extiende la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un delito especial propio a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de una persona jurídica que poseyera dicha cualificación. El directivo u órgano de la persona jurídica se ve obligado a responder del delito especial propio, respecto del cual la cualificación personal se halla del lado de la entidad a quien representa. Pero semejante transposición o desplazamiento de la responsabilidad no opera mecánicamente, sino sobre la base de que la acción del no cualificado sea adecuada en sí misma para infringir la norma, de cuya violación se parte para la configuración del tipo delictual especial propio". Las SSTC 150/1989 y 253/1993 inciden en este aspecto: no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos.

Por tanto, deberán los Sres. Fiscales evitar que ante los problemas probatorios que pueden surgir en la investigación de delitos cometidos en el seno de personas jurídicas, se aplique la cláusula del art. 31 CP prescindiendo del

necesario respeto al principio de culpabilidad, utilizando parámetros objetivos o atribuyendo automáticamente responsabilidad penal al representante legal y a la sociedad con el riesgo de volver a supuestos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad penal por hecho ajeno.

El nuevo precepto se decanta decididamente por una responsabilidad de la persona jurídica principal y solidaria. Pese a ello, deberán en todo caso los Sres. Fiscales procurar evitar los efectos negativos de una aplicación mecánica que llevara a ejecutar directamente la multa sobre el patrimonio de la persona jurídica prescindiendo del autor material de los hechos pues en ocasiones ello puede implicar dejar sin sanción penal al verdadero autor, ya que la traslación de la sanción penal a la persona jurídica no es en definitiva sino una ficción. Difuminar la sanción económica sobre una pluralidad de personas (que puedan no tener la mas mínima relación con los hechos, sobre todo en supuestos de grandes sociedades) como socios, accionistas o integrantes de la persona jurídica puede en ocasiones no ser una consecuencia equitativa.

En todo caso, el pago de la multa extingue la pena, por lo que aunque la persona física no pague y sí lo haga la jurídica no habrá lugar a exigir responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. La necesidad de cohonestar el art. 53.1 CP con la responsabilidad pecuniaria, directa y solidaria del art. 31.2 CP, pese a que son cuña de distinta madera, lleva necesariamente a la solución apuntada.

Deben abordarse las consecuencias procesales de esta atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En primer lugar será necesario traer al proceso a las personas jurídicas como parte pasiva a fin de que puedan ejercitar todos sus derechos de defensa. A la hora de concretar su *status* procesal habrá de partirse de esa idea general de parte pasiva, cercana al imputado, aunque su propia naturaleza y fundamentalmente el hecho de que no se le

atribuya en sentido técnico la comisión de un delito impide un traslado en bloque de los preceptos a éste aplicables.

Desde el punto de vista procesal, la asimilación de la persona jurídica responsable ex art. 31.2 CP al imputado implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión. En definitiva habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso, habrá de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral y habrá de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá igualmente exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.

Cabe plantearse el efecto de la previsión de esta nueva disposición en relación con las responsabilidades administrativas de la persona jurídica. En principio, por lo que interesa desde la perspectiva del proceso penal, si la persona jurídica acredita haber pagado la sanción administrativa, concurriendo la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento (vid. STC 2/81 de 30 de enero), habrá de operarse con los parámetros establecidos por la STC 2/2003 de 16 de enero a la hora de exigirle responsabilidad conforme al art. 31.2 CP (abono de la sanción administrativa a la pena impuesta por el órgano jurisdiccional).

En cuanto a los módulos de fijación de la multa, ha de partirse de que a quien se impone la multa es a la persona física, por lo que a la hora de fijar el importe de las cuotas, habrá de tenerse en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo-persona física, conforme al art. 50 CP. La multa,

como expresamente refiere el art. 31.2 se impone a la persona física y se exige directa y solidariamente a la persona jurídica.

IV.- LA NUEVA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

IV.-1 Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación

El art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana aborda la regulación de la nueva pena de localización permanente en los siguientes términos:

«1. La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia.

2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468».

La localización permanente hunde sus raíces en el antiguo arresto domiciliario. En el Código Penal de 1973 el arresto domiciliario era una modalidad de ejecución del arresto menor que el Juez o Tribunal podía acordar discrecionalmente. En la reforma 15/2003 pasa a ser conforme al art. 35 una pena privativa de libertad autónoma, leve (art. 33.4 g) CP) y generalmente alternativa, normalmente respecto de la pena de multa, y en dos ocasiones respecto de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 620 último párrafo y 626). Como pena principal y conjunta con la multa se prevé para la falta de perturbación leve de actos públicos (art. 633 CP).

Se restringe, pues, su aplicación a las faltas. Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica al concebirse como pena privativa de libertad, se vertebra sobre una obligación impuesta al penado de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo. Pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial. Por ello, más clarificador hubiera sido denominarla “arresto en sitio o lugar determinado”, pues la “localización permanente” parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria.

El legislador ha sido parco a la hora de configurar esta pena, dejando abiertas numerosas cuestiones sobre su ejecución. Las pautas que seguidamente se imparten estarán lógicamente subordinadas a su acomodo a un eventual futuro desarrollo normativo que pudiera afectar a la localización permanente.

IV.- 2 Lugar de cumplimiento

El art. 37 especifica al respecto que la localización permanente *obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia.*

Debe, pues, interpretarse esa difusa cláusula de *lugar determinado fijado por el juez en sentencia.* Se puede plantear si cabe que el Juez acuerde que la pena se cumpla en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal. Los Sres. Fiscales rechazarán tal opción, pues la misma desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral (en este sentido se admite incluso la ejecución fraccionada o discontinua).

La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 avala esta interpretación al referir que con esta nueva pena *se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios*

Por la misma razón debiera excluirse el cumplimiento en depósito municipal de detenidos.

En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de Marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que expresamente señalaba que *“la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario”*.

Cuando el art. 37 deja abierta al Juez la posibilidad de cumplimiento de esta pena en lugar determinado distinto del domicilio habrá de entenderse que podría tener lugar por causa justificada, fijándolo en la resolución condenatoria o con posterioridad en la ejecutoria. Este lugar deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, y debe disponer de unos mínimos de habitabilidad e higiene.

Debe en este punto recordarse que el art. 620 *in fine* prevé un supuesto de cumplimiento en domicilio distinto para las faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2. En este caso la pena será de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente de cuatro a ocho días, *siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima*. Será el penado quien

habrá de comunicar al Juez la dirección de un domicilio de cumplimiento que satisfaga las dos exigencias legales: diferente al de la víctima y alejado de éste.

La exigencia del propio precepto de que ese otro lugar sea determinado en sentencia añade un *plus* de complejidad, pues será frecuente que los obstáculos a la determinación del lugar de cumplimiento surjan *ex post* durante la ejecución de la sentencia.

No obstante habrá de entenderse que no existe ningún obstáculo para asumir una interpretación flexible de forma que si tras la firmeza de la sentencia sobrevienen circunstancias que hacen que el domicilio del penado no pueda ser el lugar de cumplimiento de la pena, pueda determinarse éste en ejecución de sentencia. No han de asumirse acriticamente interpretaciones formalistas y rigurosas que no aportan ningún beneficio y por el contrario encorsetan más de lo razonable la ejecución de una pena pensada para, privando de libertad, perturbar lo mínimo imprescindible la vida del penado. Al no existir prohibición expresa, habrá de admitirse pues la determinación del lugar de ejecución tras la sentencia.

Si a la vista de las circunstancias concretas concurrentes pudiera sospecharse que el denunciado en el juicio de faltas respecto del que cabría interesar la condena a pena de localización permanente pudiera no disponer de domicilio (por ejemplo, personas dedicadas a la mendicidad o personas con régimen de vida trashumante) los Sres. Fiscales habrán de tratar de esclarecer este punto en fase de interrogatorios durante el juicio. En caso de confirmarse la carencia de un domicilio o lugar análogo apto para ejecutar la pena eventualmente imponible, optarán en su caso por solicitar la pena alternativa prevista por el correspondiente tipo.

IV.- 3 Modalidades de cumplimiento

Esta pena ha sido configurada con un carácter flexible y versátil, buscando permitir una respuesta individualizada a la personalidad y circunstancias del infractor para el ámbito de las infracciones penales leves. Esta flexibilidad debe orientar las dudas interpretativas que puedan ir surgiendo.

La adaptación a las circunstancias concurrentes puede tener lugar mediante el cumplimiento durante sábados y domingos o de forma no continuada. Podrá acordarse la ejecución discontinua irregular de forma que la misma se adapte a los días de descanso del penado y por tanto evitando perturbar su actividad laboral. La previsión del cumplimiento discontinuo permitirá aplicar los efectos beneficiosos que se predicaban del arresto de fin de semana.

En todo caso el cumplimiento de la pena obliga al reo a permanecer confinado en un domicilio predeterminado. Aunque se utilicen medios electrónicos de localización permanente como pauta general no debe permitirse al penado la posibilidad de trasladarse físicamente del domicilio.

Además, el cumplimiento discontinuo ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, unidad temporal que se toma como referencia para delimitar la extensión temporal de la pena, e integrado sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad mínima de cumplimiento.

La ejecución de la pena no podrá restringir las posibilidades del penado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas.

IV.- 4 Control de cumplimiento

La Exposición de Motivos de la Ley dice al respecto que *la pena de localización permanente es una importante novedad...que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología.*

Esta aseveración no tiene, sin embargo, ningún reflejo en el articulado. El art. 48.4 del Código Penal sí que contiene una previsión relativa a la posible utilización de medios de control electrónico para la ejecución de las medidas de alejamiento, pero además de su parco contenido, refiriéndose este precepto a la ejecución de penas privativas de derechos, no cabría su aplicación analógica, en principio, a una pena privativa de libertad.

El art. 37 no se ocupa de establecer las formas de control de su cumplimiento. En todo caso, la declaración de la Exposición de Motivos no puede llevarnos al error de considerar consustancial al concepto de esta nueva pena el utilizar sistemas de control electrónico para su ejecución. Esta utilización es meramente adjetiva, radicando la sustantividad de la pena en la privación de libertad a cumplir domiciliariamente.

Nada cabe oponer, sin embargo, aun sin ulterior desarrollo legislativo, a la utilización de estos medios tecnológicos para controlar la permanencia del reo en su domicilio contando con su consentimiento.

Parece evidente que, igualmente sin necesidad de desarrollo normativo, podrá utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.

Al amparo del art. 508 LECrim, regulador de la medida cautelar de prisión atenuada, en redacción dada por la disposición final 1.1 g) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre que prevé genéricamente que se acordará “con la vigilancia que resulte necesaria” puede el Juez oficiar a la Policía Judicial bien para que establezca una vigilancia permanente, bien para que efectúen rondas periódicas con la frecuencia que impongan o aconsejen las concretas circunstancias concurrentes o para adoptar otras prevenciones.

Esta misma posibilidad ha de reconocerse pues al órgano jurisdiccional que ejecuta la medida de localización permanente.

La primera garantía de cumplimiento será la necesaria notificación personal al penado de la liquidación de la condena, especificando con claridad los días concretos de cumplimiento y el lugar, haciendo constar todos los datos individualizadores, con el consiguiente apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena si no cumple íntegramente la pena. Esa liquidación habrá de trasladarse junto con el correspondiente oficio a la Policía Judicial, o, en su caso a los funcionarios de la Policía Municipal, en labores de Policía Judicial a fin de que se personen en el domicilio designado los días de cumplimiento para asegurarse de la presencia del penado en el mismo.

Cada día concreto señalado en la liquidación habrá de cumplirse desde las cero horas del primer día de la condena hasta las 24 horas.

IV.- 5 Quebrantamiento

Se plantea el problema de cuáles deben ser las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de la localización permanente, en concreto, si además de la deducción de testimonio debe procederse a practicar nueva liquidación y continuar la ejecución de la localización permanente quebrantada.

El art. 37.3 nada dice al respecto, a diferencia de la regulación del arresto de fines de semana que preveía, además de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, la posibilidad de ordenar el cumplimiento ininterrumpido del arresto.

Los Sres. Fiscales mantendrán el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada.

A diferencia del antecedente de los arrestos de fines de semana cuya regulación en el art. 37.3 CP establecía que si el condenado incurría en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia deducía testimonio por el quebrantamiento de condena, el testimonio por quebrantamiento podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en mas de un día. Ello no obstante, para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de los incumplimientos detectados.

IV.- 6 Acumulación con la pena de prisión

Cuando se imponga la localización permanente a penados que ya cumplen o van a cumplir penas privativas de libertad en Centros Penitenciarios pueden generarse disfunciones derivadas de la necesidad de iniciar el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión. La opción de la refundición de condenas incluyendo la pena de localización permanente puede ser más beneficiosa para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa. No obstante, la valoración de los efectos de

una eventual refundición no puede hacerse en abstracto, dependiendo de las circunstancias de cada caso e incluso de la propia valoración del interno.

Por ello los Sres. Fiscales dictaminarán en cada caso concreto promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, no oponiéndose a la refundición cuando la misma pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado.

V.- LOS RENOVADOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

V.-1 Líneas generales de la reforma.

La reforma da una nueva redacción al art. 49, que pasa a tener el siguiente tenor:

Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2ª No atentará a la dignidad del penado.

3ª El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4ª Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5ª No se supeditará al logro de intereses económicos.

6ª Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referida al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

7ª Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

La desaparición de la pena de arresto de fin de semana ha dejado un hueco en el sistema que en buena medida viene a ocupar esta pena. La

potenciación y mayor operatividad de los trabajos en beneficio de la comunidad es una apuesta en favor de los fines de reeducación y reinserción social. La reforma profundiza en la esencia rehabilitadora de esta pena, al prever que la actividad que realice el penado esté en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por él, en labores de reparación de los daños causados o en labores de apoyo o asistencia a las víctimas. Se trata, como ya determinó el legislador en materia de reforma de menores, de relacionar la naturaleza de la actividad en que consistan los trabajos en beneficio de la comunidad con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos.

Las labores de apoyo o asistencia a las víctimas deben en todo caso interpretarse como a las víctimas de otros delitos de naturaleza semejante. Debe excluirse la interpretación del precepto en el sentido de orientarlo hacia una específica reparación del daño causado a la concreta víctima. Teleológicamente está el precepto orientado al interés social y no al interés propio de la víctima de la infracción, como por lo demás se infiere de la propia función que se asigna a los trabajos: "en beneficio de la comunidad". Se incorpora a nuestro ordenamiento la orientación de los trabajos en beneficio de la comunidad hacia programas de confrontación del delincuente con el daño ocasionado.

La nueva regulación amplía el ámbito de aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que supera su anterior función de pena sustitutiva (arts. 53 y 88) para configurarse como pena principal para determinados delitos, ampliación funcional ya adelantada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, que incorporó la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal (alternativa) en el art. 153. Con la LO 15/2003 esta tendencia se incrementa tanto en el Libro II como en el Libro III.

La nueva configuración de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa y la necesidad de contar con el consentimiento del

penado para su imposición plantea la exigencia de obtener tal consentimiento antes del dictado de la sentencia.

La inexistencia de una previsión procesal *ad hoc* habrá de ser subsanada a través de una actividad prospectiva tendente a averiguar la disposición del acusado y eventualmente penado.

En los supuestos de conformidad, si la misma recae sobre una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, habrá de hacerse constar simultáneamente en acta el consentimiento del penado en relación con la ejecución de los mismos.

En otro caso, cuando los Sres. Fiscales consideren procedente solicitar pena principal de trabajos en beneficio de la comunidad , antes de elevar las conclusiones a definitivas o antes de interesar sentencia condenatoria en el juicio de faltas, habrán de solicitar del Juez o Presidente del Tribunal que interroge al acusado o denunciado sobre si en caso de una eventual sentencia condenatoria presta el consentimiento para la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, permitiendo al mismo consultar con su abogado defensor. De no obtenerse tal consentimiento previo, los Sres. Fiscales habrán de optar por solicitar la imposición de la pena alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad prevista en el correspondiente tipo penal por el que se ejerce la pretensión punitiva.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria pasa a asumir las funciones de control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. La asunción de estas funciones por parte del Juez de Vigilancia se enmarca dentro de una tendencia general a la ampliación de sus competencias, que tiene reflejo en la reforma 15/2003 en la asunción de atribuciones en relación con la aprobación de abonos de medidas cautelares sufridas en otras causas (art. 58 CP) y con la

decisión en relación con la suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave y con la eventual decisión de imposición de medida de seguridad (art. 60 CP). Habrán de ser los Fiscales adscritos al correspondiente Juzgado de Vigilancia Penitenciaria quienes asuman el despacho de estos asuntos, sin perjuicio de mantener las comunicaciones precisas con los Fiscales encargados de la tramitación de la ejecutoria afectada, cuando unos y otros pertenezcan a distintas Fiscalías.

El principio de legalidad se ve reforzado en el nuevo art. 49, pues aborda ahora una mas amplia regulación de la medida, prescindiendo de la remisión a un ulterior desarrollo reglamentario: así se regulan las causas de incumplimiento de la pena y los efectos de la inactividad laboral por causa justificada, reproduciendo en buena medida las previsiones del Reglamento de ejecución.

V.- 2 Contenido y extensión

La funcionalidad de esta pena está subordinada al requisito esencial de contar con el consentimiento del penado, que además se ha de manifestar tanto ante el órgano de enjuiciamiento penal dando su consentimiento a la imposición de la pena como ante la Administración Penitenciaria, dando su conformidad a un trabajo determinado que se le oferta. Ello implica la limitación de aplicarla bien como sustitutiva de otra pena bien como originaria pero alternativa a otra pena. No cabe pues aplicarla como única respuesta penal para un delito o falta, límite que queda debidamente respetado tras la reforma 15/2003.

Desde el punto de vista de la extensión de la pena, habrá en principio de admitirse que los trabajos en beneficio de la comunidad superen el límite genérico de 180 días previsto en el art. 33.3.k CP, pudiendo alcanzar el de un año previsto en el art. 40.4. También podrán superar el límite de 180 días cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se apliquen como pena sustitutiva, pues con carácter excepcional está prevista la sustitución de penas de hasta dos años de

prisión siendo el módulo de conversión una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad (art. 88.1 CP). A estos efectos ha de tenerse presente que el art. 40.5 CP parece admitir incluso la imposición por duración superior al año, al establecer en relación a la duración de las penas privativas de derechos que será *la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código*. No obstante, cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años, la previsión del art. 88 de sustituir bien por multa, bien por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, deja claro que no deben imponerse un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que por su extensión pudiera ser considerado desocializador, por lo que en tales casos será conveniente utilizar la multa para cubrir todo lo que exceda de un año de trabajos en beneficio de la comunidad, límite establecido por el art. 40.4 CP.

V.- 3 Desarrollo reglamentario

Pese a que el nuevo art. 49 no contiene una cláusula habilitadora similar al texto original que establecía que *las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Penitenciaria*, en tanto no exista un desarrollo normativo ulterior, habrá de entenderse en vigor la regulación contenida en el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, en lo que no se oponga expresamente a la nueva configuración legal de la pena.

Conforme al Real Decreto 690/1996 corresponderá al Juez o Tribunal sentenciador determinar las jornadas de trabajo impuestas al penado, la duración horaria de las mismas y el plazo máximo en que deberán cumplirse. El control de la ejecución por parte del Juez de Vigilancia no debe ser obstáculo a que sea el Tribunal sentenciador quien directamente remita los testimonios a la Administración Penitenciaria para que se inicien los trámites previos a la efectiva ejecución.

Habrá de entenderse por los Sres. Fiscales que la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en esta materia debe comenzar cronológicamente solo cuando se inicia efectivamente la ejecución de la pena. Todas las incidencias procesales y penales que surjan con anterioridad a ese momento corresponde resolverlas al juez o tribunal sentenciador.

Los Sres. Fiscales habrán igualmente de partir de la vigencia del art. 2.2 del Real Decreto 690/1996 de 26 de abril que permite que *"excepcionalmente en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, aún cuando no est  convenido con la Administración Penitenciaria"*. Se trata -pese a las críticas que este precepto ha generado- de utilizar esta válvula de escape para evitar hurtar posibilidades de sustitución o de selección de penas alternativas por la penuria de las disponibilidades administrativas y por la carencia estructural de plazas en muchas provincias.

En cuanto a la duración horaria de las jornadas, en tanto no se produzca un nuevo desarrollo normativo del artículo 49 CP, habrá de interpretarse que podrán oscilar entre el máximo de 8 horas por jornada y el mínimo de cuatro horas diarias establecido por el RD 690/1996, debiendo admitirse igualmente la posibilidad reglamentaria de flexibilizar los límites de la jornada mínima diaria por lo que cuando concurra causa justificada, podrá autorizarse por el Juez o Tribunal el cumplimiento de la misma de forma partida, en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas.

V.- 4 Los trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutivos

Los trabajos en beneficio de la comunidad asumen la función de los arrestos de fin de semana como sustitutivos de la pena corta de prisión.

El art. 88.1 párrafo 1º permite la sustitución de penas privativas de libertad que no excedan de un año y el art. 88.1 párrafo 2º permite la sustitución excepcional de las penas de prisión que no excedan de dos años; el art. 71.2 por su parte impone la sustitución cuando la pena sea inferior a tres meses de privación de libertad.

La operatividad sustitutiva de los trabajos en beneficio de la comunidad se incrementa aún mas para los delitos de violencia doméstica del artículo 173.2 CP, que solo admiten la sustitución de la pena de prisión por esta pena privativa de derechos, acompañada además imperativamente de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima. La finalidad que persigue la reforma y que habrá de ser especialmente tenida en cuenta por los Sres. Fiscales, es -aparte de la de evitar que las penas de prisión impuestas por estos delitos sean sustituidas por pena de multa con el consiguiente gravamen para la economía familiar con posibles efectos negativos para la propia víctima - imponer al reo programas de rehabilitación específicamente orientados a la lucha contra el maltrato familiar y la protección de la víctima.

Para estos supuestos de sustitución de penas privativas de libertad impuesta por delito de malos tratos habituales (art. 173.2 CP), el art. 88.1 párrafo 3º dice literalmente que *el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código.*

Las obligaciones o deberes del art. 83.1 1ª y 2ª consisten en la prohibición de acudir a determinados lugares y la 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. La prohibición de acudir a determinados lugares ha de imponerse necesariamente (83.1.1ª). La prohibición de aproximarse a la víctima y

asimilados se prevé de forma alternativa a la prohibición de comunicarse (83.1.2ª), por lo que si las concretas circunstancias del caso lo aconsejan, podrá prescindirse de la imposición de una o de otra.

V.- 5 Control de la ejecución

Además del desplazamiento competencial del control de la ejecución a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, se han modificado la naturaleza de los informes que han de emitirse sobre el desempeño de los trabajos, que de facultativos pasan a ser imperativos. El art. 49.1ª dispone que el Juzgado de Vigilancia *requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios*. Por tanto, hay una doble obligación: la del Juzgado de requerir los informes y la de la entidad en la que se prestan los servicios de elaborarlos y remitirlos.

El Ministerio Fiscal, que conforme al art. 3.9 del Estatuto Orgánico tiene la función de *velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social* habrá de constituirse en celoso vigía del cumplimiento de estas obligaciones que en definitiva redundan en la seriedad de la ejecución de la pena con las correspondientes irradiaciones beneficiosas desde el punto de vista de la prevención general y especial y de la rehabilitación del penado.

V.- 6 Quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad

La exigencia del consentimiento para la imposición de esta pena facilita una ejecución pacífica de la misma. Este presupuesto ha de condicionar también la respuesta a los casos -siempre inevitables- de incumplimientos.

El art. 8 del RD 690/1996 vinculaba la comunicación a la autoridad judicial del incumplimiento de los trabajos únicamente a los efectos, en su caso, de lo

dispuesto en el art. 88.3 (actual 88.2) CP, es decir, para entender incumplida en todo o en parte la pena sustitutiva con el consiguiente retorno a la ejecución de la pena sustituida, esto es, la prisión.

Como actualmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no se limita a desempeñar el papel de pena sustitutiva de la prisión ni de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, sino que puede tener el carácter de originaria, la nueva regulación jurídica del incumplimiento del CP ha optado por no aludir expresamente al art. 88.2 y en cambio hacerlo al art. 468 CP.

En efecto, en caso de incumplimiento el párrafo 6º del art. 49.6ª dispone que *una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena, añadiéndose en párrafo separado que en caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.*

Esta regulación debe matizarse: no procederá la deducción de testimonio por quebrantamiento si los trabajos son pena sustitutiva de la prisión, pues en este caso el art. 88.2 prevé para el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustituida la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta.

Tampoco procederá deducir testimonio cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se hubieran impuesto como sustitutivos de la privación de libertad impuesta en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En este supuesto y por analogía con el anterior, la consecuencia del incumplimiento debe ser la de retorno a la pena principal con la consiguiente privación de libertad en concepto de responsabilidad personal subsidiaria.

En todos los supuestos de retorno a la ejecución de la pena sustituida por incumplimiento de la sustitutiva habrá de entenderse que procederá descontar en su caso el equivalente en días de prisión a las jornadas efectivamente cumplimentadas, extremos éstos que habrán de hacerse constar en la correspondiente liquidación, por analogía en beneficio del reo en relación con lo dispuesto en el art. 88.2 en relación con las cuotas de la multa parcialmente satisfecha.

Será en los supuestos de trabajos en beneficio de la comunidad como pena originaria en los que procederá deducir testimonio como respuesta al incumplimiento. Cabe plantearse si en estos casos procederá intentar además el cumplimiento de las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad no ejecutadas. La interpretación que habrán de postular los Sres. Fiscales es la de que en estos supuestos la respuesta del ordenamiento debe agotarse con la incoación de nueva causa por quebrantamiento. Lo esencial del consentimiento del penado en la imposición y ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad excluyen cualquier otra interpretación. Por lo demás esta solución deriva del propio texto del art. 49, que refiere que el Juez de Vigilancia una vez analizado el informe de la entidad en la que se prestan los servicios podrá optar por *acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena* y que en caso de incumplimiento *se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468*. Por tanto el legislador ordena al Juez optar - alternativa y no cumulativamente- bien por reanudar el cumplimiento (si llega a la conclusión de que no hay propiamente quebrantamiento) o por deducir testimonio (si llega a la conclusión de que hay indicios de delito).

Los importantes efectos que se anudan a la resolución del Juez de Vigilancia por la que decide si entiende que hay incumplimiento y por tanto acuerda el retorno a la pena sustituida o la deducción de testimonio por

quebrantamiento con la consiguiente terminación de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta como principal, hace que deba exigirse la forma de auto, con una motivación suficiente, debiendo los Sres. Fiscales en su caso interponer los correspondientes recursos cuando entiendan que no hay propiamente incumplimiento y que debe reanudarse la ejecución de la medida.

A la hora de interpretar la operatividad que debe concederse a las *incidencias relevantes de la ejecución de la pena* previstas en la regla 6ª del art. 49 y que obligan a los servicios sociales penitenciarios a comunicarlas al Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de partirse de que no son reglas que constriñan la valoración que compete hacer al Juez de Vigilancia, por lo que no puede hacerse ningún reparo de legalidad a los términos amplios e indeterminados de alguna de ellas (singularmente la contenida en la letra d que se refiere a los supuestos en los que *por cualquier otra razón no contemplada en las restantes reglas, la conducta del penado fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro*). En definitiva no puede mantenerse que este precepto esté regulando en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena sino que simplemente incorpora supuestos en los que es obligado analizar si efectivamente nos encontramos ante un quebrantamiento.

V.- 7 Las faltas de asistencia justificadas

La regla 7ª del art. 49 otorga rango legal a una disposición contenida con anterioridad en el reglamento: *si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.*

Para determinar si las faltas son o no justificadas podrá utilizarse como parámetro indicativo, con flexibilidad, nuestra legislación laboral y la doctrina emanada de la jurisdicción social sobre este punto en relación con los trabajadores por cuenta ajena.

VI.- LAS PENAS DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A RESIDIR, A APROXIMARSE Y A COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA: ARTS. 48 Y 57.

El art. 48 CP regula el contenido de estas penas. Dicho precepto, que ya fue modificado por Ley Orgánica 14/1999, de 9 junio lo vuelve a ser ahora, abordando por separado tres modalidades (la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas), con el fin como refiere la Exposición de Motivos *de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito*.

Estas penas de alejamiento presentan la peculiaridad de ser penas previstas exclusivamente como accesorias, teniendo carácter generalmente facultativo para el órgano de enjuiciamiento salvo en delitos relativos a malos tratos familiares en los que es preceptiva la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a personas asimiladas. Se le ha denominado pena accesoria impropia pues no la llevan aparejada otras penas sino algunos delitos, y además su duración no depende de la pena principal.

La reforma incrementa el límite máximo de duración de estas penas que pasa de cinco a diez años, pudiendo llegarse a los veinte años cuando se imponga como pena superior en grado (art. 70.3.6ª 7ª y 8ª).

La nueva regulación da tratamiento específico al problema del cumplimiento simultáneo de esta pena accesoria con las penas privativas de

libertad. El art. 57.1 párrafo 2º dispone a estos efectos que *si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.* Por tanto, la pena accesoria se cumplirá simultáneamente con la de prisión, impidiendo al penado acercarse a la víctima durante permisos penitenciarios, tercer grado o libertad condicional pero además habrá de incrementarse en cuanto a su duración para que tras la libertad definitiva y consiguiente extinción de la pena principal de prisión continúe siendo efectivo el alejamiento.

Por tanto, los Sres. Fiscales habrán de pedir en los supuestos del art. 57 una pena accesoria de alejamiento con una duración de al menos un año superior a la pena de prisión impuesta.

La privación del derecho a residir en determinados lugares presenta un cierto grado de indeterminación en cuanto a su extensión geográfica. Los lugares que quedan vedados para el penado son el lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia. Los Sres. Fiscales, ponderando las circunstancias concurrentes y en especial las de peligrosidad del reo concretarán la petición especificando si el lugar afectado es el domicilio, la calle, el distrito, la localidad, la provincia o incluso la Comunidad Autónoma. En apoyo de esta interpretación, utilizando un criterio sistemático, debe tenerse presente que el art. 544 bis LECrim permite imponer una medida análoga, en función cautelar consistente en *la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.*

En cuanto a la prohibición de aproximación debe tenerse en cuenta que tiene dos contenidos: la prohibición al reo de acercarse a determinadas personas donde quiera que se encuentren, y la prohibición de acercarse al domicilio de esas personas, sus lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellas, aunque las mismas no se encuentren en dichos lugares.

La prohibición de aproximarse a lugares “frecuentados” habrá de determinarse con la mayor precisión posible para evitar situaciones ambiguas y, en definitiva, penas indeterminadas.

La novedad verdaderamente relevante en la prohibición de aproximación se encuentra en la extensión que implica la previsión (art. 48.2) de que hasta el total cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación quedará en suspenso, exclusivamente respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, hubiere sido establecido en la sentencia civil.

Pese a la defectuosa redacción del precepto, ha de optarse por una interpretación del mismo acorde con la necesaria individualización de la pena a las circunstancias del autor y el hecho y respetuosa con el principio del superior interés del menor. Debe tenerse presente que la Exposición de Motivos de la Ley en este punto declara que se establece también *la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos* concibiéndose por tanto claramente este contenido de la pena como potestativo.

La suspensión del régimen de visitas procederá, por tanto, cuando la pena de prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos atendiendo a las circunstancias del caso.

En realidad la inclusión del inciso comentado no tiene ninguna utilidad práctica, teniendo en cuenta que la prohibición de aproximación puede imponerse no solo con relación a la víctima sino también, conforme al art. 48.2 CP en relación con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Por tanto, si por las circunstancias del caso puede colegirse riesgo no solo para la pareja (víctima) del agresor sino también para los hijos podrá acordarse que la prohibición de aproximación afecte también a éstos. Parece evidente que sin necesidad de aclarar nada los efectos de la prohibición de aproximación son incompatibles con el derecho de los padres afectados por la pena a relacionarse con los hijos, exista o no una sentencia civil que establezca un régimen de visitas.

La decisión sobre la prohibición de aproximación respecto de hijos menores -cuando no sean víctimas directas del delito y siempre que su capacidad de discernimiento lo permita- habrá de respetar el derecho reconocido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 9 de la LO 1/96, de 15 de enero, esto es, el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

A estos efectos habrán de cuidarse especialmente las comparecencias de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de los mismos, y preservando su intimidad, como preceptúa el art. 9.1 parr. 2º LO 1/1996, con el fin de evitar fenómenos de victimización secundaria, y teniendo presente que cuando la audiencia *no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.*

Es claro que la opinión del menor no habrá de tener carácter vinculante a la hora de adoptar la correspondiente decisión, si bien habrá de ser tenida en cuenta en aras a concretar el interés superior del mismo.

Por lo demás no debe olvidarse que el tipo del art. 153 CP permite imponer una solución mucho más radical cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. En las mismas condiciones, el tipo del art. 173 permite imponer esta pena por tiempo de uno a cinco años.

Estas peculiares penas accesorias tienen tres manifestaciones: como pena de imposición facultativa, como pena de imposición obligatoria y como pena imponible para faltas.

Como pena de imposición facultativa se prevé en el art. 57 CP para los delitos que el precepto enumera (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), en la que podrá acordarse *atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente*, pudiendo imponerse una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48.

Habrán de partir los Sres. Fiscales de que, a diferencia de otras accesorias legalmente preceptivas, por su naturaleza de penas accesorias especiales o impropias, estas prohibiciones facultativas habrán de ser solicitadas por las acusaciones para que el órgano de enjuiciamiento pueda imponerlas. Interpretando esta disposición sistemáticamente en relación con la medida cautelar imponible conforme al art. 544 bis LECrim, deben ser parámetros a tener en cuenta para su imposición la situación económica del inculcado y los

requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la pena como tras su finalización.

Como penas de imposición obligatoria se prevé en el apartado 2º del art. 57 para los mismos delitos anteriores cuando se hubieran cometido contra *quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación 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 incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados.*

La amplitud del círculo de sujetos pasivos afectados se acomoda a la nueva redacción del art. 173.2º, modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Debe pues tenerse en cuenta que conforme al art. 57.2 CP será obligatorio promover y acordar siempre la prohibición de aproximación del art. 48.2 CP respecto de los delitos relacionados con la violencia doméstica. Por tanto los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre el alejamiento en tales supuestos, con independencia de la voluntad de la víctima.

Este punto debe sin duda ser objeto de una matización. A la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los arts. 153 y 173.2 CP, ha de recordarse que

los mismos abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica, por lo que teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección.

En estos supuestos ha de imponerse la pena de prohibición de aproximación, no alcanzando la obligatoria imposición a las otras prohibiciones que, no obstante, podrán imponerse cumulativamente conforme al apartado primero del mismo precepto.

Como pena imponible facultativamente en caso de faltas por un período de tiempo que no excederá de seis meses, se mantiene esta posibilidad por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.

Por último debe tenerse presente que el apartado 4º del art. 48 también introducido con carácter novedoso por la reforma 15/2003 establece que *el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan*. Por tanto, se da expresa cobertura legal a la posibilidad de utilizar la monitorización electrónica.

**VII.- OTRAS NOVEDADES EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS:
ARTS. 39,40, 42 Y 46**

VII.- 1 Inhabilitación especial:

Las penas de inhabilitación especial, pasan a tener una duración de tres meses a 20 años, con lo que se reduce el límite inferior, antes situado en seis meses.

El art. 42, dedicado a regular el contenido de una de sus modalidades, la inhabilitación para empleo o cargo público, especifica con carácter novedoso respecto de la anterior redacción que produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, *aunque sea electivo*.

Además, se establece en párrafo separado, con evidente intención de realzarla, la necesidad de que habrán de especificarse en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Debe a estos efectos tenerse presente que en la inhabilitación especial se priva de un cargo o cargos determinados, en coherencia con el carácter especial de esta inhabilitación, a diferencia de la inhabilitación absoluta, en la que se priva de todo cargo público.

Ha de recordarse que la inhabilitación especial, al igual que la absoluta y que la suspensión, operando como penas principales se someten a las reglas generales en cuanto a la determinación de la pena superior o inferior en grado, como estableció la STS 1623/1999, de 19 noviembre.

VII.-2 Suspensión de empleo o cargo público:

Esta pena, que tenía una duración de seis meses a seis años ve reducido su límite inferior a tres meses, manteniendo el superior de seis años. Es pena grave por tiempo superior a cinco años (art. 33.2.d) y pena menos grave hasta cinco años (art. 33.3.c). Mantiene esta pena sus funciones como principal en casos concretos y como posible pena accesoria de las penas de prisión inferiores a diez años.

VII.- 3 Inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

El art. 46, regulador de esta inhabilitación también se ve afectado por la reforma. Se añade un inciso que aclara que *el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

Con la redacción original del CP un sector de la doctrina defendió la tesis de que la pena se refería exclusivamente a los menores víctimas del delito. Ésta era la postura de la STS 568/2001, de 6 de julio que declaró que *la pena de inhabilitación se refería exclusivamente al menor o incapacitado objeto del agravio y no a cualquier otro.*

La nueva redacción supera esta interpretación y permite extender sus efectos a los demás menores que estén a cargo del penado, a todos o solo a algunos, en atención a las circunstancias del caso.

Lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente los

facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

La extensión de la inhabilitación especial será especialmente procedente cuando la índole del delito y la ausencia de arrepentimiento puedan poner de manifiesto un riesgo de reiteración de la conducta delictiva respecto de los demás menores distintos de la víctima (ejemplo paradigmático puede ser el delito de mutilación genital, previsto en el art. 149 del Código Penal).

Los Sres. Fiscales habrán de motivar la petición de extensión de la inhabilitación y del mismo modo habrán de exigir que las decisiones que se adopten por el Juez o Tribunal estén también debidamente motivadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La extensión facultativa de la pena podrá afectar no solo a varios hijos menores sino a otros menores sometidos a la tutela, curatela, guarda o acogimiento del penado, toda vez que el nuevo texto se refiere genéricamente a menores que estén a cargo del penado.

No obstante, los mayores de edad con la patria potestad prorrogada que no sean las víctimas del delito no quedan abarcados por el nuevo texto introducido por la reforma, por lo que la proscripción de la analogía contra reo y el respeto al principio de legalidad obligarán a acudir a la legislación civil para obtener la privación de la patria potestad en estos supuestos.

Desde el punto de vista de la duración de la pena se fija un máximo y mínimo en el art. 40 que va entre tres meses y veinte años, considerándose según el art. 33 como pena grave si tiene una duración superior a cinco años.

Esta inhabilitación opera siempre como pena principal, nunca como accesoria y se impone siempre con el carácter de conjunta, nunca como pena única. Su carácter temporal no obsta al efecto extintivo que despliega sobre la tutela, curatela, guarda y acogimiento.

Para que esta pena pueda imponerse debe estar expresamente prevista en el tipo penal del Código aplicable y así la STS 780/2000, de 11 septiembre mantuvo que *la privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal y que tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia, que dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes.*

La improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de lo Penal del TS de 26 de mayo de 2000.

En estos supuestos los Sres. Fiscales habrán de promover en vía civil las medidas en cada caso procedentes para salvaguardar el superior interés del menor.

Al listado de delitos que llevan o pueden llevar aparejada esta inhabilitación especial se añaden tras la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el delito de lesiones, malos tratos de obra y amenazas con armas cometidos en el ámbito doméstico (art. 153 CP) y el delito de violencia doméstica con habitualidad (art. 173.2 CP).

La decisión sobre la imposición de esta pena, tanto cuando afecte a menores víctimas directas de los delitos como cuando se extienda a menores que no lo sean, habrá de respetar el derecho de éstos a ser oídos, pues salvo supuestos excepcionales -vid. delitos previstos en los arts. 221 y 440 CP en los que la imposición de la pena tiene carácter preceptivo-, en los demás casos la pena tiene un carácter facultativo. Deben, por lo demás, darse aquí por reproducidas las consideraciones adicionales que se realizaron respecto de la audiencia de los menores en el apartado VI de la presente Circular.

Si una vez transcurrido el cumplimiento de la pena persisten circunstancias que aconsejan mantener la suspensión o privación de la patria potestad, o de los demás derechos mencionados en el art. 46 del Código Penal los Sres. Fiscales habrán de promover, en su caso, las actuaciones necesarias en vía civil para asegurar la prevalencia del interés superior del menor.

Debe por último tenerse presente que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no afecta a los deberes del penado para con sus hijos.

VII.- 4 Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores

Aun cuando en relación con esta pena la parte general no se ha visto modificada, la reforma 15/2003 da solución a un viejo problema tras el retoque sufrido por el art. 379 CP: el condenado no podrá conducir vehículos a motor ni ciclomotores cuando se le imponga dicha pena, pues la misma abarca ambas modalidades conjuntamente y sin que sea dable seleccionar una u otra. Por tanto se sanciona legalmente la conclusión alcanzada por la Consulta 4/1998, de 14 de julio, *sobre el alcance de la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores en el art. 379 del Código Penal*, que estableció que *la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que*

impone el art. 379 del Código Penal comprende ambos derechos: El derecho a conducir vehículos a motor y el derecho a conducir ciclomotores ya se haya cometido el delito con un vehículo a motor o con un ciclomotor.

VIII.- LA PENA DE MULTA

VIII.-1 El sistema de días-multa

La fórmula de los días-multa sigue inspirándose en la necesidad de tender hacia un tratamiento igualitario de los destinatarios de la pena, acomodándose a las concretas posibilidades económicas de los mismos.

El apartado 3 del artículo 50 establece como periodo mínimo de la multa el de diez días en lugar de los cinco anteriores, en coherencia con la modificación del apartado 4 del artículo 33. La multa de más de dos meses es considerada pena menos grave. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros. El importe de la cuota diaria se ve incrementado al convertir las pesetas a euros; así se pasa de 200 a 50.000 pesetas de la regulación anterior a de 2 a 400 euros actuales (arts. 50.3 y 50.4).

El límite máximo se mantiene en dos años, pero puede ser sobrepasado en los supuestos previstos en el art. 70.3.9^a (la pena superior en grado podrá tener una duración máxima de 30 meses) y cuando la multa se imponga como sustitutiva de una pena de prisión, pues pudiendo llegar a sustituir a una pena de prisión de hasta dos años y teniendo en cuenta el módulo de conversión (art. 88.1) el límite máximo de la pena de multa podrá alcanzar cuatro años.

VIII.-2. La determinación de la cuantía de las cuotas: análisis jurisprudencial

El sistema del Código Penal, siguiendo el modelo escandinavo de los días multa separa con nitidez los dos momentos de determinación de la multa a través de dos actos independientes que tratan de traducir en primer lugar la determinación de la extensión temporal (art. 50.5 CP), esto es, la determinación del número de cuotas siguiendo las reglas generales de determinación de la pena. En efecto, la extensión de la pena se debe individualizar según las reglas del Capítulo II del Título, es decir según, básicamente, las reglas del art. 66 CP. Aquí entran en consideración todos los elementos del hecho punible que son adecuados para establecer la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, es decir el hecho de la individualización de la pena. Como refería la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre *han de aplicarse, pues, las reglas de determinación de la pena en función de los grados de ejecución del delito, de las formas de participación y de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.*

En segundo lugar, a través de la fijación de la cuantía de la cuota se evalúa la capacidad económica del penado con la finalidad de reducir el impacto desigual de la multa por las distintas capacidades económicas de las personas (STC 108/2001, de 23 abril). En consecuencia, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado.

Conforme al art. 50.5 para determinar la cuota debe tenerse en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

En la práctica surgen dificultades derivadas de que para aplicar rectamente el sistema es necesario una investigación de la situación patrimonial del penado, que realizada correctamente genera complejidad y consiguientemente retrasos en el proceso.

Es indudable que debe perfeccionarse el procedimiento de acopio de información sobre los ingresos y patrimonio de los imputados y penados, pero en todo caso no puede aceptarse que la *praxis* derive hacia la determinación de la pena de multa sin respetar la Ley.

Esta materia ha ido generando al respecto un *corpus* jurisprudencial que habrá de ser guía de la actuación de los Sres. Fiscales y que podría resumirse en los siguientes puntos:

1) La ausencia de motivación en la fijación del importe de las cuotas correspondientes a la pena de días-multa incumple el deber reforzado de motivación de las Sentencias penales condenatorias, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta aquí, a través de la responsabilidad personal subsidiaria, con el derecho a la libertad personal (STC 108/2001, de 23 abril).

2) Los Tribunales no tienen que efectuar *“una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse”*. (STS núm. 175/2001, de 12 febrero, STS 1377/2001, de 11 julio, STS 1729/2001 de 15 octubre).

3) La insuficiencia de datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en

su umbral mínimo absoluto (200 ptas) a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales (SSTS 1377/2001, de 11 julio, 1207/1998, de 7 abril 1999).

4) El reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 1.000 ptas. (STS 1377/2001, de 11 julio)

5) Si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 ptas., por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos si consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 ptas. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales. (STS 1377/2001, de 11

julio. En el mismo sentido SSTS 1207/1998, de 7 de abril, 1959/2001, de 26 octubre y 252/2000, de 24 febrero).

6) Es admisible utilizar como argumento para fijar la cuantía de la cuota el dato del argumento del potencial económico del penado que puede deducirse de haberse costeado letrado particular que le defiende en el proceso penal. (SSTS 1342/2001, de 29 junio, 996/2003, de 7 julio, 559/2002, de 27 marzo)

VIII.- 3 La fijación de plazos para el pago de la multa

La reforma clarifica el sistema de plazos para el pago de la multa. La redacción original del apartado 6 del artículo 50 conforme a la que *“el Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas”* indujo en ocasiones a la confusión de interpretar que era de aplicación un sistema de multa temporal. Tras la reforma 15/2003 queda clara la opción del legislador por el sistema escandinavo de pago de una sola vez. En efecto, el nuevo apartado 6º del art. 50 dispone ahora que *“el Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes”*.

Por tanto, la nueva regulación no asume ni el denominado sistema puro de multa temporal ni el sistema alternativo que acogió la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre, *sobre la ejecución de la pena de días-multa*.

Efectivamente, el nuevo apartado 6º establece como regla general la del pago de una sola vez sin perjuicio de la posibilidad debidamente justificada de aplazamientos.

La posibilidad de pago aplazado se ve sometida a límites al introducirse un periodo máximo de dos años desde la firmeza de la sentencia y al preverse el vencimiento de todos los plazos que resten en el supuesto de impago de dos de ellos.

En todo caso los Sres. Fiscales no se opondrán a la utilización razonable de esta facultad y a la fijación por tanto de un aplazamiento del pago siempre que concurra causa justificada, a los efectos de evitar la responsabilidad personal subsidiaria ante supuestos de dificultades económicas temporales, insolvencia total o parcial o situaciones provisionales de iliquidez o crisis. Debe a estos efectos recordarse que la STC 19/1988, de 16 febrero al analizar la constitucionalidad del anterior arresto sustitutorio dictó una sentencia interpretativa, en la que si bien declaró el art. 91 CP 1973 constitucional, lo hizo en tanto el mismo introducía *paliativos o suavizaciones*, (subordinación de la multa a plazos, posibilidad de suspensión de condena, límites temporales del arresto sustitutorio) y postulando una interpretación de la institución conforme al principio de favor de la libertad individual y de la menor restricción de ella. Por tanto, estos principios deben guiar la actuación en este campo del Ministerio Fiscal.

Por esta misma razón la prescripción (art. 50.6 *in fine*) de que el impago de dos plazos genera el vencimiento de todos (en definitiva, la pérdida del beneficio del pago aplazado), habrá de armonizarse con el principio general de adaptación a los cambios en la situación económica del penado recogido en el art. 51 del Código Penal.

VIII.- 4 Modificación de plazos y de cuantía de cuotas

La redacción original del art. 51 disponía que *si, después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas.*

Tras la reforma, conforme a la nueva redacción *si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago.*

Por tanto, la multa se configura como sometida a una cláusula *rebus sic stantibus*, pudiendo modificarse no solo el importe de las cuotas sino también los plazos para su pago. Se permite por tanto una verdadera revisión de la sentencia firme con el fin de adaptar las cuantías a la situación económica del reo.

En estos supuestos excepcionales de empeoramiento de fortuna, la *res iudicata* relativa a la fijación de la multa se convierte en *res iudicanda*, a resolver en la ejecutoria a modo de incidente, en el que necesariamente habrá de oírse al penado y a su representación técnica y al Ministerio Fiscal.

Aunque el art. 51 introduce aparentemente la posibilidad de dar trascendencia a las modificaciones al alza o a la baja en la situación económica del penado, los Sres. Fiscales no promoverán en sede de ejecución de sentencia el incremento de la cuantía de la cuota por mejora de fortuna del reo, pues supondría una agravación *in peius* de la pena determinada en la sentencia firme, difícilmente compatible con los principios rectores de la ejecución penal.

Sin embargo, el art. 51 sí autoriza a que pueda dejarse sin efecto un aplazamiento concedido al reo para el pago de la multa, basado en sus circunstancias económicas precarias si *ex post facto* cambian las circunstancias y

mejora su fortuna hasta el punto de evidenciarse la posibilidad de pago inmediato. Pese a esta teórica autorización, los Sres. Fiscales se abstendrán de promover investigaciones tendentes a dejar sin efecto aplazamientos de pago concedidos, por evidentes razones de economía procesal, sin perjuicio de no oponerse a la revocación del plazo si habiéndose planteado la cuestión el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de la acusación particular se comprobara la mejora de fortuna en una cuantía tal que privara de sentido al aplazamiento.

VIII.5 La multa proporcional

Esta modalidad residual de multa, regulada en el art. 52 CP, ve completado su régimen con un párrafo 3º que declara que *si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la Ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.*

Este precepto va a permitir, para dar una adecuada traducción penológica a la situación económica del reo, ya reducir el importe de la multa, ya conceder un pago aplazado. Esta última posibilidad abarcará tanto un único pago aplazado como varios plazos. Se produce por tanto una importante flexibilización del régimen de la multa proporcional. En este contexto de flexibilización debe también admitirse por los Sres. Fiscales la posibilidad de conceder simultáneamente ambos beneficios: aplazamiento y reducción.

Pese a que la nueva redacción del art. 52 ha generado dudas, al referir su apartado 2º que *los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito*, habrá de seguir manteniéndose la posibilidad de reducir el importe de la misma bajándola en grado cuando proceda conforme a las normas generales (vid. STS 547/2003, de 10 abril).

IX.- LA RESPONSABILIDAD PENAL SUBSIDIARIA: ART. 53

IX.-1 Aspectos generales

Tras la reforma 15/2003 ha de entenderse que, en principio, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa impuesta por delito habrá de cumplirse mediante pena privativa de libertad, pues tal es su naturaleza, conforme al art. 35 CP y ello aun cuando su duración sea inferior a tres meses.

Siendo pues una pena privativa de libertad, la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria habrá de respetar los principios generales aplicables a este tipo de penas: así, entre otros, habrá de cumplirse ininterrumpidamente en Centro Penitenciario (salvo que se acuerde la suspensión o el cumplimiento mediante trabajo en beneficio de la comunidad o la responsabilidad personal subsidiaria se imponga por falta); serán de aplicación las disposiciones de la legislación penitenciaria; podrá refundirse con otras penas privativas de libertad y el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente le será abonable. Desde luego ha de admitirse la posibilidad de acordar la suspensión de la misma conforme a los art. 83 y siguientes del CP.

El nuevo texto ofrece dos alternativas a la privación de libertad: con la conformidad del penado podrá el Juez acordar que la responsabilidad subsidiaria (tanto para la multa proporcional como para la multa por cuotas) se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad y, en los supuestos de multas impuestas por faltas, mediante la nueva pena de localización permanente.

Para la responsabilidad personal subsidiaria derivada de impago de multas impuestas por faltas también habrá de admitirse la posibilidad de cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, a la vista del carácter omnicomprendido del párrafo 2º del art. 53.1 CP.

Pese a que el cumplimiento en régimen de localización permanente de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multas impuestas por faltas se prevé simplemente como posibilidad, siendo también admisible su cumplimiento en Centro Penitenciario, aquella será la regla general y ésta la excepción, únicamente aplicable por causas debidamente justificadas.

Una interpretación sistemática y teleológica del art. 53 en relación con el art. 36.1 y con el art. 71.2 lleva al principio general de no imposición de penas de prisión inferiores a tres meses de duración. Por ello, en los supuestos en los que la responsabilidad personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Si el reo no prestase su consentimiento, la responsabilidad personal subsidiaria podrá ejecutarse como pena privativa de libertad pese a ser inferior a tres meses, quedando en este supuesto exceptuada la regla general.

El trabajo en beneficio de la comunidad asume, pues, un protagonismo principal como alternativa a la privación de libertad sustitutiva de la multa. Puede decirse que es la alternativa natural: si la multa pretende reducir los bienes del penado, que normalmente serán los que obtenga como rendimiento de su trabajo, igual efecto se consigue mediante la prestación de un trabajo que ya de antemano no resulta remunerado.

El precepto prevé el módulo de conversión para el trabajo en beneficio de la comunidad: cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo y aunque no existe expresa previsión del módulo de conversión de la localización permanente alternativa habrá de entenderse también que cada día de privación de libertad equivaldrá a uno de localización permanente (vid. Disposición transitoria 4ª).

La localización permanente queda reservada para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta por faltas. El tenor del art. 53 deja escaso margen interpretativo, pese a que la STC 19/1988, de 16 febrero al analizar la constitucionalidad del anterior arresto sustitutorio postuló *“la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede muy en particular con el arresto domiciliario”*.

Los Sres. Fiscales habrán de cuidar de que se agoten diligentemente las actuaciones precisas para hacer excusión de los bienes del penado antes de aplicar la responsabilidad personal subsidiaria, siguiendo la doctrina emanada del TC, que ya en su sentencia 19/1988, de 16 febrero resaltaba la importancia de este aspecto de la responsabilidad personal subsidiaria desde una perspectiva constitucional, subrayando la conclusión de que no es opcional para el reo elegir, frente al pago de la multa, la pena privativa de libertad.

IX.- 2 Cálculo de la responsabilidad personal subsidiaria

El cálculo es en principio sencillo: habrá de imponerse, en el caso de días-multa, un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Pueden plantearse supuestos-límite, a los que se dará la siguiente solución: en caso de que el número de cuotas diarias impagadas fuese impar, habrá de excluirse del total de cuotas no satisfechas y no ser tenida en cuenta la sobrante.

Por su parte, en supuestos de impagos parciales, el total de lo pagado habrá de dividirse por el importe de una cuota. El resultante permitirá calcular el número de cuotas que deben considerarse extinguidas y que por tanto no se computarán para conocer el número de días que deberán cumplirse como responsabilidad personal subsidiaria. Si tras este cálculo quedase como resto una suma de dinero insuficiente para cubrir el importe de una cuota, habrá de excluirse una cuota diaria del cálculo para determinar la responsabilidad personal subsidiaria, en beneficio del reo.

El art. 53.2 del Código Penal establece como límite expreso para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional el de un año. Este límite operará en general para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de días-multa, si bien en este caso el año deberá entenderse integrado por 360 días. En efecto, conforme al art. 50.3 CP la extensión máxima de la multa es de dos años y por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.4 *a efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360*. Esta regla general habrá de entenderse excepcionada cuando conforme al art. 70.3.9ª CP, se imponga la pena superior excediendo del límite máximo fijado, supuesto en el que pudiendo alcanzar la pena de multa los 30 meses, la responsabilidad personal subsidiaria podrá eventualmente alcanzar hasta 450 días.

La multa, cuando se impone como sustitutiva de la prisión, puede alcanzar -como se analizó *supra*- una extensión de hasta cuatro años. Sin embargo, su incumplimiento en estos casos no desembocará en responsabilidad personal

subsidiaria sino en el cumplimiento de la pena de prisión sustituida con los descuentos que correspondan si hubo pagos parciales (art. 88.2 CP).

IX.-3 Criterios de conversión de la multa proporcional en responsabilidad personal subsidiaria

En los supuestos de multa proporcional, tanto el texto originario como el reformado por LO 15/2003 establecen que los Jueces y Tribunales establecerán la responsabilidad personal subsidiaria “según su prudente arbitrio”.

Este prudente arbitrio no puede en ningún caso confundirse con arbitrariedad y deberá estar siempre presidido por el canon de la proporcionalidad.

Este canon de proporcionalidad es reiteradamente exigido por la jurisprudencia del TS (vid. STS 1761/2001, de 19 diciembre) y del TC (STC 19/1988, de 16 febrero), e incluso cabe recordar que la STS 1892/2000, de 11 diciembre aporta como pauta para calibrar la proporcionalidad los parámetros establecidos para los días multa ya que *el criterio de proporcionalidad previsto para los días multa no puede diferir del que rija para la multa proporcional, pues la proporcionalidad del arresto sustitutorio con la multa no depende en modo alguno de la forma en la que se individualice la pena de multa.*

IX.-4 Límites a su imposición

Tras la reforma, se eleva el límite a partir del cual deja de operar la responsabilidad personal subsidiaria: ahora esta responsabilidad pasa a ser incompatible con la pena privativa de libertad superior a cinco años.

Los Sres. Fiscales, conforme a la jurisprudencia del TS, interpretarán esta cláusula *pro reo* con amplitud.

En este sentido debe reseñarse que a los efectos del cálculo del límite deben incluirse las penas impuestas por otros delitos en la misma sentencia (STS 1419/2003, de 31 octubre).

Tampoco procederá imponer la responsabilidad personal subsidiaria cuando la pena privativa de libertad impuesta coincide exactamente con el límite legal pues *si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorio como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta* (STS 872/1993, de 13 de abril, SSTs 1419/2003, de 31 octubre, 1685/2000, de 31 octubre 803/2000, de 16 mayo y 1419/2003, de 31 octubre 886/1993, de 14 de abril, 119/1994, de 1 de febrero, y 629/1996, de 26 de septiembre).

Cuando la pena privativa de libertad no alcance los cinco años, si existe responsabilidad personal subsidiaria por una pena de multa, dicha responsabilidad personal subsidiaria no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, los cinco años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 5 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 4 años y 11 meses, sin responsabilidad personal subsidiaria aquella y con una posible responsabilidad personal subsidiaria ésta

que pudiera exceder en su cómputo de los cinco años y 1 día, lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad (vid. en este sentido, entre otras, SSTS 803/2000, de 16 de mayo, 976/2002, de 24 mayo, y 1685/2000, de 31 de octubre)

IX.-5 Aplicación de oficio

Los Sres. Fiscales, en sus escritos de calificación incorporarán la correspondiente solicitud de responsabilidad personal subsidiaria tanto cuando se interese la multa proporcional como cuando la pena se fije en días multa.

Obviamente no se interesará responsabilidad personal subsidiaria cuando se solicita una pena privativa de libertad superior al límite del art. 53.3. En estos supuestos, si el Tribunal impone pena inferior a dicho límite estará obligado, de oficio, a imponer la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, sin que pueda omitir tal pronunciamiento en base al principio acusatorio. En este sentido se pronuncian las SSTS 271/1998, de 20 febrero y 2060/2002, de 4 diciembre. Esta última sentencia declara que *“...aduce la sentencia impugnada que su imposición vulneraría el principio acusatorio porque no fue instada por la acusación pública, argumentación errónea, pues además que su imposición es obligatoria por el Código, la acusación solicitó una pena privativa de libertad, de cuatro años y seis meses, incompatible con la responsabilidad personal subsidiaria”*.

X. NOVEDADES EN LAS PENAS ACCESORIAS

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre esta materia en su Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, *sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal* llegando a las siguientes conclusiones: *1ª los Srs. Fiscales cuando pidan que se imponga una pena de*

prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena: a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público; 2ª.- Habrá de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuáles son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo. En este caso habrá de solicitarse también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Y si el acusado desempeña un empleo o cargo público, salvo que se haya pedido concretamente la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se habrá de pedir también la suspensión de empleo o cargo público.

Las anteriores conclusiones deben estimarse tras la reforma plenamente vigentes, pues la nueva redacción del art. 56 despeja algunas dudas que la imprecisión del texto original generaba.

La reforma 15/2003 deja claro que la pena accesoria de suspensión de empleo o cargo público no requiere para su aplicación una relación directa entre el empleo o cargo público y el delito cometido. Cuando concurra relación directa del cargo con el delito cometido la accesoria aplicable será la inhabilitación especial para empleo o cargo público.

La reforma deja también claro que puede imponerse más de una pena accesoria y que cuando el reo no ejerza función pública y el delito no tenga relación con su profesión, habrá necesariamente de imponérsele inhabilitación del derecho de sufragio pasivo.

Por lo demás a estas conclusiones ya había llegado con anterioridad la jurisprudencia del TS recogida entre otras en STS 112/2003, de 3 febrero, conforme a la cual la exigencia de que los derechos afectados por estas penas hubieran tenido relación directa con el delito cometido “*se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, y no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena*” añadiendo que “*el art. 56 del Código Penal 1995, emplea una expresión preceptiva, «impondrán», y no potestativa, «podrán imponer», por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas*” En el mismo sentido, entre otras, SSTS 1442/1999 de 18 de octubre, 430/1999 de 23 de marzo y 1273/2000, de 14 de julio.

XI.- DISPOSICIONES COMUNES A LAS PENAS

XI.-1 El abono de la prisión preventiva: art. 58

El art. 58 CP queda redactado en los siguientes términos:

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

La reforma 15/2003 modifica puntualmente el art. 58 atribuyendo al Juez de Vigilancia la decisión sobre el abono cuando la prisión indebida lo fue en otra causa. Ello supone que eventualmente el Juez de Vigilancia va a poder modificar la liquidación de condena practicada por el Tribunal sentenciador. Aunque el art. 58 no lo expresa, habrá de entenderse que tal modificación deberá ser comunicada al Tribunal sentenciador, como competente para liquidar la pena. Los Sres. Fiscales cuidarán que tales comunicaciones se efectúen, evitando indeseables descoordinaciones.

En cuanto a los supuestos en los que cabe este abono, la reforma clarifica la oscura redacción anterior que se refería a hechos posteriores al ingreso en prisión. Queda ahora claro que sólo procederá el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar. La reforma vuelve a asumir criterios asentados jurisprudencialmente. La fórmula utilizada evita en todo caso la utilización de los sobrantes de prisión preventiva como crédito para cubrir responsabilidades futuras por el reo.

Debe, no obstante, tenerse presente que el TS ha asumido una interpretación correctora tendente a ampliar los márgenes del abono evitando al mismo tiempo conceder al reo una licencia para delinquir que constituiría un perturbador factor criminógeno. Así, se declara que *“ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de*

cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1º (SSTS 808/2000, de 11 mayo y 2394/2001, de 18 diciembre).

Será admisible abonar como privación de libertad provisional no solamente la prisión provisional *strictu sensu*, sino también la detención, cualquier internamiento cautelar por causa penal, el arresto del quebrado y la prisión provisional en su modalidad atenuada.

XI.-2 La suspensión por enajenación tras la sentencia: art. 60

La LO 15/2003 modifica este precepto aunque mantiene la base fáctica para el acuerdo de suspensión. El apartado 1º del art. 60 queda redactado en los siguientes términos:

Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

El art. 60 reformado supone una nueva potenciación de las funciones del Juez de Vigilancia, en detrimento de las funciones del Juez o Tribunal sentenciador, atribuyéndole a aquél la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos y la imposición de las medidas pertinentes.

Con el nuevo texto se atribuye al Juez de Vigilancia la posibilidad de decretar medidas de seguridad, diferenciando según que la pena impuesta sea privativa de libertad, en cuyo caso "podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad", o sea de distinta naturaleza, pudiendo entonces imponer "las medidas de seguridad que estime necesarias".

Se da con ello una solución que otorga cobertura legal al art. 184 c) del Reglamento Penitenciario que ya permitía el ingreso de los penados a los que por enfermedad mental sobrevenida se les impusiera una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador que deba ser cumplida en un establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.

En todo caso, la medida de seguridad de internamiento habrá de imponerse sobre la base de un juicio pronóstico de peligrosidad. Los Sres. Fiscales se opondrán a una interpretación de la habilitación legal como presunción *ex lege* de peligrosidad del afectado por la enfermedad sobrevenida.

La medida de seguridad privativa de libertad que puede imponerse *no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida*. Con la utilización de este inciso, el art. 60 CP claramente asume el sistema vicarial aplicable en general a las medidas de seguridad. Ello debe llevar también a interpretar el

apartado 2º del art. 60 (que no ha sido modificado) en los siguientes términos: cuando se establece que *restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente* debe entenderse que aun cuando la decisión sea la de ordenar el cumplimiento de la sentencia, necesariamente habrá de reducirse su duración, descontando del período pendiente de cumplimiento todo el tiempo en que el reo hubiere estado privado de libertad en cumplimiento de la medida de seguridad sustitutiva de la pena suspendida.

En cuanto a la competencia para acordar el cumplimiento, la extinción o la reducción de la condena una vez recuperada la salud mental, debe entenderse que vuelve al Juez o Tribunal sentenciador, al tratarse de una materia integrada en el núcleo de sus atribuciones. Por lo demás, la propia literalidad del art. 60.2, no modificado, abona esta interpretación.

Dentro de las penas privativas de libertad que pueden suspenderse deben englobarse tanto la pena de prisión, como la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y la localización permanente.

Como novedad se permite también acordar la suspensión de penas no privativas de libertad. El presupuesto para la suspensión en este caso se prevé redundantemente, pues es el mismo que para las privativas de libertad: que la enfermedad no permita al penado conocer el sentido de la pena.

La reforma añade que *"el Juez de Vigilancia Penitenciaria comunicará al Ministerio Fiscal con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicional primera de este Código"*. Se trata de coordinar una correcta articulación

de los internamientos penales con los civiles, evitando tiempos muertos que pudieran dar lugar a situaciones de desprotección del enfermo y peligro para terceros.

Los Sres. Fiscales que reciban la comunicación prevista en el último párrafo del art. 60.1 la remitirán de forma inmediata a la Sección de incapacidades de la Fiscalía, o en su defecto al Fiscal encargado del despacho de estos asuntos, al objeto de que se proceda a instar, en su caso, la declaración de incapacidad y las medidas de protección que se estimen pertinentes.

XII.- NOVEDADES EN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

XII.- 1 Participación en delitos especiales propios

El art. 65 añade un nuevo núm. 3, que contempla la participación del *extraneus* en un delito especial propio y que inspirándose en la doctrina jurisprudencial establece expresamente ahora que *cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.*

En efecto, nuestro TS ha aplicado una atenuación de la pena para el *extraneus* partícipe en un delito especial propio, habiéndolo llevado a la práctica hasta la fecha mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP (vid. SSTS 1493/1999, de 21 de diciembre, 20/2001, de 28 de marzo y 1336/2002, de 15 de julio).

Debe resaltarse ahora que la redacción del precepto *podrán imponer la pena inferior en grado* apunta claramente hacia el régimen facultativo o discrecional de la bajada en grado.

Este sistema de atenuación facultativa de la pena persigue sin duda la finalidad de distinguir los casos en los que, a pesar de tratarse de un *extraneus*, su contribución al hecho está próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo. Se establece sólo una posibilidad de atenuación por lo que se podrá calibrar en cada caso la pena adecuada.

Los Sres. Fiscales justificarán por tanto en sus informes la aplicación o no de la rebaja en grado en base a la mayor o menor proximidad del *extraneus* al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo.

El precepto se refiere solamente a la intervención del inductor o del cooperador necesario. Pese a las dudas que el mismo genera, debe entenderse que en caso de intervención de un *extraneus* en calidad de cómplice, a la rebaja de un grado que le corresponde por su participación secundaria (art. 63) habrá de añadirse la posible rebaja conforme al art. 65.3 por no infringir el deber específico del autor *intraneus*. Habrá en estos casos de permitirse una doble atenuación penal, por cómplice y por *extraneus*.

XII.- 2 Concurrencia de eximentes incompletas

Conforme al art. 68 *en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.*

Por lo tanto, la reforma incorpora la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Consulta 1/1997) y la jurisprudencia (SSTS 782/1998 de 5 de junio, 1041/1998, de 16 de septiembre y 1849/99, de 23 de diciembre entre otras muchas) en el sentido de que es preceptivo rebajar la pena al menos en un grado y es facultativo hacerlo en dos.

Además, conforme a la redacción legal ha de entenderse que la rebaja en grado habrá de operar aunque concurra alguna agravante.

El inciso último del art. 68 *sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código* supone la vinculación del Juez o Tribunal a las reglas del artículo 66, una vez determinado el marco penal conforme a la regla del artículo 68. En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de Marzo de 2003, *sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal* que al respecto consideraba que *en el caso de la eximente incompleta, el artículo 68 pertenece todavía a la fase de la determinación del marco legal de la individualización judicial. Por el contrario, el artículo 66 es un precepto que ofrece reglas especiales para una mayor concreción del marco legal, próxima a la individualización judicial stricto sensu, toda vez que las circunstancias agravantes y atenuantes inciden en el injusto o la culpabilidad del hecho, y no hay motivo para no sujetar al Juez a esas reglas en la determinación de la pena. Es decir, en la determinación de la pena, como ha puesto de manifiesto la doctrina, pueden distinguirse dos clases de operaciones que debe realizar el Juez Penal: 1) La determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto -actividad que en parte es realizada por el legislador y en parte por el tribunal-, y para la que cuenta el Juez con las reglas generales y especiales que se previenen en los artículos 61 y ss. CP; 2) la individualización de la pena en sentido estricto, esto es, determinar, dentro del marco legal, qué pena debe imponerse al autor en atención a las circunstancias del caso concreto. Esta individualización judicial presupone la aplicación previa de*

las reglas generales y especiales previstas por el legislador para la concreción del marco legal abstracto; y una vez realizado debe graduar la gravedad de la culpabilidad atendiendo a los factores a que se refiere el artículo 66 CP.

Ello arrastrará las siguientes consecuencias: una vez aplicado el art. 68 y rebajada la pena en uno o dos grados, podrá volverse a rebajar en grado si concurren dos o mas atenuantes o una muy cualificada y no concurren agravantes. También procederá dentro del grado dividir en mitades y aplicar la que proceda conforme a las reglas del art. 66. Podrá igualmente volver a elevarse el grado si concurren la regla 4ª o la 5ª del art. 66. Por último, si la aplicación del art. 68 nos lleva a rebajar la pena asignada al delito en dos grados, habrá de entenderse que operará analógicamente lo dispuesto en la regla 8ª del art. 66: cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

Igualmente habrá de interpretarse el art. 68 en el sentido de que si los hechos han sido cometidos en grado de tentativa o si la participación imputable lo es a título de complicidad, las rebajas establecidas serán cumulativas.

Por último, los supuestos excepcionales de concurrencia de más de una eximente incompleta habrán de dar lugar a una acumulación de las rebajas en grado de la pena.

XII.-3 Determinación de penas superiores o inferiores en grado y determinación de la mitad inferior o superior de la pena

El nuevo art. 70 CP vuelve al sistema de penas engarzadas vigente en el Código de 1973 para la degradación o elevación de grados. Así, la regla 1ª determina que *el límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o*

en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer y, correlativamente, la regla 2ª establece que el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

La reforma trata de separar formalmente las penas superiores o inferiores en grado de aquellas respecto de las que se realiza la operación aritmética, siguiendo el axioma de que no puede existir intersección entre una pena y su pena superior, evitando por consiguiente los solapamientos.

También se modifican los topes máximos de las penas superiores en grado para las penas de inhabilitación especial y absoluta (pasando de veinticinco a treinta años) y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (se eleva de quince a veinte). Se introducen los tramos superiores de las penas de alejamiento (la duración máxima en sus tres manifestaciones será de 20 años) y se establece para la de suspensión de empleo o cargo público la duración máxima de ocho años.

Las nueve reglas del art. 70.3 dedicadas a determinar la pena superior en grado cuando exceda de los límites máximos fijados a cada pena utilizan el inciso de que se impondrá *“la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de”*. Pese a su ciertamente equívoca redacción, ha de partirse de que el precepto no quiere decir que el mínimo coincida con la pena mínima base de la que se exaspera, sino exclusivamente que la naturaleza de la pena va a seguir siendo la misma. El mínimo será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa.

El art. 71.1 mantiene el criterio de permitir dar operatividad a las rebajas de pena aun cuando se rebasen las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase, incorporando la novedad de especificar en su inciso final que esto no

supondrá *la degradación a falta*. Por tanto, se mantendrá la naturaleza de delito del hecho, al margen del criterio formal de delimitación entre el delito y la falta que se establece en el artículo 13 CP. Se sigue el criterio de que el delito es más grave que la falta, no tanto por la mayor pena con que se sanciona el primero, sino porque presenta un mayor contenido de injusto.

Esta regla de la no degradación a falta por razón de la pena imponible tendrá consecuencias sustantivas. Así, procederá la anotación de condena y correlativamente el antecedente anotado podrá operar a efectos de la agravante de reincidencia. Tendrá igualmente consecuencias procesales: la competencia seguirá siendo, en atención a la pena abstracta imponible, del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia, aunque se solicite pena leve.

A los efectos de determinar el plazo de suspensión de la pena habrá de entenderse siempre aplicable el de dos a cinco años para condenas por delito, aunque haya de degradarse la pena de prisión por debajo de los tres meses, pues no por ello se transforma en pena leve (vid. art. 33 y 71.2 CP). Habrá de dejarse a salvo el supuesto de que vaya a suspenderse la ejecución de una pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa leve (de 10 días a dos meses) impuesta por delito, pues conforme al art. 33.5 esta pena privativa de libertad *tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya*. En este último supuesto, conforme al art. 80.2 CP habrá de aplicarse el plazo de suspensión reducido previsto para las penas leves (de tres meses a un año), pues tal será la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta.

El párrafo 2º del art. 71, en armonía con el nuevo límite mínimo de la pena de prisión establece la obligatoriedad de la sustitución para las penas de prisión que como consecuencia de la aplicación de las reglas para la determinación de la pena sean inferiores a tres meses.

En cuanto a las reglas para la determinación de la mitad superior o inferior dentro del mismo grado, en primer lugar ha de constatarse que no se establece de modo expreso la separación formal entre mitades. La filosofía subyacente a la reforma 15/2003 aparentemente propicia que se utilicen reglas análogas a las previstas para la separación de la pena superior e inferior para distinguir entre la mitad superior e inferior dentro de un mismo grado. Sin embargo, la inexistencia de previsión legal expresa unida a la complicación que para el sistema supondría asumir tal interpretación -que por lo demás no generaría ningún beneficio- ha de llevar a optar por entender que no es precisa la separación formal de mitades dentro del mismo grado.

Únicamente habrá lugar a la separación formal entre mitades de un mismo grado cuando devenga aplicable lo dispuesto en el art. 70.2 CP: a los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos. Es decir, si operamos por ejemplo con una pena de entre 15 y 50 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, la mitad inferior abarcaría de 15 a 32 jornadas y la superior de 33 a 50.

XII.- 4 Motivación de la pena: art. 72

Conforme a este precepto los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.

Este nuevo art. 72 sustituye al anterior precepto que disponía que “cuando la pena señalada en la Ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este Título, se individualizará y aplicará, en su caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores”, regla vacía de contenido en el sistema de determinación de penas del CP 1995.

La exigencia de motivación de sentencias prevista en el art. 120.3 CE irradia sus efectos sobre las reglas de determinación de la pena y es consecuencia directa de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Nuestra jurisprudencia penal ha venido considerando como un aspecto esencial de la fundamentación de las sentencias la justificación de la individualización judicial de la pena, especialmente exigible cuando se fija la pena en cuantía superior a los mínimos legales.

El TS ha resaltado cómo el ejercicio del arbitrio judicial en cumplimiento de los arts. 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución deberá ser motivado, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el art. 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados (STS 63/2004, de 21 enero).

Para el TS, las pautas a utilizar para la motivación son por un lado, la gravedad del hecho, que *“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 delito. 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”*. Por otro lado, 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. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, 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" (STS 1297/2003, de 9 octubre).

La motivación, siempre exigible, será imprescindible en algunos supuestos: a) cuando la pena se exaspera imponiéndola en la mitad superior (sentencias 4 de febrero de 1992, 26 de abril de 1995, 4 de noviembre de 1996 y 25 de junio de 1999); b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada (párrafo segundo del art. 74 del Código Penal de 1995, por ejemplo); c) cuando uno de los autores de los mismos hechos, en quien no concurren específicas circunstancias de agravación, es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás, sin motivo aparente; o d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia (sentencia número 1182/1997, de 3 de octubre). (STS 1574/2002, de 27 septiembre)

Debe también tenerse en cuenta que *"en algunas ocasiones, el Código Penal refuerza esta exigencia general de motivación en relación a la pena, tal como ocurre en el artículo 249 que obliga a tener en cuenta para la fijación de la misma el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al*

perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción, todo lo cual supone una obligación impuesta al Tribunal en orden a un mayor esfuerzo argumentativo en el momento de expresar las razones de optar por una concreta extensión de la pena, obligación que sólo puede decaer cuando se impone la mínima legalmente prevista, pues en ese caso, la extensión de la pena se justifica como la inevitable consecuencia mínima del delito". (STS 1574/2002, de 27 septiembre).

También ha de recordarse que a partir de la STC 59/2000, de 2 de marzo el Tribunal Constitucional declaró que la obligación de motivar cobra especial relieve en supuestos en los que la condena es superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso, obligación cualificada que ha vuelto a ser recordada en posteriores pronunciamientos (vid. entre otras SSTC 75/2000, de 27 de marzo, 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 122/2002, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; 221/2001, de 31 de octubre y 20/2003 de 10 de febrero).

No obstante, esta obligación, que los Tribunales deben cumplir rigurosamente, se debilita hasta desaparecer en sus aspectos formales, cuando la pena se impone en el mínimo legalmente previsto, pues en estos casos, la sanción penal, establecida dentro de los límites marcados por la ley por aplicación del principio de legalidad de las penas, no es sino la consecuencia obligada de la previa afirmación de la existencia de un delito, de su autor y de la completa responsabilidad de éste, sin la concurrencia de circunstancias modificativas. (STS 586/2003, de 16 abril. En el mismo sentido STS 850/2003, de 11 junio).

Pese a esta aceptada limitación a los rigores de la motivación los Sres. Fiscales habrán de evitar la mala praxis de solicitar e imponer la pena mínima con total ausencia de razonamiento, con el pretexto de que no se dispone de datos concretos o con la invocación acomodaticia del principio *in dubio pro reo*.

En todo caso, los Sres. Fiscales no habrán de recurrir las sentencias en las que, pese a no haberse colmado explícitamente los requisitos de motivación exigidos por el nuevo art. 72 CP, a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes en relación con los hechos y con el penado, la pena esté implícitamente justificada, de conformidad con la doctrina acuñada al respecto por nuestro Tribunal Constitucional (vid. STC 136/2003, de 30 junio).

XII.- 5 La pena asignada al delito continuado

La reforma afecta al delito continuado únicamente en cuanto a la penalidad: aunque se mantiene la asignación de la pena señalada para la infracción mas grave en su mitad superior (sistema de absorción agravada obligatoria) , se introduce como novedad la posibilidad de imponer la pena en grado superior en su mitad inferior (exasperación facultativa de la pena).

Se incrementa pues el arbitrio judicial para poder exasperar la pena. Por tanto, ahora el Juez debe imponer como mínimo la pena mas grave en su mitad superior y, opcionalmente puede elevar el grado, operando dentro de la mitad inferior.

Aunque no se precisan los criterios a tener en cuenta para imponer la pena superior en grado, habrán de valorarse el número de acciones realizadas y su respectiva gravedad y habrá de evitarse que la exasperación facultativa de la pena lleve a castigar el delito continuado con pena superior a la suma de las penas procedentes para cada hecho por separado.

El apartado 2º, dedicado a las infracciones contra el patrimonio, no se ve afectado por la reforma: *se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el*

hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Por parte de un sector doctrinal se defendió que en los delitos patrimoniales quedaba excluida la absorción agravada, por lo que podía imponerse la pena en su mitad inferior o superior.

En sentido contrario a la exclusión de la absorción agravada se pronunció la Consulta 3/1999, de 17 de febrero, *sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial*. Esta pauta interpretativa ha de considerarse superada por una reiterada jurisprudencia que establece que la norma del artículo 74.2 CP es específica de las infracciones contra el patrimonio y que por ello desplaza la genérica del artículo 74.1, de tal modo que no es obligado imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior cuando se trate de infracciones continuadas contra el patrimonio (SSTS 760/2003 , de 23 mayo, 1510/2002, de 24 de septiembre, 295/2001, de 2 de marzo, 1085/2001, de 7 de junio, 2185/2001, de 21 de noviembre y 1271/2002, de 8 de julio, entre otras)

No se atisban razones que puedan llevar al Tribunal Supremo a modificar esta línea jurisprudencial, por lo que tras la reforma los Tribunales tendrán un amplio margen para la determinación de la pena en los delitos continuados contra el patrimonio, que les permitirá recorrer desde la pena base en su mitad inferior a la pena superior en grado en su mitad inferior. Este amplio margen de discrecionalidad habrá de estar acompañado de un especial rigor en la motivación, con el fin de alejar cualquier sospecha de arbitrariedad.

El apartado 3º del artículo 74 sufre también una modificación consistente en restringir la continuidad de acciones que ataquen al honor o a la libertad e *indemnidad sexuales* a los casos que afecten a un único sujeto pasivo. De

nuevo, pues, se asume por la reforma una pauta de interpretación jurisprudencialmente asumida.

Madrid, 22 de diciembre de 2004
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.